

ADRIANO SAYÃO SCOPEL

**PARÂMETROS PARA A FORMAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2022**

ADRIANO SAYÃO SCOPEL

**PARÂMETROS PARA A FORMAÇÃO E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Scopel, Adriano Sayão

Parâmetros para a formação e superação de precedentes judiciais no sistema processual brasileiro ; Adriano Sayão Scopel ; orientador José Carlos Baptista Puoli -- São Paulo, 2022.

149 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

1. Precedente judicial. 2. Precedentes obrigatórios. 3. Formação de precedentes. 4. Superação de precedentes. 5. Código de Processo Civil de 2015.
I. Puoli, José Carlos Baptista, orient. II. Título.

SCOPEL, Adriano Sayão. Parâmetros para a formação e superação de precedentes judiciais no sistema processual brasileiro. 2022. 149 f. **Dissertação (Mestrado em Direito Processual)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Resultado final: _____

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Para minha filha, Catharina.

Para meu pai, Mauricio (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao meu orientador, professor Dr. José Carlos Baptista Puoli, que abriu as portas das Arcadas para mim, por todo o aprendizado, rica didática, confiança e pela liberdade de desenvolvimento do tema durante todo o processo que culminou neste trabalho acadêmico.

Registro a gratidão aos professores Drs. Ricardo de Barros Leonel e Marcelo José Magalhães Bonizzi, pelas valiosas observações em meu exame de qualificação, que muito contribuíram para o amadurecimento do tema deste trabalho.

Aos amigos e professores Daniel Penteado de Castro, Elie Pierre Eid e Igor Bimkowski Rossoni, pela leitura do trabalho, desde o momento da qualificação, cujas orientações e indicações de leitura geraram proveitosas reflexões que busquei incorporar nesta dissertação. Também registro agradecimento às amizades feitas nas aulas ministradas na pós-graduação do Largo de São Francisco, que tornaram o caminho da vida acadêmica – em muitos momentos solitário e difícil – mais leve e proveitoso.

Não poderia deixar de mencionar, na pessoa da minha chefe Monica Silva, todo o apoio e força dos companheiros e companheiras de trabalho em toda esta caminhada, em especial nas últimas – agitadas! – semanas.

Por fim, mas definitivamente não menos importante, registro meus agradecimentos à minha família, em especial à minha esposa Camila, pelo amor, apoio incondicional e paciência. Sem Vocês seria impossível finalizar este trabalho.

RESUMO

SCOPEL, Adriano Sayão. Parâmetros para a formação e superação de precedentes judiciais no sistema processual brasileiro. 2022. 149 f. **Dissertação (Mestrado em Direito Processual)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

O objetivo do presente trabalho é examinar como o sistema judicial brasileiro tem lidado, a partir das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, com os parâmetros que devem ser observados para que a formação e a superação dos precedentes judiciais obrigatórios ocorra. O roteiro a ser percorrido envolve, na primeira parte do trabalho, um exame de aspectos conceituais dos precedentes judiciais, bem como dos escopos que devem nortear a forma pela qual o ordenamento recepciona a força obrigatória dos precedentes judiciais – que, assim como outros institutos do direito, não tem um valor intrínseco – e dos dispositivos constantes no Código de Processo Civil de 2015. A segunda parte se dedica à análise das características do sistema brasileiro na formação de precedentes judiciais, com enfoque na discussão acerca de quais pronunciamentos judiciais podem se tornar precedentes obrigatórios, assim como se há requisitos substanciais para a eficácia de seu caráter obrigatório. A terceira parte do trabalho caminha no sentido de investigar aspectos relacionados à superação dos precedentes judiciais obrigatórios, inclusive com exame de experiências estrangeiras, mas sempre com lentes pragmáticas visando ponderar se tais técnicas e parâmetros podem ser admitidas no ordenamento brasileiro. A dissertação também busca identificar semelhanças e diferenças no que se refere aos parâmetros para a formação e superação de precedentes obrigatórios, a fim de que os fenômenos possam conviver e também serem aprimorados a partir de novas reflexões doutrinárias, decisões judiciais e, eventualmente, alterações legislativas.

Palavras-chave: Precedente judicial. Precedentes obrigatórios. Formação de precedentes. Superação de precedentes. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

SCOPEL, Adriano Sayão. Parameters for the formation and overruling of judicial precedents in the Brazilian procedural system. 2022. 149 p. **Dissertation (Masters in Procedural Law)**. Law School, São Paulo University, São Paulo, 2022.

The goal of the present thesis is to examine how the Brazilian judicial system has dealt, based on the innovations brought by the Civil Procedural Code of 2015, with the parameters that must be observed so that the formation and overruling of binding precedents occurs. The route to be followed involves, in the first part of the study, an examination of conceptual aspects of precedents, as well as the scopes that should guide the way in which the legal system accepts the binding nature of judicial precedents - which, like other legal institutes, does not have an intrinsic value - and the provisions contained in the Civil Procedure Code of 2015. The second part is dedicated to the analysis of the characteristics of the Brazilian system in the formation of legal precedents, focusing on the discussion about which doctrine can become binding precedents, as well as whether there are substantial requirements for the effectiveness of its binding nature. The third moves towards investigating aspects related to the overruling of binding legal precedents, including the examination of foreign experiences, but always with a pragmatic lens in order to consider whether such techniques and parameters can be admitted in the Brazilian legal system. The dissertation also seeks to identify similarities and differences with regard to the parameters for the formation and overruling of binding precedents, so that the phenomena can coexist and also be improved from new academic reflections, judicial decisions and, eventually, legislative changes.

Keywords: Judicial precedent. Binding precedents. Formation of precedents. Precedents overruling. Civil Procedural Code of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil - Lei nº 13.15/2015
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
Nugep	Núcleo de Gerenciamento de Precedentes
OMB	Ordem dos Músicos do Brasil
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRFs	Tribunais Regionais Federais

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, ESCOPOS E A CRESCENTE PROEMINÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	15
2.1	Breve exame de conceitos relacionados ao precedente judicial	15
2.2	Escopos dos sistemas de precedentes judiciais obrigatórios	24
2.2.1	Segurança jurídica	24
2.2.3	Eficiência.....	28
2.3	O cenário brasileiro: precedentes judiciais no CPC/2015	30
2.3.1	Considerações sobre os artigos 926 e 927 do CPC/2015: consolidação de sistema de precedentes judiciais obrigatórios no direito brasileiro?.....	35
3	FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	40
3.1	Ainda sobre o art. 927 do CPC/2015: quais pronunciamentos judiciais formam (ou podem formar) precedentes obrigatórios?	41
3.2	Requisitos materiais para a formação de precedentes obrigatórios: as cortes podem escolher quando formar precedentes obrigatórios?	46
3.3	Requisitos processuais para a formação de precedentes obrigatórios: existem critérios adicionais para a formação de precedentes obrigatórios?	52
3.3.1	Publicidade dos precedentes obrigatórios?	53
3.3.2	Trânsito em julgado da decisão que se tornará precedente obrigatório?.....	56
3.3.3	Participação dos jurisdicionados na formação dos precedentes obrigatórios?.....	57
3.3.4	Dever adicional de fundamentação para o provimento judicial que se tornará precedente obrigatório?	61
3.3.5	Quórum qualificado para a formação de precedentes obrigatórios?.....	63
3.4	A última etapa na formação de precedentes obrigatórios: o que vincula para casos futuros?	64
3.5	Conclusões parciais	70
4	SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS: ASPECTOS CONCEITUAIS E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .	74
4.1	Considerações iniciais sobre a necessidade de superação de precedentes judiciais 75	
4.2	Técnicas para a superação de precedentes judiciais obrigatórios	78
4.2.1	Superação, revisão e cancelamento de precedentes obrigatórios	78
4.2.2	Como superar precedentes obrigatórios	80
4.2.2.1	<i>Superação explícita e implícita de precedentes obrigatórios</i>	80
4.2.2.2	<i>Signaling e julgamento-alerta</i>	82

4.2.2.3 <i>Overriding e distinções inconsistentes</i>	84
4.2.2.4 <i>Modulação de efeitos na superação de precedentes obrigatórios (prospective overruling)</i>	85
4.3 Sobre quais cortes podem superar precedentes judiciais obrigatórios	88
4.3.1 Superação do precedente pela própria corte que o formou	88
4.3.2 Superação do precedente por corte inferior (<i>anticipatory overruling</i>)	89
4.3.3 Peculiaridade brasileira: superação do precedente por corte “não inferior”?	90
4.4 Quando superar precedentes judiciais: em busca de parâmetros para a superação de precedentes	92
4.4.1 A experiência norte-americana: o caso <i>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization</i> e os parâmetros para a superação de <i>Roe v. Wade</i>	94
4.4.1.1 <i>Precedente equivocado (Court’s error)</i>	96
4.4.1.2 <i>Questionamento sobre a qualidade da argumentação do precedente (quality of reasoning)</i>	98
4.4.1.3 <i>Dificuldade na aplicabilidade prática (workability) do precedente</i>	100
4.4.1.4 <i>Efeitos do precedente em outras áreas do direito e coerência com outras decisões</i> . 101	
4.4.1.5 <i>Proteção da confiança (reliance interests)</i>	102
4.4.2 Outros possíveis parâmetros para a superação de precedentes	103
4.4.2.1 <i>Alterações legislativas</i>	103
4.4.2.2 <i>O fator temporal: a “idade” dos precedentes</i>	105
4.4.2.3 <i>Mudanças de composição nas cortes</i>	108
4.4.2.4 <i>Descumprimentos reiterados dos precedentes</i>	109
4.5 Requisitos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro: semelhanças e diferenças em relação à formação de precedentes	110
4.5.1 Participação dos jurisdicionados na superação dos precedentes obrigatórios (art. 927, § 2º, do CPC/2015).....	112
4.5.2 Fundamentação adequada e específica na superação dos precedentes obrigatórios (art. 927, § 4º, do CPC/2015).....	114
4.6 Instrumentos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro	115
4.6.1 Superação concentrada de precedentes obrigatórios	117
4.6.1.1 <i>Procedimento para a superação de enunciados de súmulas (vinculantes ou não)</i>	117
4.6.1.2 <i>Procedimento para a superação de precedentes formados em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em Incidente de Assunção de Competência</i>	118
4.6.1.3 <i>Procedimento para a superação de precedente formado em recurso especial repetitivo</i>	
120	
4.6.2 Superação incidental de precedentes obrigatórios	120

<i>4.6.2.1 Recursos extraordinário e especial como instrumentos para a superação de precedentes obrigatórios e o art. 1.030 do CPC/2015.....</i>	121
<i>4.6.2.2 Reclamação como instrumento para a superação de precedentes obrigatórios.....</i>	127
<i>4.6.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade como instrumento para superação de precedente obrigatório formado em Ação Declaratória de Constitucionalidade</i>	129
4.7 Conclusões parciais	132
5 CONCLUSÕES FINAIS.....	135
REFERÊNCIAS	138

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é examinar, com ênfase teórica mas sem descuidar de aspectos pragmáticos, os parâmetros que autorizam a formação e a superação de precedentes judiciais obrigatórios no sistema processual brasileiro.

Muito embora o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 tenha dado importantes passos para a consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento, é incontroverso que existem diversas lacunas relacionadas ao assunto. Nesse contexto, não é novidade que os precedentes vêm paulatinamente recebendo maior atenção da doutrina brasileira, bem como sendo objeto de importantes decisões judiciais – há, nesse sentido, um movimento de criação de precedentes que, para além do direito material, também versam sobre aspectos e conceitos atinentes à própria sistemática dos precedentes no ordenamento. Isso é algo que se aplica a diferentes aspectos do estudo dos precedentes judiciais, dentre os quais, para o que interessa neste trabalho, ao estudo de como os precedentes são formados e, eventualmente, superados.

Com isso em mente, o tema a ser desenvolvido gira em torno de uma contribuição para sanar parte destas lacunas, mais especificamente no que se refere aos parâmetros para que se possa identificar como se dá a formação de um precedente obrigatório e sua eventual superação. A identificação destes critérios se faz necessária para reduzir a margem de discricionariedade dos tribunais nestas atividades jurisdicionais – formar e superar precedentes não pode ser visto como uma prerrogativa *autoritária* das cortes, mas antes como um dever que deve ser exercido com *responsabilidade*.¹

Isso posto, antes de passar para a descrição do roteiro a ser percorrido nesta dissertação, duas premissas devem ser estabelecidas.

A primeira diz respeito à *delimitação do tema* a ser desenvolvido. *Precedentes judiciais* é um assunto que acaba por tangenciar diferentes áreas de conhecimento na ciência jurídica e, não obstante, mesmo em seus aspectos voltados ao campo do processo, envolve múltiplas

¹ *Responsabilidade judicial* no sentido proposto por Cappelletti: “[...] a responsabilidade judicial deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como ‘o Estado’ ou ‘o soberano’, seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento de um sistema de justiça que conjuga a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou isolamento político e social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 91).

controvérsias. É, pois, por isso que certos temas serão abordados a partir de uma visão mais ampla, em vista de que a linha principal da dissertação não seja desvirtuada.

A segunda premissa, por sua vez, envolve a análise de direito estrangeiro. Por opção metodológica, não serão examinadas tais experiências de forma apartada, isto é, em tópicos específicos. Tanto doutrina quanto julgados de outros países – em especial de tradição do *common law* – serão mencionados, sobretudo na análise sobre superação de precedentes, mas sempre com o cuidado de evitar que haja um transplante automático de experiências destes outros sistemas jurídicos, dada as peculiaridades de nosso sistema.

Feitas estas ressalvas, no que se refere à estrutura da dissertação, excluindo este item introdutório e a conclusão final, o desenvolvimento do tema será dividido em três partes.

Assim, o Capítulo 2 se debruçará inicialmente sobre conceitos fundamentais para o estudo dos precedentes judiciais, bem como sobre os escopos que um sistema de precedentes obrigatórios busca atingir. Ademais, serão feitas as primeiras considerações sobre o ordenamento brasileiro, com ênfase nas alterações trazidas pelo CPC e como tais inovações convivem com o fato de em nosso ordenamento ser a lei – por tradição e imposição constitucional – a fonte primária do direito.

Em seguida, no Capítulo 3, sobre a *formação de precedentes obrigatórios*² no sistema brasileiro, serão enfrentados os desafios sobre quais pronunciamentos judiciais podem se tornar precedentes obrigatórios e como se dá a provocação do Judiciário para que isso ocorra. Após, a análise será direcionada aos eventuais critérios adicionais que precisam se fazer presentes para que um precedente efetivamente tenha o “status” de obrigatório. Ou seja, trata-se da análise, sempre em vista dos escopos dos precedentes judiciais, se há formação “de antemão” dos precedentes vinculantes ou se existem critérios substanciais para que isso ocorra.

Finalmente, o Capítulo 4 tem como objetivo o exame dos mecanismos de *superação de precedentes obrigatórios*. E o caminho para isso perpassa por uma reflexão inicial acerca dos riscos de que precedentes judiciais se eternizem – a noção de obrigatoriedade não pode, nessa perspectiva, ser confundida com a de imutabilidade. Em seguida, as técnicas para a superação de precedentes serão abordadas, com uma visão pragmática que pondere acerca da efetiva possibilidade de recepção de tais técnicas no direito brasileiro.

Após, este estudo analisará parâmetros a serem considerados para a definição de quando superar precedentes judiciais – é dizer, o que deve ser colocado “na balança” pelas cortes para

² Adiante-se desde já que não há menção ao termo “precedentes obrigatórios” na legislação processual, pelo que um dos desafios a serem enfrentados no decorrer da dissertação será o de justificar a utilização desta terminologia.

que se chegue à conclusão de se determinado precedente obrigatório deve se manter, ou não, vigente. Finalmente, ainda neste tópico sobre superação de precedentes, será analisado – em linha semelhante à formação de precedentes e também sempre considerando os escopos dos precedentes judiciais – se existem critérios processuais adicionais a serem observados pelas cortes no momento de superar precedentes, bem como quais são os instrumentos disponibilizados aos jurisdicionados para levar ao Judiciário a rediscussão sobre questões jurídicas já consolidadas em precedentes obrigatórios

2 PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, ESCOPOS E A CRESCENTE PROEMINÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Para que sejam analisados os aspectos relacionados à formação e superação de precedentes judiciais obrigatórios no sistema, é necessário antes estabelecer premissas e assimilar ferramentas que servirão de base para as reflexões posteriores. É disso que se ocupa este capítulo, destinado ao exame dos principais conceitos atinentes aos precedentes judiciais, dos escopos que um sistema de precedentes judiciais deve ter como norte e, já iniciando o estudo do cenário brasileiro, das principais inovações trazidas pelo CPC/2015 sobre o assunto, notadamente seus artigos 926 e 927.

2.1 Breve exame de conceitos relacionados ao precedente judicial

De uma forma geral, o conceito de *precedente* está ligado a um evento passado que serve de guia para uma ação presente. É, pois, raciocinar que se algo já tenha sido feito em um determinado sentido antes há motivos para ser realizado da mesma maneira novamente.³ No âmbito do direito, o *evento passado* que servirá de guia para o presente é consubstanciado em determinadas decisões judiciais, de sorte que compreender a utilização de precedentes judiciais implica em conceber como casos passados e presentes tornam-se conectados.⁴

Há uma miríade de nuances relacionadas ao conceito de precedente judicial. Para o que interessa ao presente trabalho, entretanto, revela-se importante assimilar este conceito amplo – como um pronunciamento judicial que terá o destino de tornar-se a regra para uma série de casos idênticos ou análogos.⁵

³ SCHAUER, Frederick. Precedentes. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 50. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1). Nesse sentido, a definição de precedente do Black's Law Dictionary: "A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues." (GARNER, Bryan. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 24). Tradução livre: "Um caso julgado que fornece uma base para determinar casos posteriores envolvendo fatos ou questões semelhantes."

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 2.

Partindo dessa premissa, é certo que todos os sistemas jurídicos, seja de tradição *common law* ou *civil law*, trabalham com precedentes judiciais.⁶ O que varia, contudo, é a forma, a função e a importância que cada sistema jurídico lhes confere, sendo certo que estas características não são perenes em cada ordenamento.⁷

O reconhecimento de que a dinâmica dos precedentes apresenta características próprias a depender do sistema jurídico⁸ não impede, porém, que se possa pensar em formas didáticas de abordar o tema, a fim de destrinchar conceitos essenciais que gravitam em torno dos precedentes judiciais. É, pois, conhecida a forma de análise dos precedentes judiciais em cada ordenamento a partir da combinação de quatro fatores, ou dimensões, quais sejam: (i) institucional, (ii) estrutural, (iii) objetiva, e (iv) da eficácia.⁹

Estas dimensões abrangem conceitos essenciais para o estudo dos precedentes, pelo que se justifica um exame, mesmo que sucinto, de cada uma delas. Em que pese não ser intuito deste trabalho uma análise sobre a teoria geral dos precedentes, é importante fixar premissas e conceitos que nortearão questões enfrentadas adiante, mais específicos acerca da formação e da superação de precedentes judiciais obrigatórios.

A *dimensão institucional* do precedente diz respeito ao formato pelo qual se dá a organização judiciária e, especialmente, a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais.¹⁰ A questão, posta em outros termos, é sobre quais órgãos jurisdicionais ficam sujeitos à regra do precedente. Fala-se em direção vertical dos precedentes no cenário em que cada corte ou juiz estaria apenas vinculado aos precedentes de cortes hierarquicamente superiores. Por

⁶ Nessa linha: “[P]recedents now plays a significant part in legal decision making and the development of law in all countries and legal traditions that we have reviewed. This is so whether or not precedent is officially recognized as formally binding or merely as having other normative force to some degree.” (MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel. Further general reflections and conclusions. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Surrey: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 531-532). Tradução livre: “Os precedentes desempenham atualmente um papel significativo na tomada de decisões judiciais e no desenvolvimento do direito em todos os países e tradições legais que revisamos. Isso ocorre independentemente de o precedente ser ou não oficialmente reconhecido como formalmente vinculante ou apenas como tendo outra força normativa em algum grau.”

⁷ “Precedent rules, like other features of judicial practice, are the subject of constant incremental evolution.” (CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 225). Tradução livre: “As regras dos precedentes, como outras características da prática jurisdicional, são objeto de constante evolução incremental.”

⁸ Mesmo entre países de tradição *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, existem diferenças no modo de tratamento do precedente judicial. Uma análise a respeito foge do escopo deste trabalho, mas sobre o assunto, ver: CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 19-20.

⁹ Cfr. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 194-200.

¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 195.

outro lado, o sentido horizontal sugere um maior grau de importância do precedente judicial no ordenamento jurídico, uma vez que diz respeito ao conceito de vinculação de uma corte aos seus próprios precedentes.

Nesse contexto, há que se mencionar o conceito de *stare decisis*, outro elemento essencial para o estudo da teoria dos precedentes. Em apertada síntese, a expressão significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”¹¹, refletindo a ideia de que uma vez formado um determinado precedente judicial, a tendência natural é que ele seja observado¹², e não apenas pelas cortes inferiores, mas também pela própria que o formou.

Por sua vez, a *dimensão estrutural* do precedente tem relação com o seu conceito substancial.¹³ É certo que todo precedente, neste sentido jurídico processual, é uma decisão judicial, mas nem toda decisão se torna precedente – por isso que se exige um exercício para identificar em cada sistema jurídico qual pronunciamento judicial pode efetivamente ser considerado um precedente.

Em países do *common law* sempre foi aceita a ideia de que uma única decisão pode se tornar um precedente judicial. Assim, a partir de um caso concretamente julgado é que pode haver, ou não, a formação do precedente judicial que servirá como referência para o julgamento de casos futuros.¹⁴ Note-se que nessa concepção tradicional o precedente somente adquire esse *status* após conquistar certa *respeitabilidade*¹⁵, não havendo que se falar de uma formação *ex ante* de precedentes.

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 102.

¹² Como consta em trecho do caso *June Medical Services L.L.C. v. Russo*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2020, *stare decisis* “is the legal term for fidelity to precedent”. (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **June Medical Services L.L.C et al. v. Russo, interim secretary, Louisiana Department of Health and Hospitals**. 591 U.S. (2020). June 29th, 2020). Tradução livre: “*Stare decisis* é o termo legal para fidelidade ao precedente”. Vale frisar desde já – algo que será abordado no Capítulo 4 deste trabalho – que a concepção atual da técnica do *stare decisis* considera sempre uma maleabilidade do instituto, ou seja, não se trata de mera fórmula automática de repetição *ad eternum* de precedentes.

¹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 196.

¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1051. No mesmo sentido: “O alcance eficaz somente pode ser inferido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se o *leading case* de uma série de casos análogos.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 159-160).

¹⁵ “O precedente (o do *common law*) não nasce como um precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário. [...] Quando *Justice Marshall* decidiu *Marbury v. Madison*, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.” (STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. **O que é isto? O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 106).

Já a tradição do *civil law* costumeiramente exige uma quantidade de decisões no mesmo sentido para que um precedente judicial possa surgir.¹⁶ Trata-se do parâmetro da *jurisprudência*¹⁷, cujo conceito se diferencia daquele em virtude deste aspecto qualitativo. Para que se possa falar em jurisprudência exige-se – mesmo sem critérios objetivos que possam qualificar, por exemplo, o que seria “jurisprudência dominante” – uma reiteração de julgados em vários casos concretos relativos a um determinado assunto.¹⁸

O ordenamento brasileiro adicionou¹⁹ outro elemento a ser considerado no exame da dimensão estrutural dos precedentes: as súmulas (ou *enunciados* de súmula). No decorrer desta dissertação serão abordadas as suas peculiaridades, em especial os aspectos ligados à sua formação e superação. Entretanto, para este momento, basta fixar que não se confundem com precedente ou jurisprudência, mais se assemelhando a um sintético enunciado normativo, que visa a expor o entendimento da corte que as editou sobre determinada questão jurídica.²⁰ Frise-se: as súmulas têm suas peculiaridades e se distinguem do modelo tradicional dos precedentes, mas trata-se de fenômeno que deve ser estudado no bojo do sistema de precedentes do ordenamento que as adota.

¹⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 196. Esse modo de pensar o sistema de precedentes por muitos países de *civil law* como algo decorrente da consolidação de sucessivos julgados em um mesmo sentido não passou despercebido pela doutrina estrangeira: “[I]n most cases in most of the civil law countries, a single precedent is usually not on its own sufficient to count as authoritatively settling a point of law. Several precedents, that is, a ‘line’ of precedents, are usually required, and in some countries many precedents may be mentioned on a point. On the other hand, in common law countries, a single precedent of a highest court is frequently enough to settle a point of law.” (MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel. Further general reflections and conclusions. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Surrey: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 538). Tradução livre: “Na maior parte dos casos, na maioria dos países de tradição *civil law*, um único precedente geralmente não é, por si só, suficiente para, com autoridade, resolver uma questão de direito. Vários precedentes, isto é, uma linha de precedentes, são geralmente necessários, e em alguns países muitos precedentes podem ser mencionados com relação a uma questão. Por outro lado, nos países de tradição *common law*, um único precedente de um tribunal superior é frequentemente suficiente para resolver uma questão de direito.” Na linha do que será visto no Capítulo 3 deste trabalho, no Brasil essa é uma ideia que foi colocada em xeque após a edição do Código de Processo Civil de 2015, com a possibilidade de formação de precedentes obrigatórios sem prévia existência de “jurisprudência pacífica”.

¹⁷ A expressão *jurisprudência* nos países de *civil law* não pode ser confundida com o termo inglês *jurisprudence*, geralmente relacionado ao estudo filosófico do direito, cf. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

¹⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 199, 2011, p. 139; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2001, p. 159; LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. *In*: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1051.

¹⁹ Com inspiração nos assentos do direito português, cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 162.

²⁰ É clássica a conceituação da súmula como um *método de trabalho*, que visa facilitar o trabalho da corte que a produziu: “[...] a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte [STF] tem procurado eliminar dúvidas de interpretação.” (LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 145, p. 1-20, 1981).

O terceiro fator a ser examinado no estudo dos precedentes em cada ordenamento refere-se à sua *dimensão objetiva*, que tem relação com a definição de qual ou quais partes da decisão que se tornou um precedente devem vincular juízes e cortes no julgamento de casos futuros. A esse respeito, é imprescindível analisar os conceitos de *ratio decidendi* (ou *holding*) e *obiter dictum*.

Quanto à *ratio decidendi*, além de seu conceito, também é importante explorar sua função para o estudo (ou manejo prático) dos precedentes judiciais. Muito embora seu significado esteja longe de ser pacífico na doutrina²¹, alguns traços essenciais podem ser identificados. Não parece haver controvérsias de que a *ratio decidendi* consiste na parte da decisão que a corte considerou como essencial para chegar à sua conclusão.²² Em outras palavras, equivale – utilizando a terminologia adotada por tribunais brasileiros – às *razões de decidir*, ou aos *motivos determinantes* que levaram a um certo resultado no julgamento do caso que se tornou um precedente.²³ Mais importante do que isso é compreender que a *ratio decidendi* transcende ao precedente inicialmente formado²⁴, na medida em que pode ser qualificada como o *ponto de partida*²⁵ sobre o qual juízes e cortes devem se basear nos julgamentos futuros de temas semelhantes.

²¹ Não é à toa que Hart elenca o conceito de *ratio decidendi* como um termo com “uma penumbra própria da incerteza” (HART, Herbert. **O conceito de direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005, p. 147). No mesmo sentido: “Não há sinal de acordo no *common law* acerca da definição de *ratio decidendi* ou mesmo um método capaz de permitir sua identificação.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 78. [Coleção comentários ao Código de Processo Civil]).

²² CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 72. Não faz parte do escopo deste trabalho a análise sobre todos os métodos para a identificação da *ratio decidendi*. Nesse sentido, ver na doutrina brasileira: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 158-164; ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 248-274.

²³ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 248.

²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 249.

²⁵ RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, 1994, p. 283. A esse respeito, cumpre destacar interessante citação de Frederick Schauer no sentido de que “um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá.” (SCHAUER, Frederick. Precedentes. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 51. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3]). Na doutrina nacional: “[A]s cortes, quando formam os precedentes, julgam não apenas o caso concreto, mas projetam seu olhar para o futuro, pois toda vez que se enfrenta um caso difícil (uma questão jurídica nova, ainda não assentada em precedente), são lançadas as bases sobre as quais os casos futuros também serão decididos.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 112).

Sendo “apenas” os motivos determinantes do precedente, resta claro que a *ratio decidendi* não equivale à íntegra dos fundamentos da decisão.²⁶ Nesse contexto que se insere o conceito de *obiter dictum*, que consiste na parcela restante do precedente, isto é, nas considerações²⁷ feitas pela corte não diretamente relacionadas com as razões de decidir e, portanto, prescindíveis para o desfecho da causa.²⁸⁻²⁹

Finalmente, o quarto e último fator a ser considerado na busca de uma teoria geral do precedente judicial refere-se à *dimensão da eficácia* do precedente. Trata-se do parâmetro relacionado ao grau de influência³⁰ que o precedente exercerá em casos análogos futuros. De um lado, há o chamado precedente meramente *persuasivo*, cuja observância em casos futuros não é obrigatória, mas que se presta a incrementar a argumentação da parte em juízo.³¹

Em sentido oposto se encontra o precedente com eficácia *vinculante*, isto é, a decisão que obrigatoriamente deve ser replicada por juízes nos casos posteriores. A divisão é útil para fins didáticos, mas não se pode deixar de destacar toda a complexidade que envolve a caracterização de uma decisão como vinculante, na medida em que, como aponta a doutrina³², podem existir diversos graus de vinculatividade (*degrees of bindingness*) dos precedentes.

²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 270.

²⁷ “They are merely remarks made in the course of a decision but not essential to the reasoning behind the decision.” (GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 44). Tradução livre: “São meros comentários ao longo de uma decisão, mas não essenciais para o raciocínio por trás da decisão.”

²⁸ Destinchando o que seriam estes elementos *prescindíveis*, Ada Pellegrini Grinover elenca como exemplos de *obiter dictum* “eventuais opiniões manifestadas pelos membros do tribunal, fundamentos não acolhidos pela maioria ou afirmações sobre matérias ligadas ao tema.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 142). Importante destacar que elementos *prescindíveis* não são o mesmo que *desprezíveis*, pois o *obiter dictum* tem potenciais funções acessórias, como de sinalizar uma futura orientação do tribunal (cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 554).

²⁹ Cumpre registrar que nem sempre a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é simples de ser feita, até porque, na prática, as cortes podem não ser claras acerca de quais efetivamente são os motivos determinantes que fundamentaram a decisão – e conseqüentemente a formação do precedente – em determinado sentido. A esse respeito, a doutrina estrangeira: “The very fact that we’re dealing with written opinions complicates the technique of applying the holding/dictum dichotomy for a simple reason: some judges write lucidly, while others write obscurely. Not all writers have the skill of clear expression.” (GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 52). Tradução livre: “O próprio fato de estarmos lidando com votos escritos dificulta a técnica de aplicação da dicotomia *holding/dictum* por uma razão simples: alguns juízes escrevem de forma lúcida, enquanto outros escrevem de forma obscura. Nem todos que escrevem têm a habilidade de se expressar claramente.”

³⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2001, p. 196.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 91.

³² PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedente. In: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Surrey: Ashgate Dartmouth, 1997.

Mesmo tal complexidade não impede, porém, que se trace um roteiro para a aplicação de precedentes ditos como vinculantes, ou *obrigatórios*. Assim, em sistemas jurídicos que contemplam a existência de precedentes obrigatórios, é tarefa do juiz diante de um caso concreto fazer um exercício de comparação do caso presente com a *ratio decidendi* extraída do precedente. A partir desta atividade, duas são as opções cabíveis: aplicar o precedente, isto é, replicar o entendimento anterior no caso concreto, ou deixar de aplicá-lo.

A sua observância – ao menos em sua concepção tradicional – pode se dar tanto em casos idênticos como em análogos, ou seja, não idênticos.³³ A simplicidade da frase não pode esconder, entretanto, toda a complexidade no exercício da identificação do que é ter um caso análogo ao precedente. O questionamento sobre qual situação é semelhante (*alike*) a outro não tem respostas ou fórmulas pré-determinadas – a literatura do *common law* é enfática em dizer que os precedentes não devem ser aplicados de forma automática.³⁴ Isso posto, a doutrina aponta para a necessidade de verificação de uma *identidade essencial* entre os casos comparados, possibilitando que eles sejam decididos em igual sentido – ou com a mesma *ratio decidendi* – mesmo diante de fatos não iguais.³⁵

Por outro lado, ainda que em face de um precedente obrigatório que lhe sirva como verdadeiro guia de ação³⁶, podem haver situações em que o juiz opte por não seguir o precedente obrigatório. É o fenômeno que a doutrina anglo-saxã qualifica como *judicial departure*³⁷, que

³³ SCHAUER, Frederick. Precedentes. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 56. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

³⁴ RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, 1994, p. 283.

³⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 196-201. Um exemplo emblemático de aplicação do precedente pelo método da identidade essencial citado nesta obra é o caso *Donoghue v. Stevenson*, assentado pela *House of Lords* inglesa em 1932, e suas repercussões. Em suma, o caso girava em torno da responsabilização de fabricante de bebida por corpo estranho localizado no interior da garrafa. Ao final, restou definido que o fabricante tem o dever de tomar precauções para evitar danos ao consumidor final. Essa foi a *ratio decidendi* firmada, aplicável a outros casos, independentemente de envolverem discussões sobre bebidas, corpo estranho etc. Assim, anos depois, sobreveio discussão sobre aplicação deste precedente em caso em que o autor buscava indenização pela queda de elevador, cujo conserto havia sido realizado de forma insatisfatória por empresa de engenharia. Pois bem, esta acabou sendo condenada (caso *Haseldine v. Daw*) justamente com base na regra geral do precedente *Donoghue v. Stevenson* de que cabe aos fornecedores zelar pelo dever de *duty of care*; este foi o *elemento essencial* que justificou a aplicação do precedente ao caso posterior (UNITED KINGDOM. House of Lords. **Donoghue v. Stevenson**. A.C. 562. UKHL 100. May 26th, 1932; e UNITED KINGDOM. Court of Appeal. **Haseldine v. C. A. Daw and son, limited, and others**. 2 KB 343. July 31st, 1941).

³⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.111.

³⁷ Naturalmente, outra forma de não aplicação do precedente, mais simplória, é a sua não incidência. Como bem aponta Marinoni, “quando um precedente simplesmente não se aplica, este é irrelevante para a tarefa de julgar o caso e desenvolver o direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 282). No mesmo sentido, a doutrina estrangeira: “At the very least, the precedent

pode ser entendido como o afastamento da aplicação do precedente no caso concreto, seja por meio da identificação de distinção (*distinguishing*) relevante entre os casos ou pela revogação do precedente (*overruling*).

A distinção (*distinguishing*) pressupõe que haveria, a princípio, a incidência do precedente obrigatório, mas determinadas peculiaridades do caso concreto justificam sua não aplicação.³⁸ É, pois, uma forma suave de afastamento do precedente, uma vez que não se faz um juízo de valor sobre o mérito do precedente; a *ratio decidendi* do precedente simplesmente não é replicada no caso concreto, mas permanece passível de aplicação em outros casos. É o que a literatura estrangeira se refere quando afirma que a distinção não declara o precedente como equivocado (*bad law*), mas tão somente inaplicável (*inapplicable law*).³⁹

Contudo, como parece óbvio, a possibilidade de fazer distinções não significa que existe ao juiz uma prerrogativa de fugir do alcance de precedentes obrigatórios que não lhe convém⁴⁰ – a distinção, e conseqüentemente a não aplicação do precedente, é medida que deve ser sempre devidamente justificada pelo magistrado.

Um exemplo de distinção no direito brasileiro ocorreu no julgamento pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de questão envolvendo possibilidade de pagamento de honorários pelo réu em Ação Civil Pública (ACP) movida por associação privada.⁴¹ Sobre o assunto, já havia precedente obrigatório da Corte Especial do próprio STJ assentando, de forma geral, que não cabe a condenação em honorários de réu em ACP⁴². Ocorre que, no caso concreto, o autor era uma associação privada, e não um ente público como ocorreu no julgado que se tornou precedente obrigatório. Essa particularidade justificou a distinção – e conseqüente redução da amplitude do precedente obrigatório –, que permitiu que a corte considerasse que, no caso concreto, o réu em ACP poderia estar sujeito ao pagamento de honorários.

case and the case to be decided must pose the same legal issue, and the precedent case must have resolved that issue.” (SUMMERS, Robert. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 521). Tradução livre: “No mínimo, o precedente e o processo a ser decidido devem apresentar a mesma questão jurídica, e o precedente deve ter já resolvido essa questão.”

³⁸ GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 97.

³⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 114.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil: artigos 926 ao 975**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 121. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.974.436/RJ**. Relatora Min. Nancy Andriighi, DJe 25.03.2022.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso nº 962.250/SP**. Relator Min. Og Fernandes, DJe 21.08.2018.

A outra forma de *judicial departure* é mediante a superação (*overruling*) do precedente judicial.⁴³ No Capítulo 4 deste trabalho serão destrinchados conceitos essenciais da técnica de superação de precedentes, mas para esse momento basta fixar a premissa de que se trata da alteração do entendimento que havia sido estabelecido por meio da *ratio decidendi* do precedente⁴⁴, de forma que não há um afastamento, mas uma recusa expressa em segui-lo.⁴⁵ Ao contrário do que ocorre com a distinção – dita como uma técnica *suave* de não aplicação do precedente e que pode ser invocada por qualquer juiz⁴⁶ –, a superação é encarada como algo excepcional e que deve observar requisitos específicos.

Longe – muito longe – de esgotar as discussões sobre os conceitos relacionados ao estudo do precedente judicial, o exame das quatro dimensões do precedente judicial mostra que mesmo que houvesse (*e não há*) um cenário de completa concordância acerca da natureza e nuances dos conceitos estudados (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling* etc.), isso não implicaria em dizer que há um único sistema de precedentes judiciais, pois existem variações no âmbito de cada dimensão examinada (intensidades diferentes da dimensão da eficácia do precedente judicial, por exemplo).

Em termos práticos para o deslinde deste trabalho, isso significa, como já assinalado na Introdução, que embora o estudo da doutrina estrangeira sobre o assunto seja relevante, é preciso assumir sem receios que não haverá no Brasil a assimilação do “precedente inglês”, por exemplo. Corroborando esse ponto, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que “é preciso afastar qualquer identidade entre o significado atribuído pelo legislador brasileiro à expressão precedente e aquele concebido nos países da *common law*.”⁴⁷ Ora, é natural que toda a experiência de sistemas com tradição centenária no manejo de precedentes não seja desprezada, mas disso não se extrai uma valorização exacerbada destes outros ordenamentos.⁴⁸

⁴³ Existem também outras técnicas que, de certa forma encontram-se no caminho intermediário entre distinção e superação, que serão examinadas no Capítulo 4 desta dissertação.

⁴⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 104.

⁴⁵ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 606.

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ARRUDA ALVIM, Teresa. (org.). **O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume 1**. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2018, p. 34.

⁴⁸ Não à toa que Barbosa Moreira elenca a supervalorização de modelos estrangeiros como um dos *mitos da Justiça*, aliás, indicando expressamente um olhar reticente sobre a “atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais” (o texto foi escrito antes da edição do CPC/2015), bem como deixando claro que transplantes de experiências estrangeiras sempre devem ser feitos com cautela, considerando “passar em cuidadosa revista não

2.2 Escopos dos sistemas de precedentes judiciais obrigatórios

Na clássica lição de Cândido Rangel Dinamarco, dizer apenas que o processo é um *instrumento* é um conceito vago, sendo imprescindível a indicação dos *escopos* a serem alcançados – “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina.”⁴⁹ Há que se fazer um raciocínio teleológico, que abarque, portanto, os *escopos do processo*. A mesma ideia pode ser transplantada para o estudo dos precedentes judiciais, que, tal qual o processo, não tem um valor em si mesmo.

É importante, pois, que se fixem os *escopos do sistema de precedentes judiciais*, ou seja, o que se busca alcançar com a utilização dos precedentes. Nos próximos itens serão abordados os três principais escopos de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Em primeiro lugar, garantir maior *segurança* jurídica ao ordenamento; segundo, conferir maior grau de *igualdade* aos jurisdicionados – a noção de *treat like cases alike*; e terceiro, mas não menos importante, a busca por uma maior *eficiência* do ordenamento mediante utilização das técnicas dos precedentes judiciais.

2.2.1 Segurança jurídica

Na árdua tarefa de conceituar *segurança jurídica*, Humberto Ávila menciona o dever da adoção de comportamentos, pelos poderes estatais, que contribuam para que os cidadãos conheçam o direito (*cognoscibilidade*) e, com isso, possam fazer um planejamento juridicamente informado do seu futuro (*confiabilidade e calculabilidade*).⁵⁰

No que se refere ao aspecto do conhecimento do direito pelos jurisdicionados, é reconhecido que a atuação exclusiva do Legislativo é insuficiente. Mesmo em sistemas fortemente marcados pela tradição do *civil law*, a doutrina sempre enxergou a incompletude da

apenas os dados normativos, senão também os costumes judiciários, a formação profissional e a mentalidade das classes mais diretamente envolvidas, juízes e advogados, cuja colaboração franca será imprescindível ao êxito da operação.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual, oitava série**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004). Em sentido semelhante, já foi exposta a necessidade de que seja evitada a menção de direito estrangeiro como mera retórica para (supostamente) comprovar um ponto de vista predefinido, algo que pode ser enquadrado no que a literatura tem chamado de *cherry-picking*, que consiste na escolha “estratégica” de sistemas jurídicos comparados, apenas com a finalidade de reforço de argumento (SCOPEL, Adriano Sayão. Oralidade recursal no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 321, 2021, p. 183).

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 181.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 728.

lei como um fato⁵¹, pelo que a atividade jurisdicional também se qualifica como fonte do direito.⁵² Os motivos para tanto são diversos e complexos⁵³, bastando, para os fins que se propõem esta dissertação, que seja dito que o Judiciário tem também uma função de, nas palavras de Melvin Eisenberg, *enriquecer o estoque das regras jurídicas* (*enriching the supply of legal rules*) do ordenamento.⁵⁴

Esta “atribuição” adicional do Judiciário deve ser encarada *cum grano salis*⁵⁵ em ordenamentos com tradição enraizada no *civil law*, como o brasileiro, pois não pode se

⁵¹ “A lei forma o esqueleto da ordem jurídica, mas a este esqueleto vai ser dada vida, em larga medida, por outros fatores. [...] Os códigos apenas representam, para os juristas, um ponto de partida, não um resultado.” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 142). Em sentido semelhante, Gustavo Zagrebelsky defende que o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como “partes” do direito, e não como “todo o direito” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción: Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016, p. 156).

⁵² Não faz parte do escopo desta dissertação o exame acerca das teorias sobre fontes do direito. Como premissa teórica, reconhece-se que o conceito de fonte do direito tem relação com um poder de produzir normas jurídicas, o que ocorre, no que se refere à atividade jurisdicional, diante das lacunas na lei. Para uma análise aprofundada sobre o tema, a partir das lições de Miguel Reale, ver: CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 26-38.

⁵³ A literatura nacional já se debruçou sobre esse instigante assunto, que abarca desde estudos sobre a interpretação jurídica (com o reconhecimento da dissociação entre texto e norma), passando pelo emprego cada vez mais frequente de parâmetros flexíveis para guiar as decisões judiciais (princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos ou indeterminados etc.). A título exemplificativo: “[...] as sociedades atuais, por serem extremamente complexas, inviabilizam que o sistema jurídico preveja, expressamente, todos os possíveis conflitos que podem ser levados à apreciação do juiz. O direito tem exercido movimento tentacular por sobre a realidade: tudo é disciplinado, juridicizado, e, portanto, potencialmente, jurisdicionalizado. Muitas situações, ou não estão mesmo disciplinadas pela lei, de forma direta [...], ou o são por meio de técnicas redacionais, cujo escopo é driblar a complexidade do mundo real e dar certa margem de flexibilidade ao julgador: são os conceitos vagos e cláusulas gerais (casos em que também é inafastável certa dose de criatividade). Isso, sem falar nos princípios jurídicos, cada vez mais presentes nas discussões jurídicas e nas decisões judiciais, cuja formulação verbal se dá, muito frequentemente, por meio de conceitos vagos.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 83-84).

⁵⁴ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4.

⁵⁵ O desafio maior é a calibragem acerca da intensidade em que o Judiciário pode complementar o direito. Se por um lado uma visão mais teórica (plano do *dever ser*) expressa que a abertura dos textos, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não seja absoluta (GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 9), uma visão mais realista (plano do *ser*) reconhece que o Judiciário teve seus poderes aumentados e passou a interpretar de forma menos rígida o conteúdo do texto legal (PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Ed. J. de Oliveira, 2002, p. 146). Mas à parte essa discussão, é forçoso reconhecer a incapacidade do Legislativo em acompanhar a dinamicidade da sociedade, algo que se verifica quando se está diante de novas tecnologias, mas também de desafios mais tradicionais, como responsabilidade civil. Nesse sentido é a posição de Taruffo: “The interaction between precedents and statutory law is extremely complex and varying also in historical perspective. In some areas, such as torts, few very general principles are applied to a multitude of cases and courts refine these into a number of more concrete and detailed rules. Then precedents are extremely important as a development and an integration of basic legal rules.” (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 456). Tradução livre: “A interação entre precedentes e a lei é extremamente complexa e varia na perspectiva histórica. Em algumas áreas, como responsabilidade civil, são aplicados poucos princípios gerais a diversos casos e os tribunais os aperfeiçoam em

confundir como uma permissão a indevidas invasões de competências próprias do Legislativo pelos magistrados. Em nosso ordenamento, nenhuma mudança legislativa teve o condão de alterar o fato de que a atuação do Judiciário é limitada pelo comando legal.⁵⁶

Mas mesmo em sistemas como o brasileiro, não há como desconsiderar que precedentes se prestam a reduzir a “zona de penumbra” própria de determinadas normas e densificar a atividade de completude desempenhada pelas cortes⁵⁷ – e, assim, contribuir para a segurança jurídica do ordenamento em sua perspectiva da *cognoscibilidade*. Conhecer o direito envolve não apenas dominar a lei, mas também as normas interpretadas pelas cortes, que, ao fim e ao cabo, são vetores de integração e universalização para a decisão de casos futuros.⁵⁸

Além disso, os precedentes judiciais atuam para contribuir para outro horizonte da segurança jurídica, relacionado à *confiabilidade* do ordenamento. Isso porque, tal como ocorre com a lei, os entendimentos contidos em precedentes judiciais servem como mensagens que orientam o comportamento dos jurisdicionados. Como exemplo prático, se há precedente do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁹ assentando que municípios não podem proibir a atividade do transporte individual privado intermediado por aplicativos, resta evidente que há maior grau de segurança para que novos *players* se lancem no mercado ou empresas já atuantes possam expandir suas operações.

certo número de regras mais concretas e detalhadas. Dessa forma, os precedentes são extremamente importantes para o desenvolvimento e integração das normas jurídicas básicas.”

⁵⁶ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, a liberdade do juiz para interpretar a norma “encontra limites nas próprias palavras que compõem a regra. Não pode o julgador, por exemplo, reconhecer a plena capacidade civil de alguém com 17 anos de idade. Seu poder de interpretação está diretamente relacionado aos termos utilizados pelo legislador.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ARRUDA ALVIM, Teresa. (org.). **O novo processo civil brasileiro**: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume 1. Rio de Janeiro: Ed. GZ., 2018, p. 32).

⁵⁷ Edilson Vitorelli destaca, nesse sentido, que “o sistema de precedentes obrigatórios pode ser compreendido, portanto, como um contrapeso ao aumento da presença de normas principiológicas no ordenamento.” (VITORELLI, Edilson. A prática do sistema de precedentes judiciais obrigatórios: entre fantasmas e potenciais. *In*: NETO, Edgar A. Marx *et al.* **Processo civil contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 750).

⁵⁸ Analisando decisão do STF acerca da extensão da regra estabelecida no art. 14, § 7º, da Constituição, que prevê hipóteses de inelegibilidade, Rodrigo Barioni traz um exemplo concreto da atuação de precedente judicial como vetor da cognoscibilidade do direito. No caso, “o Supremo Tribunal Federal criou regra, que complementa aquela do art. 14, § 7º, da Constituição, para incluir na inelegibilidade constitucional ex-cônjuge do chefe do Poder Executivo, quando a separação ou divórcio tiver ocorrido no curso do mandato. Essa norma jurídica não existia antes do julgamento do caso. Diante da vinculatividade da decisão, em vista da previsão do art. 927 do CPC/2015, a norma jurídica formada pelo precedente passa a integrar o ordenamento jurídico e, por isso, deve ser respeitada pelos órgãos do Poder Judiciário.” (BARIONI, Rodrigo. O que podemos aprender sobre precedentes em um recente julgamento da Suprema Corte dos EUA?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 279-299, 2021).

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 1.054.110/SP**. Relator Min. Roberto Barroso, DJe 06.09.2019.

2.2.2 Igualdade

A proteção da igualdade tem invariavelmente um papel de destaque nos ordenamentos jurídicos. No caso do Brasil, logo no *caput* do art. 5º há a clássica menção de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.⁶⁰

Isso posto, é forçoso reconhecer que a igualdade entre os jurisdicionados é outro escopo que deve nortear qualquer estudo relacionado a sistemas de precedentes judiciais obrigatórios. Isso implica que situações análogas sejam julgadas do mesmo modo.⁶¹ A doutrina nacional sobre precedentes já se debruçou bastante sobre o tema⁶²; a grosso modo, a ideia é que o entendimento X aplicado ao jurisdicionado A também seja aplicado ao B, diante de fatos e condições semelhantes.

A esse respeito, Rodolfo de Camargo Mancuso faz menção à *aptidão da jurisprudência para o tratamento isonômico aos jurisdicionados*, na medida em que a divergência jurisprudencial, aceitável nas instâncias judiciais inferiores visando à dialética de posições contrapostas, passa a gerar *externalidades negativas*⁶³ se as cortes não respeitam seus próprios precedentes.

Ao repudiar que juízes e tribunais profiram decisões diferentes em casos iguais, buscase efetivar a isonomia entre os jurisdicionados também pela ótica da imparcialidade. Ou seja, independentemente do sujeito que figura no processo, a solução será aquela determinada pelo precedente judicial obrigatório.

O elemento igualdade também pode ser encarado pela perspectiva da participação dos jurisdicionados na formação de precedentes judiciais obrigatórios. A tarefa de interpretação das

⁶⁰ Aliás, Virgílio Afonso da Silva, mesmo reconhecendo “a distância entre o texto constitucional e a realidade”, destaca a importância deste princípio em nosso ordenamento, mencionado na Constituição Federal “mesmo antes dos direitos à vida e à liberdade.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp Livraria, 2021, p. 131).

⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 157.

⁶² Por todos, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 107-122.

⁶³ “Se é verdade que entre juízes de primeiro grau é natural e até previsível que ocorram dissensos sobre um dado tema, não é menos verdade que essa divergência vai se tornando injustificável e projetando efeitos deletérios à medida em que ela persiste do meio da pirâmide judiciária para cima, justamente porque nesse altiplano emerge o poder-dever de uniformização da jurisprudência, e, bem assim, da manutenção de sua atualidade e estabilidade.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 414).

normas não pode ser restrita apenas aos magistrados.⁶⁴ É, pois, objetivo de um sistema de precedentes judiciais a criação de mecanismos que possibilitem – mas não obriguem, conforme será visto adiante – a participação dos jurisdicionados nos destinos da sociedade.⁶⁵

Cumprе ressaltar que mesmo uma breve descrição sobre o elemento da igualdade nos precedentes judiciais não pode se furtar de uma reflexão sobre *qual* isonomia está se falando. Se, no plano legislativo, a expressão “todos são iguais perante a lei” não é encarada como uma verdade absoluta – pois muitas vezes concretizar a igualdade exige tratamentos *desiguais* –, no plano dos precedentes a demanda por isonomia em sua aplicação pode resultar em situações de injustiça.⁶⁶ Essa reflexão não afasta, contudo, a utilidade da igualdade formal garantida pela aplicação de entendimentos judiciais em casos análogos (e, evidentemente, em idênticos), o que justifica que esse elemento seja um dos escopos dos precedentes judiciais.

2.2.3 Eficiência

Como apontam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, “a atividade da Administração Pública deve ter em mira a obrigação de ser eficiente.”⁶⁷ Considerando a realidade brasileira, trata-se de princípio que deve reger todas as atividades do Estado, dentre as quais, a atividade jurisdicional prestada pelo Judiciário.

⁶⁴ É nesse contexto que se insere a clássica lição de Peter Haberle: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.” (HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 15). Na doutrina brasileira, e não restringindo a necessidade de *abertura* da interpretação apenas a questões constitucionais, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 96.

⁶⁵ “Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar a democracia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 208). Em sentido semelhante: “O Estado Democrático Constitucional sobressai do Estado Liberal e do Estado Social, implicando superação desses modelos, com a supremacia da norma constitucional, e o acolhimento do valor ‘participação’ na formação e nos processos discursivos das decisões estatais.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 125).

⁶⁶ “Os precedentes, de fato, não se preocupam em fornecer justiça material, mas tão somente formal. [...] É dizer, admitir que os precedentes judiciais garantem que os jurisdicionados sejam tratados igualmente, todavia, não podem assegurar que esse tratamento igual é o melhor possível. É um custo da segurança fornecida pelos precedentes judiciais obrigatórios, que, em alguns casos, o julgador venha a decidir contrariamente ao que pensa ser a solução mais justa ou adequada.” (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 129).

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 962.

Em certo sentido, os conceitos de segurança jurídica e igualdade contemplam o elemento da eficiência. Isso porque não se pode imaginar um sistema como funcional – ou *eficiente* – em cenário de insegurança jurídica e desigualdade formal entre os jurisdicionados. Mas à parte essa ideia, o manejo de precedentes judiciais também deve considerar o escopo da eficiência a partir de uma outra perspectiva, mais voltada à *celeridade* e *qualidade* na prestação jurisdicional.

Em um primeiro momento, os ganhos de eficiência ocorrem pelo fato de que a existência de precedentes obrigatórios tende a desincentivar demandas que o jurisdicionado sabe ser “perdida”. Ao ter conhecimento de que o Judiciário desacolhe determinada pretensão não há, salvo distorções excepcionais, incentivos para que o jurisdicionado gaste tempo e dinheiro em uma ação que sabe que vai perder.⁶⁸ Nesse sentido, os precedentes contribuem para evitar o que a doutrina chama de *demandas aventureiras*⁶⁹ ou *demandismo desmesurado*.⁷⁰

E não se trata de algo exclusivo da realidade brasileira, visto que até mesmo nos Estados Unidos as cortes⁷¹ e a doutrina⁷² reconhecem os ganhos de eficiência advindos dos precedentes obrigatórios não somente para evitar novas demandas *frívolas*, mas também para incentivar a realização de acordos. Por oportuno, cabe notar que o raciocínio a favor da eficiência advinda pelos precedentes na realidade norte-americana também contempla as dificuldades de lidar com casos repetitivos⁷³ – um notório, mas não exclusivo, problema brasileiro.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2019, p. 135.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019, p. 126.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 600.

⁷¹ Tome-se como exemplo trecho extraído do caso *Kimble v. Marvel Entertainment*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2014, em que um dos motivos que justificam o *stare decisis* é o aspecto da eficiência que o sistema proporciona: “It also reduces incentives for challenging settled precedents, saving parties and courts the expense of endless relitigation.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Kimble et al. v. Marvel Entertainment, LLC**. 576 U.S. (2015). June 22nd, 2015). Tradução livre: “Isso também reduz os incentivos para questionar precedentes consolidados, evitando que as partes e os tribunais incorram em custos de mais e mais litígios.”

⁷² “Disputants involved in controversies that are identical to those resolved in prior cases have strong incentives to settle, unless at least one of them has reason to believe something is to be gained from appealing. The more closely analogous a dispute is to one that the Court has previously decided, the more likely it will settle or not end up in the Court because lower courts will follow what they regard as binding or authoritative vertical precedent.” (GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 152). Tradução livre: “Litigantes envolvidos em controvérsias idênticas às resolvidas em casos anteriores têm fortes incentivos para entrar em acordo, a menos que pelo menos um deles tenha motivos para acreditar que exista a possibilidade de ganhar algo recorrendo. Quanto mais intimamente análogo um litígio for a uma controvérsia que a corte tenha decidido anteriormente, mais provável será que ocorra um acordo ou não chegue à corte, porque os tribunais inferiores seguirão o que consideram como vinculante ou precedente vertical vinculante.”

⁷³ Para corroborar esta ideia, Brandon J. Murrill menciona o seguinte trecho extraído do caso *Taylor v. Sturgell*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2008: “[...] stare decisis will allow courts swiftly to dispose of repetitive suits brought in the same circuit.” (MURRILL, Brandon J. The Supreme Court’s Overruling of

O escopo da eficiência também tende a ser atingido pela ótica das cortes, na medida em que a existência de precedentes obrigatórios simplifica e agiliza o processo decisório, o que contribui para a duração razoável do processo.⁷⁴ Como bem apontam os professores norte-americanos Saul Brenner e Harold Sapeth, ter o Judiciário que repetidamente examinar “do zero” os mesmos problemas requer muito tempo e esforços.⁷⁵ A consequência esperada de não ter que se debruçar novamente sobre assuntos já decididos é que as cortes possam voltar suas energias para questões que ainda não foram assentadas⁷⁶, o que idealmente refletirá em benefícios na qualidade da prestação jurisdicional.

Por fim, é importante destacar que o fato de a eficiência ser um escopo dos precedentes judiciais não significa, obviamente, que também não deve ser buscada por outros institutos do direito. Assim, por exemplo, o fato de o desafio do ordenamento brasileiro diante da questão da litigiosidade de massa poder ser enfrentado por outros mecanismos – com destaque para o processo coletivo⁷⁷ – não desnatura a eficiência como um escopo de um sistema de precedentes obrigatórios como o nosso. Em outras palavras, não se pode dizer que a questão da litigiosidade de massa deve ser resolvida apenas pelo processo coletivo, pois a dinâmica dos precedentes obrigatórios tem também a contribuir nessa seara.

2.3 O cenário brasileiro: precedentes judiciais no CPC/2015

Examinar os conceitos fundamentais relacionados aos precedentes judiciais, bem como os escopos que devem nortear sua aplicação, são aspectos gerais que podem ser utilizados em diferentes sistemas que optem pela adoção das técnicas dos precedentes na prestação jurisdicional. O desafio passa a ser, a partir de agora, conciliar estas ideias com o objetivo desta dissertação, que é analisar os fundamentos e refletir sobre as perspectivas da formação e da superação dos precedentes judiciais *no Brasil*.

Constitutional Precedent. **Congressional Research Service**, Washington, D.C., v. 3, p. 1-54, 2018, p. 7). Tradução livre: “[...] o *stare decisis* permitirá que os tribunais descartem rapidamente ações repetitivas ajuizadas na mesma jurisdição.”

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 150.

⁷⁵ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisis**: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 3.

⁷⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 13, n. 3, 2016, p. 267.

⁷⁷ Até porque, como bem aponta Ricardo de Barros Leonel, o processo coletivo “não se mostra suficiente para, sozinho, habilitar o Poder Judiciário a tratar e equacionar tais conflitos [...]” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 124).

Pois bem, antes disso faz-se necessário tecer breves considerações sobre as transformações pelas quais o ordenamento brasileiro vem passando sobre o tema, em especial após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Se, por um lado, parece não haver dúvidas de que os precedentes judiciais sempre desempenharam uma função no ordenamento brasileiro (embora tenha sido muito mais ligada à noção de precedentes *persuasivos*, e não *obrigatórios*⁷⁸), por outro lado é consenso que este papel tem paulatinamente crescido em importância.⁷⁹ Os marcos históricos citados pela doutrina variam⁸⁰, mas a conclusão não foge da premissa de que há uma “vigorosa abertura para a imposição dos precedentes” no ordenamento brasileiro.⁸¹

As razões para tanto são múltiplas e definitivamente fogem do escopo deste trabalho, mas interessante notar, ao lado da famigerada tradição nacional de dispersão jurisprudencial⁸²,

⁷⁸ Refletindo sobre esse papel dos precedentes, ou “pronunciamentos decisórios dos tribunais”, na história do direito brasileiro em momento anterior à promulgação do CPC/2015, assim se manifesta Cruz e Tucci: “Nenhum operador do direito, de época contemporânea, pode negar a utilidade e eficiência dos pronunciamentos judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmico sabe a importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 156).

⁷⁹ Destaque-se, reiterando o que já foi mencionado em tópico anterior, que este trabalho parte da premissa teórica de que o ordenamento brasileiro reconhece a atividade jurisdicional como fonte do direito, mas com a atuação do Poder Judiciário sempre circunscrita aos limites – lacunas, sobretudo – da lei.

⁸⁰ Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso elencam como etapas essenciais para o processo de valorização dos precedentes judiciais no Brasil o avanço do controle concentrado de constitucionalidade (com maior número de legitimados e de instrumentos processuais disponíveis) e as reformas que foram feitas no Código de Processo Civil de 1973, em especial as que buscaram atribuir às decisões judiciais efeitos para além do caso específico (julgamento de recursos repetitivos, por exemplo) (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes do direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, 2016, p. 14-18). Por sua vez, Dinamarco destaca como principais passos da “caminhada do direito brasileiro em direção à valorização dos precedentes pretorianos” a instituição, em 1963, das súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, e posteriormente das súmulas vinculantes, inauguradas no direito brasileiro por meio da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, que incluiu o art. 103-A no texto constitucional (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 158-160).

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Memórias de um processualista**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021, p. 29. Em sentido semelhante, Ricardo de Barros Leonel pondera, em trabalho elaborado mesmo antes da edição do CPC/2015, que “reconhecer a escalada na valorização dos precedentes no direito brasileiro é admitir algo que é inegável.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 119).

⁸² Como aponta Humberto Theodoro Jr., trata-se de uma das facetas da chamada *crise da justiça*, decorrente da “insegurança dos resultados na prestação jurisdicional, em face da diversidade de posição dos tribunais na aplicação da mesma norma legal.” (THEODORO JR., Humberto. *Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 454). Talvez o exemplo mais emblemático do ambiente de jurisprudência oscilante, no caso em relação ao STJ, tenha sido exposto no voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros em discussão envolvendo possível revogação de súmula que estabelecia a isenção tributária para sociedades civis de prestação de serviços profissionais: “Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula, elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com

a constante menção à problemática da morosidade processual – “a duração excessiva e quase sempre intolerável dos processos”⁸³ – causada, dentre diversos fatores⁸⁴, pela litigância repetitiva em massa observada nos tribunais brasileiros.

Tais anseios foram refletidos na Exposição de Motivos do CPC de 2015, que expressamente reconhece como um dos aspectos mais relevantes do novo sistema processual as “regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.”⁸⁵ Nesse sentido, não passou despercebida pela doutrina essa preocupação do legislador na utilização das técnicas de precedentes como forma de contribuir para a celeridade processual e para a diminuição do número de processos⁸⁶, algo que não tem relação direta com os precedentes do *common law*, por exemplo.

base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas, que é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 382.736/SC**. Relator Min. Herman Benjamin, DJE 19.11.2018).

⁸³ THEODORO JR., Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 454.

⁸⁴ Sobre outras razões para a morosidade processual, com enfoque nas cortes superiores: “Inúmeros motivos podem ser apontados para a caótica situação a qual os Tribunais Superiores foram levados, entre os quais é possível destacar alguns: as dimensões continentais do país, a enorme concentração de matérias disciplinadas por legislação federal; a estrutura e os direitos abrangentes previstos na Constituição Federal.” (ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (coord.). **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrihgi no STJ. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 613).

⁸⁵ Ainda de acordo com o texto da Exposição de Motivos do CPC/2015: “[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham que submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.”

⁸⁶ ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: BONATO, Giovanni. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 95. José Carlos Baptista Puoli utiliza o termo *intuito gerencial* justamente para descrever mecanismos do CPC/2015 que buscam “resolver mais rapidamente causas repetitivas por intermédio da aplicação de precedentes a processos futuros que versem sobre a mesma temática.” (PUOLI, José Carlos Batista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 499).

A versão final do CPC, entretanto, foi objeto de críticas pela falta de critério científico ao buscar valorizar os precedentes judiciais em diversos dispositivos relacionados ao assunto.⁸⁷ Como bem salienta José Rogério Cruz e Tucci, “o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado das decisões de nossos tribunais.”⁸⁸

De toda forma, à parte as críticas, o CPC é a norma posta que deve ser obedecida no ordenamento brasileiro.⁸⁹ É certo que, por si só, a positivação de normas relacionadas a precedentes judiciais no texto do Código – no item a seguir serão examinados os artigos 926 e 927, tidos como principais dispositivos desse movimento – não é suficiente para mudar toda uma cultura jurídica não acostumada a conviver com precedentes *obrigatórios*. Não se nega – é importante frisar – que há ainda muito caminho pela frente para que os precedentes judiciais sejam de fato respeitados. E esse é um desafio que perpassa praticamente todas as instâncias do Judiciário. Infelizmente, são fartos os exemplos de casos em que precedentes obrigatórios são solenemente ignorados, seja por cortes inferiores ou pela própria que formou o precedente, inclusive por meio de decisões monocráticas.

Ocorre, porém, que juízes e tribunais não podem deixar de seguir determinado precedente obrigatório por não concordarem com seu conteúdo. Na verdade, a lógica de um sistema de precedentes obrigatórios pressupõe que os magistrados devem respeitá-los mesmo quando entendam que são incorretos.⁹⁰

⁸⁷ Como bem resume Flávio Luiz Yarshell: “Apenas para seguir a ordem do próprio Código, a disciplina desse tema vai da maior abrangência da assim denominada tutela de evidência (art. 311, II, segunda parte); passando pela possibilidade de julgamento liminar de improcedência (art. 332, de forma consideravelmente mais ampla do que aquela prevista pelo art. 285-A do CPC/73); com repercussão sobre o dever de motivação (art. 489, §1º, incisos V e VI) – e, a partir daí, sobre as hipóteses de cabimento de ação rescisória (art. 966, §§ 5º e 6º); e chegando aos mecanismos como incidente de assunção de competência (art. 947) e de resolução de demandas repetitivas, usualmente referido como ‘IRDR’ (art. 976 e seguintes); para além dos já conhecidos recurso especial e do recurso extraordinário em regime de repercussão geral (art. 1.036 e seguintes).” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente: obstáculos superáveis?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. (coord.). **Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 288).

⁸⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2001, p. 167.

⁸⁹ Percebendo esse ponto, Luiza Gonzaga Drumond Cenachi destaca que o Brasil é um país de tradição *civil law* em que vige o princípio da legalidade, de sorte que a atribuição do caráter obrigatório a determinados pronunciamentos judiciais por força da lei “não nos parece um problema, mas, antes disso, uma necessidade na realidade brasileira.” (CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 57).

⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 59. Sobre este tema, mesmo não sendo escopo deste trabalho, é importante mencionar que argumentos como independência do julgador e liberdade de convencimento não se prestam a justificar a não observância de precedentes obrigatórios. Como bem aponta Flávio Luiz Yarshell, a independência não se confunde com liberdade para decidir como bem entender: “A independência do juiz não deve ser pretexto para que, em matéria de direito, ele deliberadamente contrarie

Com efeito, mesmo reconhecendo que os juízes têm liberdade para decidir de acordo com suas próprios convicções, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas aludem a uma ideia de *abuso da liberdade de decidir*⁹¹, que se dá quando o exercício dessa liberdade compromete o que os autores chamam de estabilidade social.

Isso posto, convém destacar que o exame dos mencionados desafios para o *enforcement* deste sistema de precedentes obrigatórios não é escopo desta dissertação. À parte todas as teorias sobre os benefícios de um sistema de precedentes obrigatórios, no “mundo real” vão sempre existir situações de sua não observância, quer por juízes que deliberadamente optem por descumpri-lo, quer por aqueles que desconhecem a existência de determinados precedentes obrigatórios.⁹² Principalmente para estes últimos, a existência de critérios bem delimitados e objetivos para a formação (e também superação) dos precedentes tende a ser algo benéfico. Seria ingênuo considerar que todos os desafios de *enforcement* serão resolvidos, mas é razoável supor que este primeiro passo – *saber quais são os precedentes obrigatórios* – é essencial para a consolidação de um sistema de precedentes obrigatórios.

E, nesse sentido, é preciso reconhecer o avanço proporcionado pela mudança legislativa. É fato que o trajeto natural é de que as leis sejam editadas depois que a sociedade opte por determinadas direções. No entanto, especialmente no âmbito do direito processual, não se pode desconsiderar o papel da lei como instrumento indutor da mudança cultural⁹³, de forma que aguardar por uma alteração espontânea na sociedade no que se refere à temática dos precedentes muito provavelmente seria inócuo.

orientação jurisprudencial firmada por tribunais superiores para tanto competentes. [...] Independência, portanto, deve ser vista como garantia do jurisdicionado, em prol do bom funcionamento do sistema de justiça.” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**: volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 122-123). Por sua vez, a ideia de convencimento motivado é regra pertinente à apreciação probatória, que tampouco serve como justificativa para que juízes não sigam precedentes obrigatórios (cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 188).

⁹¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 151.

⁹² KERN, Christoph. Judicial Independence and judicial hubris. In: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 386.

⁹³ ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 392; LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. In: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1055. Em sentido contrário: “O sistema de precedentes do *common law* é orgânico e formado historicamente. O precedente é inerente à tradição jurídica anglo-saxônica. Não é possível inaugurar sistemas de precedentes por meio de determinações legislativas.” (ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1164).

2.3.1 Considerações sobre os artigos 926 e 927 do CPC/2015: consolidação de sistema de precedentes judiciais obrigatórios no direito brasileiro?

A despeito dos diversos dispositivos relacionados ao tema que constam em seu texto, o núcleo essencial dos precedentes judiciais no CPC está localizado nos artigos 926 e 927. Um estudo sobre a formação e a superação dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro necessariamente deve passar por uma análise destes dispositivos.

Não se trata, é bem verdade, de um primor de técnica legislativa – a versão final mistura conceitos e perde a oportunidade de endereçar aspectos controversos. Contudo, esse caráter lacônico pode levar a uma visão otimista, no sentido de que seu texto seria um bom material “bruto”, a ser lapidado⁹⁴ pela doutrina e jurisprudência.

O *caput* do art. 926 do CPC determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” De início, chama a atenção a menção ao termo *jurisprudência*, conceito relacionado, como já visto, a um conjunto de decisões no mesmo sentido, e que carrega consigo um forte caráter subjetivo. Afinal, como identificar de forma segura que estamos diante de um entendimento do tribunal que configura *jurisprudência*? Quantos julgados são necessários para que a jurisprudência seja formada? Trata-se de um problema que remete ao CPC de 1973 que, em muitas passagens, fazia referência ao termo *jurisprudência dominante*, sendo alvo de críticas pela doutrina da época.⁹⁵

De toda forma, abstraindo esse desafio terminológico, é possível extrair uma importante direção em prol da segurança jurídica no texto do art. 926. Isso em função da presença de elementos (*uniformização, estabilidade, integridade e coerência*) que, em maior ou menor grau, gravitam em torno do conceito de segurança jurídica, mas que também tangenciam as noções de igualdade e eficiência.

A dispersão de entendimentos é vista como algo prejudicial, daí a imposição de que as cortes tenham como meta a uniformização, a fim de que os jurisdicionados conheçam o direito que será aplicado, de forma igual para todos. Uma vez alinhado, o entendimento deve ter *estabilidade* – conceito que não se confunde com *imutabilidade*, conforme será visto no capítulo

⁹⁴ “[E]mbora o texto não revele grande riqueza, é certo que se trata de um bom material a partir do qual se pode delinear com precisão as normas necessárias a um efetivo sistema de precedentes obrigatórios.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 353).

⁹⁵ De modo acertado, Luiz Rodrigues Wambier apontava o problema de a expressão *jurisprudência dominante* ser “absolutamente fluida, indeterminada, sendo difícil para a parte recorrente quantificar a jurisprudência a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de dominante.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Gênesis**, Curitiba, v. 5, n. 18, 2000, p. 747).

4 –, bem como zelar pela sua *integridade e coerência*. Ou seja, além de não poder ser alterado “ao sabor dos ventos”, os entendimentos dos tribunais devem estar de acordo com o direito como um todo (*dever de integridade*), bem como não serem contraditórios entre si (*dever de coerência*).

É dizer, os precedentes judiciais – mesmo o art. 926 não utilizando a expressão, é a ela que se refere⁹⁶ – devem dialogar entre si e com todo o sistema de normas para que sejam aptos a repetição em casos futuros.⁹⁷

Se o art. 926 do CPC tem um caráter mais principiológico, anunciando a *missão* e os *caminhos* dos precedentes no ordenamento brasileiro, o art. 927 apresenta perspectiva mais prática, refletida em seu *caput* – “os juízes e os tribunais observarão”. Os pronunciamentos judiciais que devem ser *observados* estão elencados nos cinco incisos do art. 927, a saber: (i) decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) enunciados de súmula vinculante; (iii) acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC) ou de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e os tribunais estiverem vinculados.

Tal perspectiva mais prática do dispositivo não implica em dizer que ele é imune a controvérsias. Muito pelo contrário. As discussões sobre ele podem ser delimitadas em três grandes questionamentos: qual é o sentido do vocábulo *observarão*? Há um componente homogêneo nos incisos do art. 927 ou estes versam sobre situações diferentes (com consequências distintas)? E o que acontece se juízes ou tribunais não *observarem* os provimentos constantes dos referidos incisos?

Ao prever que juízes e tribunais devem *observar* determinadas decisões judiciais, a lei impõe um tríplice dever⁹⁸: de *considerar, interpretar e aplicar* os entendimentos consolidados nos provimentos elencados nos incisos do art. 927 do CPC, salvo as hipóteses de *judicial departure*, já citadas neste trabalho. Apesar de não haver menção expressa – mais uma crítica que pode ser dirigida ao legislador – o fato é que o termo *observarão* tem conotação de *vinculante* ou *obrigatório*, ou seja, não se tratam de precedentes meramente persuasivos, que

⁹⁶ “‘Jurisprudência’ parece, aí, ter sido empregada como palavra genérica o suficiente para albergar as súmulas e também os ‘precedentes’.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 401).

⁹⁷ ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 394.

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas**: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 79-82.

dariam margem de discricionariedade (opção de serem seguidos ou não) aos magistrados. Conforme destaca José Carlos Baptista Puoli, “mesmo não utilizando diretamente o termo ‘vinculante’ é evidente que o propósito do legislador foi o de ampliar a vinculação dos membros do Judiciário às decisões e ou enunciados [...] do art. 927.”⁹⁹

Não há, porém, definição legal sobre o conceito de precedentes obrigatórios – na realidade, sequer há menção a este termo nos artigos 926 e 927.¹⁰⁰ Mas para fins deste trabalho, entende-se que precedentes obrigatórios ou vinculantes são as decisões e enunciados de súmulas cujos entendimentos devem ser seguidos (ou observados) em casos futuros, salvo a incidência das hipóteses de *judicial departures* já mencionadas. Com base na já examinada dimensão da eficácia dos precedentes, tratam-se de provimentos com grau máximo de influência em casos futuros.

Este dever de observar certos entendimentos fixados em provimentos judiciais tem como destinatários juízes e tribunais.¹⁰¹ Entende-se que o termo “juízes e tribunais” abarca a própria corte que formou o precedente obrigatório – dentro da noção de dimensão institucional do precedente, seria o caso de uma direção horizontal dos precedentes vinculantes. Ora, não faria sentido pensar-se em direção vertical dos provimentos do art. 927 (ou seja, vinculação apenas às cortes inferiores) visto que o art. 926 é expresso ao determinar que os tribunais devem uniformizar *sua* jurisprudência, além de mantê-la estável, íntegra e coerente.

Sendo assim, o magistrado deve aplicar a norma do precedente independentemente do seu posicionamento a respeito, podendo apenas, caso queira, fazer uma ressalva com sua opinião pessoal na fundamentação da decisão. Trata-se da consolidação (que, por óbvio, ainda

⁹⁹ PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 449.

¹⁰⁰ Mesmo o termo *vinculante* é evitado pelo legislador. Segundo Cassio Scarpinella Bueno, este termo é apenas mencionado para se referir às súmulas vinculantes (o que não trouxe novidades, pois este era o termo já utilizado na Constituição) e, em caso isolado, para dizer que o acórdão proferido em IAC vincularia todos os juízes e órgãos fracionários (art. 947, § 3º, do CPC) (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 38).

¹⁰¹ É certo que alguns dos provimentos listados nos incisos do art. 927 têm previsão constitucional de efeitos vinculantes também para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (ou seja, vinculação para os Poderes Judiciário e Executivo – mas não para o Legislativo). É o caso das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, inciso I) e das súmulas vinculantes (inciso II), a teor dos artigos 102, § 2º, e 103-A da Constituição, respectivamente. Em termos práticos, essa diferença faz com que surjam discussões sobre a desnecessidade de órgãos do Executivo – tribunais administrativos que julgam causas fiscais estaduais, por exemplo – seguirem entendimentos fixados em provimentos que “apenas” constam no rol do art. 927 do CPC, como é o caso de julgamento de recursos especiais repetitivos pelo STJ (inciso III).

demanda muito aprimoramento), mediante imposição normativa¹⁰², de um sistema de precedentes obrigatórios.

Por sua vez, as questões sobre os pronunciamentos judiciais elencados nos incisos do art. 927 do CPC serão examinadas mais adiante neste trabalho, bastando, para este momento, que seja mencionado que há divergência doutrinária sobre se juízes e tribunais precisam *observar* com o mesmo grau de vinculatividade as diferentes decisões que constam no rol dos incisos.

Finalmente, e conforme já mencionado, outra questão que pode ser suscitada diante do texto do art. 927 do CPC diz respeito às situações em que juízes e tribunais não *observem* decisões tomadas nos provimentos listados nos incisos deste dispositivo. Pela perspectiva dos magistrados, o legislador é silente acerca das consequências caso isso ocorra.¹⁰³

A partir da perspectiva dos jurisdicionados, existem remédios processuais para buscar a aplicação do precedente obrigatório (não apenas recursos, mas em alguns casos, o instrumento da reclamação), mas é certo que a proliferação da conduta de decidir em desacordo com precedentes é nociva, seja por uma perspectiva da igualdade entre os jurisdicionados¹⁰⁴ ou por uma questão de eficiência do sistema como um todo.¹⁰⁵

¹⁰² Cabe uma menção à parcela respeitável da doutrina que defende a inconstitucionalidade do art. 927 do CPC pelo argumento de que a Constituição Federal apenas reservou efeito vinculante, ou observância obrigatória, às súmulas vinculante e aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade (por todos, ver: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 167; e BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 389). Ocorre que essa linha não se mostra a mais correta, posto que à parte considerações acerca da presunção de constitucionalidade da lei, o fato de previsões anteriores sobre a vinculatividade de precedentes terem sido introduzidas no ordenamento por Emenda Constitucional (por opção e liberalidade do legislador) não significa a vedação que o sejam pela por meio da legislação ordinária. Concorde-se, nesse sentido, com a afirmação de Ada Pellegrini Grinover de que “não há, assim, óbice algum para que a legislação ordinária discipline o efeito vinculante das decisões judiciais.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 160). Com apresentação de outros argumentos pela constitucionalidade do modelo jurídico de precedentes no Brasil, ver: CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 57-65).

¹⁰³ Por limitações deste trabalho, não serão examinadas as interessantes discussões acerca da possibilidade de punição a magistrados que deliberadamente se recusem a seguir precedentes obrigatórios. De toda forma, vale mencionar que, em geral, a doutrina nacional não defende que sejam levadas à cabo sanções aos magistrados nesse cenário, optando por soluções que passam mais pela linha de medidas indutivas. A esse respeito: “De forma a estimular o comportamento cooperativo de efetivamente seguir os precedentes obrigatórios já existentes, sugerimos considerar a taxa de reversão de julgados como um dos critérios de ‘promoção’, valendo isso para todas as instâncias da justiça, de modo que o critério teria de ser fixado pelo Conselho Nacional de Justiça.” (WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 500).

¹⁰⁴ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

¹⁰⁵ Nesse sentido, com um recorte de *law and economics*, ver: FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 161-162.

Todas essas controvérsias sugerem que a resposta ao questionamento elaborado no título deste tópico – *os artigos 926 e 927 do CPC de 2015 consolidaram um sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Brasil?* – é *parcialmente* negativa. Isso porque, a despeito de não se poder dizer que tais disposições concretizaram definitivamente um sistema de precedentes obrigatórios, pode-se dizer que tratou de um relevante passo nesse sentido.

Em termos práticos, se antes a primeira leitura do advogado e do juiz era a lei escrita e apenas subsidiariamente a jurisprudência¹⁰⁶, atualmente já não se nega – apesar de a lei prosseguir sendo a fonte primária do direito e de o Poder Judiciário não ser fonte imediata do direito¹⁰⁷ – que os precedentes ascenderam em importância, dado seu caráter obrigatório em determinadas hipóteses.

Feitas estas considerações sobre a receptividade da temática dos precedentes judiciais no CPC e, mais especialmente, sobre os artigos 926 e 927, o próximo tópico tem como objetivo examinar como ocorre a *formação* dos precedentes judiciais obrigatórios no sistema brasileiro.

¹⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 117.

¹⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos**: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 389.

3 FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Todo precedente decorre da atividade jurisdicional, mas nem toda decisão judicial se torna um precedente judicial obrigatório. Como visto, a sua dimensão estrutural diz respeito ao seu conceito substancial, pelo que cada sistema jurídico tem suas peculiaridades para que sejam estabelecidos quais provimentos jurisdicionais efetivamente constituem precedentes que devem ser obrigatoriamente observados.

Dessa forma, é necessário examinar como os jurisdicionados (e também juízes e tribunais) podem identificar a formação de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro – algo que, frise-se, não é expressamente regulado pelo CPC.¹⁰⁸ Para tanto, este capítulo se divide em quatro partes, seguidas de um tópico com conclusões parciais.

Em primeiro lugar, com a delimitação acerca de quais provimentos jurisdicionais *podem* formar precedentes. É importante pontuar que, para fins didáticos neste trabalho, e até mesmo considerando os incisos do art. 927 do CPC, o termo *pronunciamentos judiciais* abarca decisões judiciais (no âmbito de IRDR, por exemplo) e também enunciados de súmulas.¹⁰⁹ Isso posto, é certo que uma decisão de magistrado de instância inferior não tem o condão de formar um precedente obrigatório, mas também é equivocado pensar que toda e qualquer decisão proferida no âmbito do STF ou do STJ produz automaticamente eficácia vinculante.

Em segundo lugar, com o exame dos requisitos materiais para a formação de precedentes obrigatórios. Ou seja, a análise de como o pronunciamento judicial que poderá formar precedente obrigatório chega para a apreciação do Judiciário. Se por um lado é incontroverso que é o Judiciário que emite os pronunciamentos vinculantes, por outro é relevante investigar quem são os entes que têm a capacidade de provocá-lo para que forme precedentes obrigatórios, assim como se há discricionariedade das cortes para definir quando formar precedentes.

¹⁰⁸ “O CPC de 2015 é pouco claro quanto ao necessário, indispensável e prévio processo de formação dos indexadores jurisprudenciais como um todo.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 412).

¹⁰⁹ Cabe ressaltar que o termo *pronunciamentos judiciais* é também utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 2º, I, da Resolução 444/2022, que institui o Banco Nacional de Precedentes), a fim de abarcar as hipóteses previstas nos incisos I a V do art. 927 do CPC. Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, opta pela nomenclatura *indexadores jurisprudenciais*, mas também não deixa de criticar a imprecisão terminológica: “[O CPC] não conseguiu encontrar uma fórmula redacional adequada que pudesse albergar de modo minimamente uniforme as situações em que ele próprio quer que determinadas decisões, sumuladas ou não, sejam observadas pelos órgãos do Poder Judiciário para os fins por ele generalizadamente pretendidos.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 395).

Em terceiro lugar, será investigada a necessidade de requisitos processuais para a formação de precedentes obrigatórios. Isto é, examinar se, para além dos requisitos materiais, existem outros critérios que devem ser observados pelos tribunais para formar precedentes. E, mais importante, se tais requisitos são mandatórios, ou seja, condição *sine qua non* para que o precedente tenha eficácia obrigatória, ou se consistem em “recomendações” às cortes.

Finalmente, em quarto lugar, com reflexões sobre o momento final da formação de precedentes obrigatórios, a fim de analisar o que exatamente vincula para próximos casos nas diferentes espécies de pronunciamentos judiciais que formam precedentes obrigatórios. Cabe assinalar que não faz parte dos objetivos deste trabalho examinar de forma detida os efeitos dos precedentes judiciais obrigatórios, bem como sua aplicação em casos posteriores. Muito embora alguns pontos que tangenciam essas questões sejam mencionados, o objetivo é investigar como se dá o “nascimento” dos precedentes, ou seja, sob quais condições isso ocorre e mediante quais requisitos (materiais e processuais).

3.1 Ainda sobre o art. 927 do CPC/2015: quais pronunciamentos judiciais formam (ou podem formar) precedentes obrigatórios?

À parte os defensores da inconstitucionalidade da instituição de precedentes obrigatórios no Brasil, a discussão sobre quais pronunciamentos judiciais¹¹⁰ podem formar precedentes obrigatórios se divide basicamente em três grandes correntes doutrinárias. A primeira considera que a existência de precedentes obrigatórios não decorre do texto legal, de forma que o art. 927 do CPC tem apenas caráter exemplificativo. Já a segunda defende que precedentes obrigatórios podem ser apenas alguns dos provimentos elencados, mais especificamente aqueles cuja inobservância consiste em gatilho para manejo de reclamação. Por fim, a terceira corrente entende que todos os provimentos listados no referido dispositivo podem formar precedentes obrigatórios.

Capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a primeira corrente defende que a força vinculante do precedente judicial não depende “de uma manifestação específica do direito positivo.”¹¹¹ A necessidade de observância de precedentes no Brasil

¹¹⁰ Não é demais ressaltar, na linha do que já foi mencionado, que a utilização do termo “pronunciamento judicial” tem finalidade didática a fim de abarcar todas as hipóteses dos incisos do art. 927 do CPC. Ou seja, não se desconsidera as diferenças entre decisões e enunciados de súmulas, mas se busca agrupá-las dentro do referido termo para fins de fluidez da dissertação.

¹¹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

decorreria, na visão desta parcela da doutrina, da própria configuração do STF e do STJ como cortes cuja função é de “outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional.”¹¹²

Segundo esta corrente, como apenas as *Cortes Supremas*¹¹³ (no caso do Brasil, STF e STJ) seriam autorizadas a formar precedentes obrigatórios, pouco importa a listagem dos provimentos judiciais do art. 927 do CPC. Até porque, existem provimentos que seriam considerados precedentes obrigatórios, mas que não constam no rol do art. 927, como é o caso dos recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas do STJ.¹¹⁴ Por outro lado, outros provimentos expressamente previstos no dispositivo (IRDR, por exemplo) não seriam precedentes obrigatórios, por decorrerem de julgamentos realizados pelas *Cortes de Justiça* (tribunais estaduais e regionais federais).

Ocorre que a ideia de concentrar apenas no STF e no STJ o poder de formar pronunciamentos judiciais vinculantes – que juízes e tribunais devem *observar* – é alvo de críticas. Primeiramente em razão da desconsideração da norma do art. 927 do CPC, em prejuízo à segurança jurídica – afinal, a doutrina não pode substituir a vontade expressa do legislador. Mas também diante da ausência de justificativa lógica para considerar que do julgamento de um IRDR por um tribunal estadual, por exemplo, não se possa extrair um padrão decisório para julgamento de outros casos, logicamente dentro dos limites de competência desta corte estadual.¹¹⁵

A segunda corrente doutrinária defende que não há o mesmo grau de vinculatividade nos provimentos listados no art. 927 do CPC – sendo a possibilidade do manejo da *reclamação* o traço distintivo fundamental. Esta é a linha defendida, dentre outros, por José Carlos Baptista

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 286.

¹¹³ Sobre o conceito de *Cortes Supremas*, ver MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 93.

¹¹⁵ Refutando a tese de que somente as Cortes Supremas poderiam formar precedentes obrigatórios, Hermes Zanetti Jr. defende que as cortes intermediárias também são autorizadas a formar precedentes obrigatórios, desde que limitadas à sua esfera de influência formal: “Afirmar que as cortes estaduais e os tribunais regionais federais vinculam por ‘jurisprudência’, nos casos de incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas, representa deixar de perceber o papel destes tribunais na formação, aplicação e alteração do modelo de precedentes assinado pelo Código e deixar de separar claramente o que nós tínhamos antes dele: um modelo de jurisprudência persuasiva; do que agora se formou: um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.” (ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 405). Também há que se considerar que nem todas as matérias que potencialmente poderiam ser tratadas em precedentes obrigatórios têm relação com direito federal – como corretamente afirma Willian Stoianov Martins, “o direito não se resume, apenas, àquilo que é discutido e construído nas cortes de vértice.” (MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 91).

Puoli.¹¹⁶ Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, por sua vez, argumentam que, ao contrário da vinculatividade forte presente nos provimentos cuja inobservância enseja reclamação, existem os casos de vinculatividade média, em que “a lei se limita a usar a expressão vinculação, sem que tenha sido concebido um remédio específico contra a insubordinação.”¹¹⁷

Nos termos do art. 988 do CPC, na redação dada pela Lei nº 13.256/2016, cabe imediata reclamação para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso III) e para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de IRDR ou de IAC (inciso IV). Não são todos os pronunciamentos judiciais do art. 927 que autorizam a pronta reação pela via da reclamação em caso de infringência do entendimento contido no precedente. Existem situações nas quais a reclamação é cabível, mas apenas após esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, inciso II), aplicável para as hipóteses de garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos. E também existem aquelas em que não há autorização legal para a utilização da reclamação, por exemplo em caso de descumprimento de entendimento de enunciado de súmula do STJ (art. 927, IV).

Mesmo reconhecendo a maior eficiência da reclamação diante da via recursal, existem críticas a esta corrente doutrinária. Isso pois a reclamação é encarada como apenas *mais um* remédio jurídico processual¹¹⁸, algo que, embora se relacione com o *grau de proteção* do precedente, não se confunde, entretanto, com a caracterização do precedente obrigatório como tal.¹¹⁹ Além disso, as críticas também abarcam considerações sobre a utilização incorreta da reclamação para o fim da tutela dos precedentes obrigatórios.¹²⁰

¹¹⁶ “[A]penas será possível falar de efetiva vinculação, ‘aos olhos’ de nosso atual estágio de evolução constitucional do sistema de precedentes, quando houver mecanismo processual que permita impor o resultado pretendido com maior rapidez e autoridade. [...] [A] possibilidade de pronto uso da reclamação deve ser compreendido como o traço distintivo para verificar se e quando se pode dizer que uma decisão judicial é realmente vinculante.” (PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. In: Lucon, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 504).

¹¹⁷ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 578.

¹¹⁸ Cf. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 174.

¹¹⁹ MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 92.

¹²⁰ “Em termos de política legislativa, trata-se de previsão em si mesma equivocada. A ação de reclamação tem a ver com a tutela da autoridade da decisão do caso concreto, isto é, tem a ver com desrespeito ao dispositivo de determinada decisão. Pertence, portanto, ao discurso do caso concreto. Não diz respeito ao discurso da unidade da ordem jurídica.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**:

Finalmente, a terceira corrente defende, em linhas gerais, que cabe ao legislador a prerrogativa de definir quais os provimentos que poderão ser considerados precedentes vinculantes (o que contrasta com a posição da primeira corrente). Com efeito, também não considera como fator essencial a previsão da reclamação (diferenciando da segunda corrente), mas sim “que o sistema processual aponta para a prevalência daquela posição ao final, ainda que por outro mecanismo de impugnação da decisão desconforme.”¹²¹

Esta é a linha defendida por Ada Pellegrini Grinover¹²², Arruda Alvim¹²³ e Ricardo de Barros Leonel.¹²⁴ Em suma, o argumento é pela ausência de diferença no grau de vinculatividade com base nos provimentos dos incisos do art. 927 do CPC; por *opção político-legislativa* todos são, pois, precedentes obrigatórios, em respeito ao princípio da legalidade que norteia o ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, apesar dos méritos desta corrente – com a qual se concorda, aliás –, é importante notar que a leitura literal do dispositivo não resolve de forma definitiva todas as controvérsias, basicamente por dois motivos. Primeiro porque os incisos do art. 927 agrupam pronunciamentos judiciais bem diferentes entre si, o que gera controvérsias interpretativas. E segundo porque o rol não contempla pronunciamentos judiciais que poderiam (ou *deveriam*, para parte da doutrina) ser também considerados precedentes obrigatórios.

No que se refere ao primeiro ponto, o melhor exemplo é o dispositivo que remete à necessidade de juízes e tribunais observarem “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e os tribunais estiverem vinculados” (art. 927, V). Afinal, quais provimentos são

artigos 926 ao 975. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 77. [Coleção Comentários ao Código de Processo Civil]).

¹²¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. In: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1058.

¹²² “Parece que não se trata de vinculação maior ou menor. A vinculação existe ou não existe e a obrigação do órgão vinculado a observar o julgado ou precedente vinculante é a mesma. O que muda é apenas o meio de impugnação, sendo um mais direto e eficaz do que outros.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 147-148).

¹²³ “São ‘precedentes’ (decisões formalmente vinculantes) apenas os pronunciamentos que se enquadram no rol do art. 927 do CPC/2015.” (ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**: De acordo com o Novo CPC - Lei 13.105/2015. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 525).

¹²⁴ “O caráter imperativo da redação do referido preceito não deixa espaço para discussão, no sentido de que não há alternativa, para os juízes e tribunais, quanto a atender ou não o que estiver fixado nos entendimentos assentados nos órgãos judiciários com posição superior na estrutura judiciária.” (LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. In: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1057).

incluídos neste rol? A interpretação que se revela mais razoável é a mais extensiva¹²⁵, de sorte que os precedentes obrigatórios do inciso V do art. 927 abarcariam desde precedentes do plenário do STF e do órgão especial do STJ (vinculando todos os tribunais e juízes brasileiros), até aqueles do plenário e órgão especial dos tribunais estaduais e regionais federais (nesse caso, vinculando apenas os juízes da respectiva organização judiciária). O grande mérito desta interpretação é fazer com que provimentos relevantes para o ordenamento, mas não expressamente mencionados nos demais incisos do art. 927, possam ser alçados à categoria de precedentes obrigatórios – é o caso, por exemplo, do recurso extraordinário *avulso*, isto é, não repetitivo mas com repercussão geral.¹²⁶

Entretanto, mesmo uma interpretação extensiva do art. 927, V, não permite contemplar todos os provimentos, como acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores. Nesse ponto, o STJ é terreno fértil para controvérsias. Isso porque, por previsão regimental desta corte, não são todos os casos que podem chegar ao órgão especial – onde poderia haver formação de precedentes obrigatórios (art. 927, V). A consequência disso é que diversos posicionamentos finais do STJ são fixados em suas seções, que têm competências específicas (a Primeira Seção é especializada em direito público, a Segunda em privado e a Terceira Seção em penal).

O que fazer nesta situação? Considerar como precedentes obrigatórios decisões das seções do STJ¹²⁷, mesmo à revelia do rol do art. 927 do CPC? O problema é que permitir tal extrapolação dos limites legais poderia servir de justificativa para que outras decisões do próprio STJ também sejam tidas como precedentes obrigatórios.¹²⁸ Parece, por isso, que a solução para as situações não expressamente contempladas no rol do art. 927 do CPC (por

¹²⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 577.

¹²⁶ Sobre o incremento da função paradigmática dos recursos para tribunais de cúpula e, mais especificamente, maior objetivação do recurso extraordinário, ver por todos: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018, p. 333-342.

¹²⁷ Há quem entenda que sim, cf. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 187; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 366.

¹²⁸ Cfr. exemplo trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso: “Outros acórdãos, mesmo isolados, podem eventualmente tomar conotação de precedente – dada sua aptidão para parametrizar a resolução de outros processos sobre a *vexata questio* – como se dá com os acórdãos dos tribunais superiores que, seja pela consistência ou originalidade da fundamentação, seja pela singularidade da espécie, passam a operar como *leading case*, como se deu no STJ no julgamento do REsp 1.110.549/RS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Recurso Especial nº 1.110.549/RS**. Relator Min. Sidnei Beneti, DJe 14.12.2009).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law? *In*: BONATO, Giovanni. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 406).

exemplo, acórdãos decorrentes das seções do STJ como precedentes obrigatórios) passa por medidas *de lege ferenda*. Ou seja, com atuação do legislador para, em nome da segurança jurídica, aumentar o rol de pronunciamentos judiciais aptos a se tornarem precedentes obrigatórios.

3.2 Requisitos materiais para a formação de precedentes obrigatórios: as cortes podem escolher quando formar precedentes obrigatórios?

Delimitar que devem ser considerados precedentes obrigatórios todas as hipóteses do art. 927 do CPC é um avanço em termos de segurança jurídica, especialmente ao excluir da possibilidade de se tornar precedente obrigatório outros provimentos – a decisão de uma turma do STF ou do STJ, por exemplo. Mas os pronunciamentos judiciais do art. 927 não surgem por simples opção das cortes, daí que se impõe a necessidade do estudo sobre os requisitos materiais para a formação de precedentes obrigatórios, isto é, as formas pelas quais o Judiciário é provocado a exercer seus poderes formando precedentes vinculantes.

Nesse contexto, convém lembrar a regra¹²⁹ que impossibilita que juízes tomem a iniciativa da atividade jurisdicional. Conforme aponta Mauro Cappelletti, *o judicial process* se diferencia do que ocorre no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo na medida em que impõe atitude passiva, “necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.”¹³⁰

O raciocínio parte da noção de que, para exercer suas funções, o Judiciário precisa ser provocado¹³¹ pelo jurisdicionado. Para o que interessa neste trabalho, cabe refletir se o

¹²⁹ A necessidade de provocação da jurisdição no Brasil está prevista no art. 2º do CPC/2015: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.” Existem poucas exceções a esta regra – é permitido ao juiz dar início à atividade jurisdicional sem iniciativa da parte em situações como, por exemplo, restauração dos autos (CPC, art. 712).

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993, p. 76.

¹³¹ Embora não seja possível examinar, dentro dos limites e escopos deste trabalho, o assunto com a atenção que merece, é importante registrar que existem controvérsias sobre o efetivo caráter democrático de como se dá tal *provocação* ao Judiciário (por todos, ver: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988). Mesmo na ausência de estudos empíricos, não parece absurdo supor que a maior facilidade para que grandes litigantes tenham acesso à justiça tem impacto não apenas em litígios individuais e concretos, mas também na formação de precedentes obrigatórios. Se parte considerável dos cidadãos enfrenta obstáculos quase intransponíveis para acessar as cortes e resolver seus problemas individuais, consequentemente também dificilmente conseguirão provocar o Judiciário para que um precedente obrigatório seja formado a partir de sua iniciativa, do que se pode cogitar possível cenário de déficit democrático no momento prévio à formação de precedentes obrigatórios. A discussão sobre a participação dos jurisdicionados na formação de precedentes será tratada no item 3.3.3 desta dissertação, porém mais voltada às possibilidades de participação quando já há discussão posta em juízo com possibilidade de vir a ser tornar um precedente obrigatório.

entendimento também se aplica para situações de formação de precedentes, ou seja, se obrigatoriamente é necessário que haja provocação dos jurisdicionados ou se existem outros meios que viabilizam a formação de precedentes obrigatórios de ofício pelo Judiciário. E, para além disso, se há margem de discricionariedade das cortes para formar precedentes obrigatórios ou se uma vez colocada a discussão em um dos provimentos jurisdicionais listados no art. 927 do CPC, o caminho natural e inexorável será a formação de um precedente judicial obrigatório.

Não existem respostas definitivas para estes questionamentos, pois depende de qual provimento dos incisos do art. 927 do CPC – que versam sobre hipóteses distintas entre si – se está diante. De toda forma, é possível agrupar tais pronunciamentos judiciais em três diferentes categorias: os enunciados de súmulas (vinculantes ou não), os acórdãos de julgamentos de casos repetitivos e, de forma residual, o que se pode chamar de *demais precedentes*.

Os enunciados de súmulas foram introduzidos no direito brasileiro na década de 60 (mediante alteração no regimento interno do Supremo Tribunal Federal [RISTF]) e gradativamente foram ganhando espaço, consolidando-se de vez no ordenamento após 2004, com a inclusão na Constituição Federal (art. 103-A) da possibilidade de o STF aprovar enunciados de súmula vinculante, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Esse movimento, longe de ser unanimidade na doutrina¹³², culminou com a inclusão no texto do CPC dos enunciados de súmulas vinculantes (art. 927, III), bem como daqueles das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) no rol de provimentos vinculantes.

Para que se cogite a aprovação de enunciado de súmula vinculante é imprescindível que exista prévia controvérsia de interpretação sobre determinada norma a justificar o impedimento

¹³² Não faz parte do escopo deste trabalho um exame sobre as críticas à introdução das súmulas no direito brasileiro. Isso posto, compactua-se do entendimento de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas no sentido de que, somados os prós e os contras, trata-se de “medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade.” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 263).

do cenário de insegurança jurídica e multiplicação de processos. As súmulas vinculantes podem ser propostas pelos entes legitimados¹³³, mas também aprovadas de ofício pelo STF.¹³⁴

Por sua vez, os critérios para a formação dos enunciados de súmulas do STJ (as súmulas *comuns* do STF estão praticamente em desuso, pelo que não serão citadas) são previstos no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ). As súmulas podem ser formadas no âmbito da Corte Especial ou das Seções do STJ por meio de duas formas diferentes, mas ambas sem a previsão de legitimados, tal qual ocorre com as súmulas vinculantes.

A primeira possibilidade é por deliberação dos membros da Corte Especial ou da Seção após o julgamento de um caso concreto. Ou seja, finalizado o julgamento, determinada matéria pode ser sumulada desde que tenha aprovação da Corte Especial ou da Seção. A segunda forma se dá mediante provocação de algum ministro, após identificada ausência de divergência entre Turmas da corte sobre determinado assunto.¹³⁵

Com efeito, para o caso dos enunciados de súmulas observa-se certo poder discricionário das cortes para formar o precedente vinculante. Isso porque, ao fim e ao cabo, a edição do enunciado é uma faculdade do tribunal – para o caso das súmulas vinculantes, o termo *poderá*, constante do art. 103-A da Constituição Federal, é a demonstração disso.

Por sua vez, a formação de precedentes obrigatórios decorrentes de acórdãos de julgamentos de casos repetitivos tem fundamento no art. 927, III, do CPC¹³⁶, que inclui a decisão proferida em IRDR ou em recurso especial e extraordinário repetitivos como

¹³³ Nos termos do art. 3º da Lei nº 11.417/2006, podem propor a edição de enunciado de súmula vinculante: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o Defensor Público-Geral da União; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; 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.

¹³⁴ Na realidade, a maioria dos enunciados de súmulas vinculantes aprovados pelo STF decorre da atuação de ofício da corte. A partir de dados constantes do *site* do STF, verificou-se que de cinquenta e sete enunciados aprovados e publicados até julho de 2022, cinquenta e dois são provenientes de requerimentos de ofício do próprio STF e apenas cinco foram aprovados após provocação de entes legitimados (dois enunciados propostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, um pelo Procuradoria Geral da República, um pela Defensoria Pública da União e um por uma entidade de classe de âmbito nacional). Porém, mesmo as atuações de ofício não surgem por absoluta liberdade das cortes. A provocação indireta da jurisdição para a formação de precedentes obrigatórios decorre de ações judiciais anteriores levadas ao Judiciário por iniciativa dos jurisdicionados. Assim, a edição de enunciados de súmulas vinculantes depende de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

¹³⁵ RISTJ: “Art. 126. Qualquer Ministro poderá propor, na Turma, a remessa do feito à Corte Especial, ou à Seção, para o fim de ser compendiada em súmula a jurisprudência do Tribunal, quando verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito.”

¹³⁶ O caráter obrigatório destes provimentos também é reforçado nos artigos 985 e 1.040 do CPC/2015, para IRDR, recurso especial e extraordinário repetitivos, respectivamente.

precedentes obrigatórios. Diante da repetição de processos (ou recursos) cuja controvérsia seja a mesma questão de direito, o legislador prevê que podem ser suscitados pedidos para que *casos que se repetem* sejam qualificados efetivamente como *casos repetitivos* para as lentes do Judiciário e assim possam formar precedentes obrigatórios.

O pedido de instauração do IRDR pode ser feito por provocação das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ou mesmo de ofício, pelo juiz ou relator do processo (CPC, art. 977). A admissibilidade do IRDR depende de dois critérios previstos no CPC: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Não se tratam de critérios estritamente objetivos¹³⁷, pelo que se verifica a presença de certo traço discricionário dos tribunais na decisão de formar precedente obrigatório oriundo de IRDR. Como consequência prática, são frequentes as decisões de inadmissibilidade de pedido de instauração de IRDR nos tribunais brasileiros.¹³⁸

O recurso especial repetitivo – exclui-se da análise o recurso extraordinário repetitivo, ante sua reduzida ocorrência prática –, por sua vez, não pode ser suscitado pelas partes ou outros entes, mas apenas pelo próprio Judiciário (art. 1.036 do CPC e art. 256 do RISTJ). Havendo multiplicidade de recursos especiais com base em idêntica questão de direito, o presidente ou vice-presidente dos tribunais de origem (tribunais estaduais ou regionais federais) tem a prerrogativa de admitir recursos representativos da controvérsia que se repete¹³⁹, que serão posteriormente encaminhados ao STJ.

¹³⁷ Mesmo reconhecendo que não há definição objetiva acerca do número mínimo de casos que reflita cenário de “efetiva repetição de processos”, Sofia Temer afirma que “uma quantidade adequada seria de algumas dezenas ou centenas de processos.” (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 106).

¹³⁸ Tome-se como exemplo decisão proferida pelo TJSP em que a ausência de repetição de processos justificou a recusa para a tramitação do IRDR – e, conseqüentemente, para a formação de precedente obrigatório: “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA [...] Inadmissão do IRDR de rigor. 1. Juízo de admissibilidade de IRDR – Requisitos do art. 976, incisos I e II, do CPC não atendidos – De um lado, inexistente a efetiva repetição de processos a configurar dissenso decisório relevante – Observa-se que a seleção dos poucos julgados destacados pelos requerentes abarcam tão somente 5 das 13 Câmaras de Direito Público os quais, ademais, estão espaçados no tempo (anos de 2015 a 2021) tudo a indicar ser prematura a instauração do IRDR. 2. Não preenchimento dos requisitos da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, também, do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica – Não admissão do IRDR que se impõe. IRDR não admitido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Turma Especial de Direito Público. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2023631-70.2022.8.26.0000**. Relator Des. Sidney Romano dos Reis, DJe 28.04.2022).

¹³⁹ Importante discussão diz respeito à forma de escolha do caso representativo da controvérsia. Para o caso do recurso especial repetitivo, cujo entendimento pode ser aplicado por analogia ao IRDR, o recurso a ser encaminhado para o STJ deve conter argumentação e discussão abrangente sobre a questão a ser decidida (CPC, art. 1.036, § 6º). Isso porque a escolha do caso impacta nas conclusões do tribunal, sendo que “a seleção mal feita poderá levar a uma cognição de menor qualidade.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 719).

Assim, a formação do precedente obrigatório oriundo de recurso especial repetitivo tem ainda menor participação do jurisdicionado nesta fase prévia à instauração do procedimento que formará efetivamente o precedente vinculante. Isso porque, ao contrário do que se dá com o IRDR, o jurisdicionado sequer tem como provocar o STJ – quem o faz são as cortes intermediárias – para que o recurso especial seja afetado pela sistemática repetitiva e assim o precedente obrigatório possa ser formado. De forma semelhante ao IRDR, por outro lado, remanesce caráter relativamente discricionário do tribunal, o STJ no caso, para não afetar determinado recurso como repetitivo, caso não vislumbre as condições para tanto.

Já os meios disponíveis para que o Judiciário seja provocado a formar os demais precedentes obrigatórios do rol do art. 927 do CPC são variados.

Os provimentos jurisdicionais correspondentes ao inciso I do art. 927 – basicamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁴⁰ – dependem da iniciativa de entes legitimados¹⁴¹ para serem apreciados pelo STF. Note-se que, ao contrário dos casos repetitivos, não há possibilidade de pedido de ofício do Judiciário para a formação de precedentes obrigatórios relativos a decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Por seu turno, o precedente obrigatório decorrente de acórdão oriundo de IAC (art. 927, III), incidente cabível quando o julgamento de recurso envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas sem repetição em múltiplos processos, pode ser formado de modo semelhante ao IRDR. Isso porque podem propor a instauração de IAC as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o relator do processo (CPC, art. 947).

Uma maior variedade de meios para viabilizar a formação de precedentes obrigatórios ocorre nas hipóteses do inciso V do art. 927, ou seja, nos casos em que juízes e tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Como já mencionado, este dispositivo abarca decisões do plenário do STF e do órgão especial do STJ, mas também julgamentos realizados por plenário ou órgão especial dos tribunais estaduais e

¹⁴⁰ MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 95.

¹⁴¹ Conforme art. 2º da Lei nº 9.868/1999, podem propor ADI e ADC (rol também aplicável para a proposição de ADPF, nos termos da Lei nº 9.882/1999): o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

regionais federais (para estes, a vinculação é apenas para os juízes da respectiva organização judiciária).

Diante disso, foge do escopo deste trabalho um exame sobre *todos* os possíveis precedentes obrigatórios formados com base no referido dispositivo. A título exemplificativo, vale citar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas por um tribunal estadual, em que geralmente a previsão para a legitimidade para “provocar o Judiciário” consta nos respectivos regimentos dos tribunais.¹⁴² Também merece lembrança o caso do recurso extraordinário *avulso* julgado pelo plenário do STF, que depende, logicamente, da iniciativa do jurisdicionado para ser interposto, mas também do reconhecimento da repercussão geral¹⁴³ das questões discutidas no caso – sem que esse filtro inicial seja superado, não há como o precedente obrigatório ser formado.

Tudo isso posto, para estes outros precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC (com exceção do IAC), ao contrário das hipóteses de enunciados de súmulas e de julgamentos de casos repetitivos, há a princípio uma menor margem de discricionariedade dos tribunais no momento prévio à formação dos precedentes obrigatórios. Porém, também se vislumbra a existência de um *poder negativo* do Judiciário no que se refere à formação de precedentes. É dizer, em determinadas situações *legítimas* (não se está a falar de *jurisprudência defensiva*, por exemplo) o Judiciário pode negar o trâmite do incidente ou da ação que formaria precedente obrigatório.

Isso pode acontecer em situações mais objetivas, isto é, supostamente com pouca discricionariedade das cortes, como em um cenário de inadmissibilidade de ADPF pelo STF, por exemplo, pela ausência de indicação da prova da violação do preceito.

Mas também podem ocorrer em situações nas quais há maior discricionariedade das cortes, sendo o caso mais emblemático o da negativa de repercussão geral de recurso

¹⁴² Em geral, depende do tribunal. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), por exemplo, prevê que a Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser proposta pelos mesmos entes legitimados a propô-la no STF. Cabe destacar, embora não seja escopo deste trabalho, que é questionável que este tipo de previsão conste em regimentos internos de tribunais – que são regras mais voltadas à organização interna das cortes, e que “não podem tratar de normas de processo ou de procedimento, por ausência de autorização constitucional.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**; parte geral do código de processo civil: volume 1. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 175).

¹⁴³ O art. 1.035 do CPC traz alguns critérios para aferição da repercussão geral do recurso extraordinário pelo STF. Existem os critérios subjetivos, relacionados à identificação da existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. E também há previsão de outras situações em que a repercussão geral deve ser reconhecida, a saber, nos casos em que o recurso extraordinário impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF (novamente o legislador utiliza o conceito pouco objetivo de jurisprudência dominante) e que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

extraordinário pelo STF.¹⁴⁴ De igual modo, pode ocorrer em outras situações, como na recusa de instauração de IRDR por um tribunal estadual ou mesmo na opção do STF de não editar enunciado de súmula vinculante (na existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a corte *pode* aprovar súmula, ou seja, não há um caráter mandatório).

No entanto, o que interessa no presente trabalho são as situações em que *há formação de precedentes obrigatórios*. Percebe-se, pois, que existem diferentes meios de fazer com que o Judiciário seja provocado para tanto. Nos próximos itens serão examinados se existem outros requisitos processuais – para além de o pronunciamento judicial constar no art. 927 do CPC – para que ocorra a formação de precedentes obrigatórios.

3.3 Requisitos processuais para a formação de precedentes obrigatórios: existem critérios adicionais para a formação de precedentes obrigatórios?

Conforme fixado nos itens anteriores, o primeiro passo para que precedentes obrigatórios sejam formados no ordenamento brasileiro é que decorram de pronunciamentos judiciais específicos listados no art. 927 do CPC. Para além disso, deve haver a devida provocação do Judiciário – e em alguns casos a respectiva admissibilidade – que justifique sua formação. Mas estes são requisitos (materiais) que por si só já produzem precedentes obrigatórios ou outros requisitos (processuais) também seriam necessários para que precedentes vinculantes válidos e eficazes sejam formados?

Em outras palavras, é refletir se todos os pronunciamentos judiciais do aludido art. 927 terão automaticamente o *status* de precedente ou se a discussão deve ir além do mero aspecto formal. É o que se chama de *ulterior teste do ponto de vista material*¹⁴⁵ para aferição do precedente como obrigatório.

Antecipando parte das conclusões deste capítulo, tem-se que a imposição de requisitos processuais adicionais somente se justifica se não deixarem margem para discricionariedade na definição de quais precedentes obrigatórios em potencial de fato podem se qualificar como vinculantes. Novamente, e ainda mais em ordenamento com tradição fincada no *civil law* como

¹⁴⁴ Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni trata a perspectiva positiva do filtro da repercussão geral como *uso virtuoso do poder do STF de não decidir*: “O instituto da repercussão geral não foi delineado apenas para dar à Corte oportunidade de escolher os casos mais importantes à formação de precedentes. [...] [O] Supremo Tribunal Federal também deve usar de forma virtuosa do seu poder de não decidir diante de casos que expressam situações que devem ser discutidas pelas pessoas ou contar com a deliberação parlamentar mediante um ‘segundo olhar’.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 512).

¹⁴⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 403.

o brasileiro, o objetivo é reduzir a margem de discricionariedade de juízes e tribunais para darem a palavra final sobre o que é ou não precedente obrigatório.

Não à toa, os títulos dos itens a seguir são todos finalizados com uma interrogação, o que corrobora que a imposição de outras condições processuais ao arripio da lei – embora a princípio tentadoras – é algo que deve ser encarado com muita seriedade e com pensamento de longo prazo, a fim de não desvirtuar o movimento ainda incipiente de recepção de um sistema de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento.

Pois bem, é por isso que o exame individualizado destes requisitos é importante, até mesmo para cotejá-los com escopos de segurança jurídica, igualdade e eficiência. É preciso, nesse sentido, refletir se estes outros requisitos são efetivamente *mandatórios* (cuja inobservância tem o condão de desnaturar o *status* de obrigatório do precedente) ou se são algo mais próximo a *recomendações*.

3.3.1 Publicidade dos precedentes obrigatórios?

A *publicidade* é um dos elementos importantes para a formação de precedentes obrigatórios. Ao contrário da aplicação do princípio da publicidade para o processo em geral, que permite relativização diante da colisão com outras normas¹⁴⁶, no caso da formação de precedentes obrigatórios a publicidade não admite ressalvas. E isso seja no caso dos enunciados de súmulas, dos acórdãos de julgamentos de casos repetitivos ou nos demais provimentos previstos no art. 927 do CPC.

Porém, a menção à publicidade dos precedentes obrigatórios deve ser encarada a partir de três perspectivas: (i) a publicidade prévia; (ii) a publicidade no curso do julgamento; e (iii) a publicidade posterior.

A necessidade de publicidade prévia a determinados julgamentos é algo que existe no âmbito do processo coletivo desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, em seu art. 94, prevê que uma vez proposta ação coletiva deverá haver ampla divulgação, em meios de comunicação e no competente diário oficial. O racional deste dispositivo – infelizmente de rara aplicação prática – é de que os interessados devem saber sobre a existência da ação para que, querendo, possam participar.

A mesma lógica se aplica ao caso da formação de precedentes obrigatórios; a ampla publicidade à instauração do mecanismo destinado à formação do precedente permite que a

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2020, p. 429.

questão posta em juízo seja efetivamente de conhecimento da sociedade, inclusive com possibilidade de viabilizar a participação de terceiros e *amici curiae*.¹⁴⁷

Aliás, em que pese o já mencionado caráter lacônico do CPC sobre a questão da formação de precedentes obrigatórios, vale salientar que há previsão para que a instauração de determinados provimentos seja precedida de ampla e específica divulgação e publicidade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (art. 979, aplicável no julgamento de IRDR e para recursos extraordinário e especial repetitivos, bem como para a análise de repercussão geral em recurso extraordinário).¹⁴⁸

Em geral, as cortes vêm cumprindo esta regra¹⁴⁹, mas não se pode deixar de mencionar situações esdrúxulas, como a notícia de que em alguns tribunais existem IRDRs tramitando em segredo de justiça.¹⁵⁰ A ausência de publicidade, nestes casos, tem como efeito a não qualificação do provimento como precedente obrigatório, até mesmo em razão da violação direta ao disposto no aludido art. 979 do CPC.

A publicidade também deve ser a regra no momento do julgamento dos pronunciamentos aptos a se tornarem precedentes obrigatórios. A regra geral de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos (art. 93, IX, da Constituição Federal, e art. 11 do CPC), *sob pena de nulidade*, incide ainda mais com força na formação de

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3. 15 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 781. Willian Stoianov Martins defende a existência de *escopo duplice* da divulgação e publicidade relativas à instauração dos procedimentos destinados à formação de precedentes judiciais obrigatórios. Ao lado deste escopo de publicidade visando maior participação dos jurisdicionados (e conseqüentemente *qualificação* do procedimento), haveria também um objetivo relacionado exclusivamente aos julgamentos de casos repetitivos. Nesse segundo aspecto, a publicidade se presta a cientificar os juízos inferiores sobre a suspensão da tramitação de processos repetitivos que tratem de assunto idêntico (MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 124-125).

¹⁴⁸ Nesse sentido, a Resolução 235/2016 do CNJ dispõe sobre “a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de precedentes qualificados” (o CNJ considera precedentes qualificados os pronunciamentos judiciais listados nos incisos I a V do art. 927, a teor do art. 2º da Resolução 444/2022). Aquela também determinou que cada tribunal organize Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), com atribuições diversas como “acompanhar os processos submetidos a julgamento para formação de precedentes qualificados” (art. 7º, III) e “informar a publicação e o trânsito em julgado dos acórdãos dos paradigmas” (art. 7º, VIII). (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 235/2016. Brasília, DF, 14.07.2016; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 444/2022. Brasília, DF, 25.02.2022).

¹⁴⁹ Como exemplo, o TJSP mantém em seu *site* lista de todos os IRDRs admitidos, bem como os incidentes inadmitidos, incabíveis e pendentes (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdr>. Acesso em: 05 jul. 2022).

¹⁵⁰ ROCHA, Igor Moraes; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade; VILELA, Otávio. O curioso caso dos IRDRs em segredo de justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 Abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-30/opinio-publicidade-ampla-especifica-quem>. Acesso em: 05 jul. 2022.

precedentes obrigatórios¹⁵¹, sendo inaplicáveis as exceções de segredo de justiça, ante o claro interesse público em tais julgamentos.

Também há a necessidade de publicidade em momento posterior à formação de precedentes obrigatórios – não apenas o início ou instauração do provimento deve amplamente divulgado, mas também seu resultado final. Trata-se de previsão incluída no § 5º do art. 927 do CPC (“os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”) e que constitui componente básico da segurança jurídica, em sua perspectiva da cognoscibilidade.¹⁵² Afinal, para que precedentes obrigatórios sejam devidamente observados é essencial que eles sejam conhecidos, não apenas por juízes e tribunais, mas também por todos os cidadãos.

Contudo, embora relevante, a publicidade posterior não configura requisito para a formação de precedentes obrigatórios. Trata-se de *recomendação*¹⁵³ para um momento posterior à formação do precedente, de inegável importância, mas não um critério propriamente dito para que se torne obrigatório. Até porque pode-se pensar em situação em que a publicidade posterior deixasse de existir (encerramento da página no *site*, por exemplo); obviamente, isso não teria o condão de fazer com que o precedente perdesse seu *status* de obrigatório.

Sendo a segurança jurídica um dos escopos do precedente judicial, somente se justifica como condição para a qualificação de determinado precedente como obrigatório a publicidade do julgamento em si – e naturalmente, do processo que origina o precedente. Ou seja, além dos aludidos casos de IRDRs tramitando em segredo de justiça, também não poderiam ser considerados vinculantes pronunciamentos judiciais exarados “às escuras”, fora do escrutínio não apenas das partes e terceiros, mas também de toda a sociedade.

¹⁵¹ Nesse sentido, mesmo que não especificamente tratando sobre precedentes obrigatórios, Flávio Luiz Yarshell indica a relevância da publicidade dos julgamentos para “propiciar fiscalização popular e controle externo.” (YARSELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**: volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2020, p. 174).

¹⁵² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 181; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 375. O CNJ, por meio da Resolução 444/2022, instituiu o Banco Nacional de Precedentes considerando justamente “a relevância da ampla divulgação de precedentes judiciais para a promoção da segurança jurídica, da estabilidade e do ambiente de negócios no Brasil”. Embora louvável, a medida ainda é incipiente e necessita de aprimoramentos. Até por isso, os tribunais também vêm buscando alternativas. Iniciativa interessante nesse sentido vem sendo adotada pelo STJ, com a divulgação periódica de “boletim de precedentes” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Boletim de Precedentes**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/boletim-de-precedentes>. Acesso em: 05 jul. 2022), idealizado com o objetivo de permitir a consulta unificada e direta a respeito dos processos que ensejam a criação de precedentes obrigatórios no STJ (acórdãos proferidos em julgamento de IAC e de recursos especiais repetitivos, bem como os enunciados de súmulas).

¹⁵³ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 183.

Por sua vez, a publicidade prévia, embora sempre recomendável, somente constitui condição para a formação de precedentes obrigatórios quando houver expressa previsão legal para tanto, como se dá com o IRDR. Já a publicidade posterior dos precedentes, embora de suma importância, não configura condição para que determinado precedente seja de fato vinculante.

3.3.2 Trânsito em julgado da decisão que se tornará precedente obrigatório?

Outro possível critério para aferir se o provimento pode ser considerado um precedente obrigatório e, portanto, produzir efeitos vinculantes para juízes e tribunais, é seu trânsito em julgado. Este é um requisito que se aplicaria para os acórdãos de julgamentos de casos repetitivos e demais provimentos do art. 927 do CPC, mas não aos enunciados de súmulas (vinculantes ou não), cujo procedimento diferenciado faz com que a noção de trânsito não tenha importância (mas apenas sua publicação).

O racional é o de que não faria sentido considerar um precedente que *ainda não é definitivo* - ou seja, que ainda tem recurso pendente que pode alterá-lo¹⁵⁴ - como formado e assim exigir a sua observância obrigatória. De fato, o CPC não prevê expressamente esse requisito como condição para a qualificação de determinado precedente como obrigatório. Seria necessário um esforço hermenêutico para defender que, por exemplo, ao dizer que “os juízes e tribunais observarão os acórdãos em IRDRs”, o legislador quis expressar que a vinculatividade só surge depois de sobrevir o “carimbo” de trânsito em julgado.

Sem embargo, pela perspectiva da segurança jurídica, é de certa forma defensável que o ideal seria aguardar o trânsito em julgado. Antes disso ocorrer, o precedente em potencial poderia ser utilizado como persuasivo em outros casos, mas sem qualquer caráter vinculante (que pudesse ensejar reclamação em caso de sua não aplicação, por exemplo).

Isso para evitar situações indesejáveis como um IRDR julgado por tribunal estadual em determinado sentido cujo entendimento seja posteriormente revertido pelo STJ. Esse tipo de oscilação – que lembra o já citado exemplo da *jurisprudência banana boat* – certamente não é benéfico para o sistema como um todo.

Mas vale lembrar que, como já mencionado, outro escopo dos precedentes é a eficiência. O jurisdicionado não pode ficar à mercê da morosidade do Judiciário, além do que não se pode

¹⁵⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 378.

desconsiderar que o ordenamento brasileiro prevê uma enorme gama de recursos, muitas vezes meramente protelatórios. Isso sem falar de outras atitudes que podem resultar em um atraso indefinido do término efetivo do processo, como pedidos de vistas que podem perdurar por anos.

Ou seja, a celeridade na definição da orientação do tribunal – que não se confunde com julgamentos realizados de forma açodada – é algo relevante na perspectiva dos problemas reais do cotidiano. Novamente trazendo o IRDR como exemplo, são múltiplos processos sobre a mesma questão – assim, diversos jurisdicionados na expectativa da definição do Judiciário sobre determinado assunto.

Nesse contexto – somado ao fato da ausência de previsão legal expressa –, não se afigura razoável que uma decisão colegiada, muitas vezes sujeita apenas a recursos como embargos de declaração, tenha seus efeitos vinculantes postergados no tempo apenas por uma possibilidade (em geral, remota) de reversão.

Nessa linha, cumpre destacar que existem julgados do STJ¹⁵⁵ repelindo o requisito do trânsito em julgado, isto é, considerando como precedentes obrigatórios mesmo decisões ainda com recursos pendentes de julgamento. Em alguns julgados, o STF¹⁵⁶ vai além, autorizando a aplicação do precedente obrigatório até mesmo na ausência de *publicação* do pronunciamento judicial, o que, no entanto, não se afigura como razoável.

3.3.3 Participação dos jurisdicionados na formação dos precedentes obrigatórios?

A formação de precedentes obrigatórios não pode ser encarada como algo de responsabilidade exclusiva do Judiciário. O pronunciamento judicial, é claro, será proferido pelo tribunal, mas isso não significa que os jurisdicionados devem manter postura passiva, apenas aguardando a posição da corte.

¹⁵⁵ Nesse sentido: “A deliberação da Corte Especial, em julgamento já finalizado, mostra-se de observância obrigatória pelos órgãos fracionários do STJ, sendo irrelevante não ter havido o transcurso do trânsito em julgado. Saliente-se, a esse propósito, que o Código de Processo Civil, em reconhecimento ao caráter vinculante de determinadas decisões, determina que o Tribunal observe a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiver vinculado (inciso V do art. 927), não se exigindo, para tanto, o transcurso do trânsito em julgado destas, como quer fazer crer a recorrente.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno no Agravo Interno na Reclamação nº 37.338/SP**. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 08.05.2020).

¹⁵⁶ Tome-se como exemplo: “A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário 1.006.958/RS**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 21.08.2017).

Nesse sentido, revela-se pertinente o questionamento de Cassio Scarpinella Bueno: “como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu?”¹⁵⁷

Fala-se, portanto, da possibilidade de buscar influenciar a decisão a ser proferida¹⁵⁸, algo intimamente ligado com o elemento de *reação* do princípio do contraditório e, mais especificamente, com o escopo da igualdade em um sistema de precedentes obrigatórios, como visto no item 2.2.2 desta dissertação.

A participação é algo que se mostra ainda mais relevante no contexto de pronunciamentos que podem se tornar precedentes obrigatórios. Vincular juízes e tribunais a determinado entendimento é algo poderoso e que, portanto, deve ser feito com cautela, até mesmo em vista da própria natureza do Judiciário, cujos membros não são eleitos pela população e que por isso deve sempre buscar formas de suprir esse déficit de legitimação. Referida cautela pode se dar tanto com a consideração de que determinado assunto ainda não está maduro para ser solidificado em precedente vinculante¹⁵⁹, mas também mediante maior participação dos jurisdicionados no processo de formação de precedentes obrigatórios.

A concretização da participação, em uma primeira perspectiva, ocorre a partir das oportunidades de se levar ao Judiciário a possibilidade de formação de precedentes obrigatórios, examinadas no tópico 3.2. Mas também existe a perspectiva da participação no próprio provimento que pode se tornar vinculante, para além, evidentemente, da participação das próprias partes que compõem o litígio.

Com efeito, exceto as intervenções do Ministério Público¹⁶⁰ e o papel desempenhado por juízes de primeiro grau¹⁶¹, a forma mais reconhecida de participação na formação de

¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 71.

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 85; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 49.

¹⁵⁹ Algo que se relaciona com a ideia de Marinoni do *poder virtuoso de não decidir*. De acordo com este processualista, “editar precedentes de modo precipitado, antes de a população ter discutido e o Parlamento ter devidamente enfrentado a questão constitucional, pode não apenas levar a uma decisão de (in)constitucionalidade que não deveria ou precisaria ser tomada, como criar situações que conspiram contra a estabilidade social, o respeito mútuo e a reciprocidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 1010).

¹⁶⁰ Intervenção obrigatória, por exemplo, nos julgamentos de casos repetitivos (CPC, art. 976, § 2º, e art. 1.038, III) e antes da edição de enunciados de súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/2006, art. 2º, § 2º).

¹⁶¹ Como aponta Barbosa Moreira, “grandes inflexões jurisprudenciais da história de nosso direito” tiveram participação decisiva de juizes de primeiro grau antes de “receberam a chancela dos tribunais” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual, nona série**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 310-311). Em sentido similar: “em um cenário no qual ainda inexistem precedentes vinculantes acerca de determina

precedentes obrigatórios ocorre mediante admissão de *amici curiae*¹⁶² pelos tribunais. Assim, diante da previsão do art. 138 do CPC, seja no caso de enunciados de súmulas, de julgamentos de casos repetitivos¹⁶³ ou nos demais provimentos previstos no art. 927 do CPC, há possibilidade de o relator – inclusive de ofício – admitir a participação no processo de terceiros que possam contribuir¹⁶⁴ com argumentos, estudos, dados, dentre outros fatores para ampliar a qualidade do debate.¹⁶⁵

Todos os potenciais benefícios dos *amici curiae* não ensejam, contudo, um entendimento de que sua admissão seja condição para a formação de precedentes obrigatórios¹⁶⁶, até porque eventual abertura irrestrita de *amici* pode levar a que nenhum deles

questão de direito material ou processual, haverá, na primeira instância, uma harmônica – e, no limite, necessária – convivência entre reiteração de posições e divergência de entendimentos acerca de uma mesma matéria de direito. E tal conjuntura tem grande relevância para a formação de precedentes obrigatórios na instância superior.” (MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 118).

¹⁶² Há extensa doutrina sobre o instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro. Por todos, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

¹⁶³ No caso específico do IRDR os poderes são maiores, pois há previsão para que o *amicus curiae* recorra da decisão que julga o incidente (CPC, art. 138, § 3º).

¹⁶⁴ A doutrina já reconhece que as contribuições dos *amici curiae* não são necessariamente neutras. Na realidade, o mais comum é que o *amicus* tenha tanto interesse em determinado resultado quanto as partes envolvidas (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp Livraria, 2021, p. 606) e até por isso sua participação também se dá como forma de suprir a deficiência de argumentação da parte (cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil: artigos 976 ao 1.044**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 297). No âmbito dos tribunais, o entendimento do STJ é de que a atuação dos *amici curiae* nos processos ditos subjetivos “está adstrita aos contributos que possa eventualmente fornecer para a formação da convicção dos julgadores, não podendo, todavia, assumir a defesa dos interesses de seus associados ou representados em processo alheio” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Embargo de Declaração na Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.813.684/SP**. Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe 20.08.2021). A *contrario sensu*, tem-se que a atuação em processos aptos a formar precedentes obrigatórios é mais ampla, inclusive permitindo a defesa expressa – não neutra, portanto – de determinado entendimento. Vale destacar, por oportuno, que este julgado do STJ é qualificado como precedente obrigatório (art. 927, V, do CPC), pelo que há situação *metalinguística* em que o próprio precedente obrigatório dispõe, de certa forma, sobre aspectos relacionados à formação de precedentes obrigatórios.

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3**. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 778.

¹⁶⁶ “Mesmo havendo a relevante função do ‘amicus’, tal característica não faz com que, em caso de omissão dos possíveis amigos da corte, haja uma ‘trava’ a impedir que o julgamento repetitivo ocorra, ou que disto decorra fator a permitir questionamento do resultado dele decorrente.” (PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus curiae” e a legitimação dos “julgamentos repetitivos”. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça *et al.* (coord.). **Grandes temas do novo CPC: partes e terceiros no processo civil**. v. 14. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 607). Em sentido contrário, examinando a questão mais pela perspectiva de legitimidade da decisão, Cassio Scarpinella Bueno defende a existência de um *dever de convocação*: “[É] importante interpretar que a convocação de *amici curiae* nos processos destinados à formação dos referenciais do art. 927, quaisquer que sejam eles, é medida verdadeiramente imperativa para o relator e que deve ser determinada no ambiente dos processos ou dos incidentes destinados à formação dos indexadores jurisprudenciais, sendo indiferente previsão legislativa expressa ou em sentido contrário.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 4123).

seja efetivamente ouvido¹⁶⁷, bem como prejuízos aos trabalhos do tribunal (inclusive de celeridade/eficiência) e à paridade que deve ser observada nas discussões.¹⁶⁸

Isso posto, o requisito exigido para a formação de precedentes obrigatórios é a possibilidade de participação de *amicus curiae*, cujo deferimento ou não fica no âmbito da discricionariedade do relator da causa, não havendo que se falar em nulidade de decisão que rejeite a participação de *amicus* em determinado caso.

Da mesma forma que o *amicus curiae*, as audiências públicas são métodos para incrementar a participação na formação de precedentes obrigatórios, mas igualmente não constituem requisitos para a validade e eficácia da vinculação. Até porque, embora útil em certos casos, não é razoável supor, por exemplo, que todo e qualquer pronunciamento judicial que forme precedente obrigatório seja precedido por audiência pública. É, pois, com base nesse raciocínio que o legislador sempre indicou a realização de audiência pública como *faculdade*, e não obrigação, das cortes (por exemplo, para o caso do IRDR, no art. 983, § 1º, do CPC). Até porque, a audiência pública deve ser útil¹⁶⁹ para que os julgadores formem sua convicção e não apenas uma formalidade a ser superada.

A participação na formação de precedentes obrigatórios também pode acontecer em contexto *fora do processo*. A principal forma é mediante atuação da doutrina¹⁷⁰, mas, fugindo um pouco do cenário estritamente jurídico, também não se pode negligenciar o papel da

¹⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente: obstáculos superáveis? *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 292.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 830.

¹⁶⁹ A real utilidade das audiências públicas é matéria sobre a qual a doutrina vem se debruçando há tempos, com conclusões não tão positivas. Veja-se, a esse respeito, a posição de Virgílio Afonso da Silva: “A forma como são organizadas limita consideravelmente os potenciais impactos, especialmente porque (a) os participantes são escolhidos pelo ministro ou ministra relatora (ainda que em alguns casos se faça uma chamada pública prévia, os critérios de escolha não são transparentes); (b) as participações nas audiências públicas ocorrem quase sempre organizadas como uma sequência de breves palestras (em geral, quinze minutos), sem espaço para discussão entre os participantes ou entre estes e os ministros e ministras; e, mais importante, (d) com exceção do relator ou relatora que convocou a audiência, os demais membros do tribunal raramente participam.” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp Livraria, 2021, p. 607).

¹⁷⁰ Michele Taruffo assim se manifesta sobre o papel da doutrina na formação de precedentes: “[...] precedents are collected, analysed and discussed. Often the definition of the ratio decidendi of a case is made by the legal literature before being used by a court” (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel. (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 457). Tradução livre: “[...] precedentes são coletados, analisados e discutidos. Frequentemente a definição da *ratio decidendi* de um caso é feita pela doutrina antes de ser usada por uma corte.”

sociedade para a organização de, por exemplo, protestos pacíficos¹⁷¹ por ocasião de julgamentos que podem formar precedentes obrigatórios.

Diante do exposto, percebe-se que existem diversas ferramentas para incrementar a participação na formação de precedentes obrigatórios. No entanto, salvo pontuais exceções e não exatamente voltadas à participação dos jurisdicionados (intervenção obrigatória do Ministério Público em IRDR, por exemplo), não se verifica a participação como um valor absoluto¹⁷² e, pois, como um requisito necessário para a formação de precedentes obrigatórios.

Até porque, como visto, não há parâmetros confiáveis para medir o grau ótimo de participação, pois isso depende de diversas variáveis, como o caso em julgamento e também a qual provimento se está diante. Assim, embora a participação seja um valor importante no ordenamento (porém não absoluto, frise-se novamente), seria temerário, sob o ponto de vista da segurança jurídica, deixar os precedentes em potencial com esse condicionante para a incidência do caráter obrigatório para casos futuros do pronunciamento judicial.

Imagine-se, nesse sentido, situação em que determinado juiz, diante de um caso concreto cuja idêntica questão de direito já foi resolvida em IRDR, recusa a aplicação do precedente, por considerar que a participação dos jurisdicionados não foi satisfatória (diante, por exemplo, da recusa na admissão de determinado *amicus curiae*). Definitivamente esse é um cenário de insegurança jurídica que deve ser evitado.

Isso tudo não significa que os precedentes obrigatórios podem ser formados *à revelia* dos jurisdicionados, mas sim que a ausência de participação pelos meios legalmente previstos não desnatura seu caráter obrigatório.

3.3.4 Dever adicional de fundamentação para o provimento judicial que se tornará precedente obrigatório?

Não existem dúvidas acerca da exigência de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, regra positivada no direito brasileiro na Constituição (art. 93, IX) e no CPC (art. 11). Para além de uma *função processual* da fundamentação, como uma garantia das partes (saber o que foi decidido e por quais motivos, até para eventualmente impugnar a

¹⁷¹ Ao longo do ano de 2021 foram notórios os protestos realizados em Brasília por indígenas diante da iminência de o STF decidir caso que se tornaria precedente obrigatório sobre tema de interesse desta população (no caso, a discussão girava em torno do julgamento sobre demarcação de terras e a tese do “marco temporal”).

¹⁷² TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 326.

decisão), a doutrina faz referência a uma *função extraprocessual* da fundamentação¹⁷³, que se destina não apenas às partes.¹⁷⁴

O entendimento é que a capacidade de fundamentar decisões está diretamente atrelada à legitimidade – e autoridade – do Judiciário¹⁷⁵, algo que incide de forma ainda mais relevante na formação de precedentes obrigatórios, visto tratarem de *decisões (lato sensu)* vinculantes e que tendem a perdurar pelo tempo. Ou seja, o provimento jurisdicional *candidato* a precedente obrigatório que não seja devidamente fundamentado é ato nulo que não produz os efeitos vinculantes a que se propunha.

A controvérsia, porém, reside em saber se há um dever *adicional* de fundamentação para situações de formação de precedentes. Há quem defenda que sim, isto é, que deve existir *exigência redobrada*¹⁷⁶ na fundamentação de decisões que terão efeito vinculante para casos análogos, para que seja garantida a criação de um *precedente de qualidade*.¹⁷⁷

De fato, o argumento parece irresistível; ainda mais do que para uma demanda específica, no caso da formação de precedentes obrigatórios a corte deve percorrer todos os argumentos e fundamentos possíveis. E isso seria válido para enunciados de súmulas, acórdãos de julgamentos de casos repetitivos e demais provimentos do art. 927 do CPC.

Mas a dificuldade se encontra na falta de objetividade desse *algo a mais* na fundamentação. Salvo situações excepcionais, não é tarefa simples identificar quando se está diante de uma decisão não fundamentada¹⁷⁸, sendo ainda mais difícil, portanto, a missão de verificar se uma decisão *não é tão bem fundamentada*.

¹⁷³ “[Q]uem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um valor político fundamental: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto.” (TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 21). Em sentido semelhante, sobre a motivação como forma de o magistrado prestar contas do exercício de sua função jurisdicional ao jurisdicionado e para toda a sociedade, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil; parte geral do código de processo civil: volume 1**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 159.

¹⁷⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 126.

¹⁷⁶ ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015: De acordo com o Novo CPC - Lei 13.105/2015**. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 525; MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 387.

¹⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022, p. 779.

¹⁷⁸ Os incisos do § 1º do art. 489 do CPC elencam hipóteses em que uma decisão judicial é considerada não fundamentada e contribuem para densificar a previsão constitucional de que todas as decisões devem ser fundamentadas, mas não resolvem todos os desafios relacionados ao tema.

Assim, eventual inclusão de um dever de fundamentação *adicional* como requisito para a formação de precedentes obrigatórios não contribuiria para a segurança jurídica, um dos escopos da sistemática de precedentes.

3.3.5 Quórum qualificado para a formação de precedentes obrigatórios?

Também se alude a critérios específicos para a formação de precedentes obrigatórios relacionados à eventual quórum diferenciado para sua formação. Novamente, este só pode ser um critério *sine qua non* para a validade e eficácia de precedente obrigatório quando houver previsão legal para tanto.

É o que se dá, por exemplo, com os enunciados de súmulas vinculantes. Sua edição depende da aprovação de dois terços dos membros do STF. Trata-se de critério objetivo, que não permite grandes controvérsias; eventual proposta de enunciado aprovada por maioria simples não tem o condão de tornar-se enunciado vinculante.

No caso dos enunciados de súmulas do STJ – como visto, são dois procedimentos diferentes que permitem que seja suscitada a possibilidade de sua formação – também há previsão de quórum qualificado. Tanto para os enunciados a serem deliberados pela Corte Especial ou Seção após o julgamento de um caso concreto, quanto para as hipóteses decorrentes da ausência de divergência entre Turmas da corte sobre determinado assunto, há necessidade de maioria absoluta do órgão competente, Corte Especial ou Seção do STJ, para a aprovação de enunciados de súmula.

A legislação é silente sobre eventual quórum diferenciado para formação de precedentes em casos repetitivos, ao passo que nas demais hipóteses do art. 927 do CPC há variação a depender do pronunciamento judicial examinado.

Por exemplo, a Lei n° 9.868/1999, que rege o procedimento de ADI e ADC perante o STF, determina que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição impugnada depende da concordância de ao menos seis ministros da corte.¹⁷⁹ Também existem situações em que há previsão de quórum para início da sessão, mas não necessariamente para o julgamento em si. É o que ocorre com a ADPF – conforme prevê a Lei n° 9.882/1999, ao menos

¹⁷⁹ “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.” (Lei n° 9.868/1999).

dois terços dos ministros precisam estar presentes na sessão¹⁸⁰ – e com o IAC julgado pelo STJ – para julgar o incidente é necessário que a Corte Especial ou a Seção se reúnam com ao menos dois terços dos ministros.¹⁸¹ Para o recurso extraordinário avulso, por sua vez, não há previsão de quórum diferenciado para o seu julgamento pelo plenário do STF, muito embora exista previsão no texto da Constituição Federal sobre a admissibilidade do recurso.¹⁸²

3.4 A última etapa na formação de precedentes obrigatórios: o que vincula para casos futuros?

O caminho até aqui percorrido neste capítulo envolveu reflexões sobre quais provimentos jurisdicionais podem se tornar precedentes obrigatórios, as formas de romper a inércia do Judiciário e assim abrir “espaço” para os precedentes e possíveis critérios adicionais para que um pronunciamento judicial alcance o *status* de vinculante. O objetivo agora é tecer considerações sobre o *momento final* da formação de precedentes obrigatórios¹⁸³, isto é, a definição do que efetivamente vincula juízes e tribunais para casos futuros. A análise novamente será feita a partir da divisão – artificial, mas útil para fins didáticos – dos pronunciamentos judiciais em enunciados de súmulas (vinculantes ou não), acórdãos de julgamentos de casos repetitivos e demais provimentos do art. 927 do CPC.

No que se refere aos enunciados de súmulas (vinculantes ou não), há uma tendência que seu conteúdo seja sucinto, de certo modo semelhante a comandos legais, sem que haja uma especificação ou maior explicação sobre o ponto fixado no enunciado.¹⁸⁴

¹⁸⁰ “Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.” (Lei nº 9.882/1999).

¹⁸¹ RISTJ, art. 172, parágrafo único.

¹⁸² “Art. 102. [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (CF/1988).

¹⁸³ Não faz parte do escopo desta dissertação aprofundar os estudos sobre o momento temporal em que os precedentes passam a irradiar seus efeitos no sistema processual brasileiro, bastando fixar que em regra as normas extraídas dos precedentes judiciais obrigatórios se projetam para o passado (efeito retroativo, ou *ex tunc*), mas existem previsões específicas de modulação (efeito prospectivo, ou *ex nunc*). Apenas como exemplo, cumpre destacar a possibilidade prevista na lei que regulamenta as súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/2006): “Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, 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.”

¹⁸⁴ Tome-se como exemplo enunciado da súmula 649, aprovado pela Primeira Seção do STJ em 28/04/2021: “Não incide ICMS sobre o serviço de transporte interestadual de mercadorias destinadas ao exterior.” Interessante notar que no âmbito da justiça trabalhista parece haver uma maior preocupação em destrinchar o entendimento fixado no enunciado de súmula – que se torna semelhante a uma ementa de acórdão, como se observa da súmula 456 do Tribunal Superior do Trabalho: “REPRESENTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. PROCURAÇÃO. INVALIDADE. IDENTIFICAÇÃO DO OUTORGANTE E DE SEU REPRESENTANTE. I - É inválido o instrumento de

Por outro lado, o CPC determina que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, § 2º). O dispositivo busca evitar que existam súmulas dissociadas dos precedentes da corte, pois embora o texto cite apenas o *contexto fático* dos precedentes, também deve o enunciado guardar correspondência com a *ratio decidendi* dos precedentes que autorizam sua edição.¹⁸⁵ Isso também é importante para combater o argumento de que as súmulas seriam “autoritárias”, pois estas não surgem por simples opção das cortes e devem tratar de assuntos que foram amadurecidos mediante discussões nos tribunais intermediários¹⁸⁶ e superiores.

De todo modo, o fato é que os enunciados visam lidar com questões idênticas ou muito semelhantes.¹⁸⁷ Até por isso têm abrangência mais restrita, afinal o que vincula para casos futuros é o que consta textualmente no enunciado. Sobre esse ponto, aliás, Victor Nunes Leal assevera que os enunciados não podem ser interpretados¹⁸⁸ – algo que, no entanto, sempre foi objeto de questionamento pela doutrina.¹⁸⁹

mandato firmado em nome de pessoa jurídica que não contenha, pelo menos, o nome do outorgante e do signatário da procuração, pois estes dados constituem elementos que os individualizam. II – Verificada a irregularidade de representação da parte na instância originária, o juiz designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, extinguirá o processo, sem resolução de mérito, se a providência couber ao reclamante, ou considerará revel o reclamado, se a providência lhe couber (art. 76, § 1º, do CPC de 2015). III – Caso a irregularidade de representação da parte seja constatada em fase recursal, o relator designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, do CPC de 2015).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Súmula n° 649**. DJe 3.5.2021).

¹⁸⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 361.

¹⁸⁶ Para os fins deste trabalho, considera-se tribunais (ou cortes) intermediários os Tribunais Estaduais e os Tribunais Regionais Federais (TRFs).

¹⁸⁷ “Devem as súmulas vinculantes, predominantemente, dizer respeito a situações capazes de se repetir ao longo do tempo de modo absolutamente idêntico ou muito semelhante. Em princípio, não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um *leasing*, e se deve saber, com certeza, se gera, ou não, a incidência do tributo.” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 267).

¹⁸⁸ “O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal. Deve, pois, a Súmula ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado.” (LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, 1981).

¹⁸⁹ Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, afirma que “as súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 284). De fato, as súmulas não são a *panaceia* para todos os problemas referentes à unidade do direito; mas dizer categoricamente que *sequer contribuem* não parece razoável. Existem situações em que a aplicação dos enunciados não é tão simples – o que nem pode ser considerado um erro *per se* dos enunciados, afinal a sociedade é dinâmica e novas controvérsias sempre surgem –, nos quais a eficácia da súmula não pode ser considerada obrigatória (o que pode ser discutido via reclamação). Por outro lado, existem diversos problemas concretos que são resolvidos pelos enunciados. Basta citar a súmula vinculante n° 14 do STF (“É direito do

Em relação aos casos repetitivos, como a própria denominação sugere, a preocupação maior do legislador foi com a vinculação aos casos idênticos, mediante concentração do processo decisório. É por isso que o CPC alude a aplicação da tese firmada aos demais processos idênticos, seja em recurso extraordinário ou especial repetitivo (art. 1.039) ou em IRDR (art. 985¹⁹⁰).

Assim, uma vez admitido o IRDR ou o recurso especial repetitivo, a corte delimita a tese que será fixada e aplicada a casos idênticos – *antes*¹⁹¹ até do julgamento final dos incidentes. Isso porque, na hipótese dos casos repetitivos, a identificação da *ratio decidendi* da corte, embora existente em cada julgamento realizado (afinal, o tribunal precisa justificar suas razões de decidir), é desnecessária¹⁹², pois tão somente os casos idênticos ficam vinculados ao julgado paradigma.¹⁹³ Nesse contexto, fala-se em tese jurídica como “uma hipótese de incidência da *ratio decidendi* do precedente”¹⁹⁴, ou seja, uma hipótese delimitada e específica para solução concreta de uma questão jurídica.

Apenas para ilustrar com um exemplo concreto de IRDR julgado por uma corte estadual, cumpre mencionar o incidente julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”), publicado em 2009, que traz clareza e segurança jurídica para jurisdicionados em diversas situações, por exemplo para obtenção de cópias de investigações que tramitam perante Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Súmula Vinculante nº 14**. DJe 09.02.2009).

¹⁹⁰ Este dispositivo, em seu inciso II, também faz menção à aplicação da tese formada no IRDR “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.” Ou seja, a decisão do IRDR projeta efeitos obrigatórios também para demandas que ainda podem ser propostas. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni defende que a decisão em IRDR não pode ser encarada como um precedente: “[...] se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 79).

¹⁹¹ No *site* do TJSP, por exemplo, constam todos os IRDRs admitidos (ainda não julgados), com a respectiva indicação da questão submetida a julgamento (Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdre>. Acesso em: 05 jul. 2022).

¹⁹² Em sentido contrário, Sofia Temer assevera, referindo-se ao IRDR, que para a correta compreensão da tese jurídica faz-se necessária uma análise contextualizada, sendo também importante identificar: “a) a categoria fática em relação à qual a questão de direito é apreciada; b) o raciocínio empreendido pelo tribunal na análise dos fundamentos aventados; c) a conclusão sobre a controvérsia jurídica, apontando para uma só solução.” (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 237).

¹⁹³ ARRUDA ALVIM, Teresa. STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recurso repetitivo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 Jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 05 jul. 2022).

¹⁹⁴ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. In: ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (coord.). **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 626. É por isso que a tese fixada em casos repetitivos não pode ser genérica. Caso assim fosse, toda a lógica de tratamento dos litígios de massa poderia ruir, na medida em que poderia não haver automática vinculação entre casos idênticos.

relativo à controvérsia sobre a natureza (pública ou privada) da atividade dos motoristas de aplicativos.¹⁹⁵ Após o início das operações dos aplicativos de mobilidade em Minas Gerais, houve apreensões em série dos veículos dos motoristas, sob o argumento de que se tratava de atividade pública sem autorização legal. Disso decorreu a multiplicação de processos idênticos movidos por motoristas para discutir a legalidade destas apreensões e, em seguida, pedido de instauração de IRDR. O incidente foi admitido e julgado, restando vencedora a tese de que a atividade tem natureza privada e as apreensões eram ilegítimas.

Com o precedente obrigatório formado, todos os outros processos idênticos movidos por motoristas tiveram o mesmo desfecho – do que se extraem benefícios em termos de segurança jurídica, igualdade e eficiência –, mas para a aplicação do precedente para estes outros casos não foi necessária a busca para *ratio decidendi* da decisão do incidente (que envolveu temas diversos, como livre iniciativa, liberdade de trabalho etc.). Em síntese, apenas a tese jurídica foi suficiente para lidar com os casos que versavam sobre idêntica questão de direito (eficácia da decisão como *precedente obrigatório*), sem embargo de a *ratio decidendi* da decisão do tribunal poder ser encarada como *elemento persuasivo* em futuros casos análogos (envolvendo, por exemplo, discussões sobre natureza jurídica de serviços de transporte coletivo intermediado por aplicativos).

Para as demais hipóteses de formação de precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC¹⁹⁶ a situação é diferente, na medida em que a vinculação se dá não apenas para casos idênticos.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Tema 05 IRDR TJMG (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Seção Cível. **Processo 1.000.16.016912-4/002**, Relator Des. Corrêa Júnior, DJe. 30.08.2017).

¹⁹⁶ A referência aqui é às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, aos acórdãos em IAC, e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e os tribunais estiverem vinculados, o que abrange, por exemplo, julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral pelo STF.

¹⁹⁷ Especificamente sobre as decisões do STF em controle de constitucionalidade (art. 927, I), cumpre mencionar a existência de discussão – que não será objeto de exame detido em função dos limites desta dissertação – acerca dos efeitos vinculativos para casos futuros. Apenas para ilustrar a controvérsia no STF, na Reclamação 4.335 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 4.335/AC**. Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 20.03.2014) foi reconhecido efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade, ao passo que na Reclamação 8.168 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 8.168/SC**. Relator Min. Edson Fachin, DJe 19.11.2015) foi rejeitada a “teoria dos motivos determinantes” mesmo para casos julgados em controle concentrado. Também cabe mencionar manifestação (aliás, exemplo de *obiter dictum*) do Min. Alexandre de Moraes sobre inclusão de tese jurídica, ou *ratio decidendi*, em sede de ADI, em julgamento envolvendo discussão sobre necessidade de aprovação prévia do Poder Legislativo estadual de determinados cargos executivos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.167/RR**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 03.06.2020): “Então, se tese fosse fixada, isso até está na minha ementa, acho que deveria ser específica no sentido, por exemplo: é vedada à legislação estadual - porque, se é vedado a Roraima, é vedado a São Paulo, é vedado ao Paraná, é vedado ao Rio Grande do Sul, senão nós vamos sempre julgar a mesma coisa - submeter à aprovação prévia da Assembleia Legislativa a nomeação de dirigentes das autarquias.” No âmbito doutrinário, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem a existência de vinculação à *ratio decidendi* em casos de controle concentrado do STF usando a seguinte situação hipotética como exemplo: “[N]o julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte

Até porque a repetição de casos não é requisito para a apreciação pelo Judiciário destes provimentos jurisdicionais – pelo contrário, o IAC (que consta no inciso III do art. 927), por exemplo, é admitido sob determinadas condições, dentre as quais a inexistência de repetição em múltiplos processos da questão jurídica.

Nesse contexto, o aspecto vinculante para estas hipóteses de precedentes obrigatórios é a *ratio decidendi* da decisão. E, ao contrário da tese firmada em casos repetitivos, para se chegar à *ratio* de determinada decisão, mais importante do que saber *o que* o tribunal ao final decidiu é saber *por que* o tribunal assim decidiu (ou seja, quais foram os fundamentos jurídicos).¹⁹⁸

Reitere-se, a vinculação da *ratio decidendi* abrange cenários análogos – é a ideia, já mencionada, de *ratio decidendi* como *ponto de partida*.¹⁹⁹ E disso extraem-se funções importantes dos jurisdicionados²⁰⁰ – caso queiram a aplicação da *ratio* para um caso não idêntico, mas sim análogo – e fundamentalmente de contínuo diálogo entre a corte vinculante e as cortes vinculadas a partir de casos concretos.²⁰¹

Trazendo a discussão teórica para um caso concreto, e novamente tomando como exemplo o cenário de discussões judiciais envolvendo o transporte individual privado de passageiros por aplicativos, vale mencionar o julgamento pelo STF do que ficou conhecido

decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: ‘lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência da lei federal’. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, cuja decisão certamente será baseada no precedente anterior; arguida a sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 574).

¹⁹⁸ FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi X tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265. p. 419-441, 2017.

¹⁹⁹ “Embora todo precedente tenha um conteúdo, esse pode ser limitado ou estendido conforme as necessidades dos casos concretos, a permitir, assim, que o direito se desenvolva à medida que novas situações litigiosas chegam ao Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 153).

²⁰⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andriighi no STJ**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 620.

²⁰¹ “Parte do significado da *ratio decidendi* será estabelecido pelas cortes inferiores, ao interpretarem e confrontarem o precedente com novos casos. Quando as instâncias vinculadas aplicam o precedente a uma nova demanda, apenas, parcialmente, semelhante, elas expandem o alcance da sua *ratio decidendi*, ao passo que, quando estabelecem distinções, reduzem sua amplitude. Tais decisões poderão ser, novamente, submetidas à Suprema Corte, que produzirá um novo entendimento e, assim, sucessivamente. O processo de atribuição e de reatribuição de significado à *ratio decidendi* é contínuo. Não se conclui com a produção de uma decisão ou de uma síntese pela corte vinculante, diferentemente do que ocorre com um enunciado jurídico cristalizado em uma súmula” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 274.

como *caso Uber*.²⁰² Originalmente, a discussão girava em torno da possibilidade de municípios proibirem a atividade dos motoristas de aplicativos. Ocorre que antes do julgamento sobreveio lei federal autorizando expressamente a atividade, de forma que a discussão da corte se voltou para a necessidade de fixar entendimento (*ratio decidendi*) para casos futuros não somente idênticos, mas também análogos.²⁰³

Sendo assim, as teses fixadas²⁰⁴ encerraram a questão sobre a (im)possibilidade de proibição da atividade e endereçaram aspectos importantes sobre os limites que os municípios devem observar para regulamentar a atividade, sendo que a *ratio* vem sendo aplicada não apenas para o transporte individual privado por automóvel intermediado por aplicativos como também por motos (em nítido exemplo de como a *ratio decidendi* pode ser estendida para casos não exatamente idênticos).

Uma advertência, porém, deve ser feita. A expansão da *ratio decidendi* para casos análogos pode ocorrer – o sistema brasileiro de precedentes não busca lidar somente com casos idênticos e repetitivos –, mas deve ser feita de forma criteriosa e responsável pelo Judiciário. Não há “carta branca” para que este Poder vá além de suas funções, até porque isso traria cenário de insegurança jurídica indesejável ao sistema de precedentes obrigatórios que se busca estabelecer em nosso ordenamento.

A frase é batida, mas sempre útil: *grandes poderes trazem grandes responsabilidades* – de forma que este “poder” do Judiciário de formar precedentes obrigatórios, conferido pelo legislador, reitere-se, deve ser exercido de forma responsável e sobretudo harmônica com o Legislativo.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 1.054.110/SP**. Relator Min. Roberto Barroso. DJe 09.05.2019; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 08.05.2019.

²⁰³ Cf. manifestação do Min. Alexandre de Moraes durante o julgamento: “Uma tese extremamente minimalista simplesmente afirmando que o município não pode proibir - realmente esse foi o discutido – pode não ser suficiente. Há inúmeros municípios que não proibem. O Município de São Paulo vem tentando isso, só que regulamenta exatamente da mesma forma que os táxis, exigindo permissão, exigindo uma padronização, como se serviço público fosse. Então, talvez pudéssemos fazer essa distinção: não pode proibir e tem de preservar exatamente esse caráter de serviço privado, porque, senão, simplesmente, o que os municípios vão fazer é permitir o Uber etc. nas mesmas condições dos táxis. Vão transformar esse serviço em serviço de taxista, que tem peculiaridades.”

²⁰⁴ “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.

Feita essa ressalva, vale dizer que a prática dos tribunais que formam precedentes obrigatórios tem sido de buscar refletir a *ratio decidendi* em teses jurídicas²⁰⁵, que invariavelmente constam nas ementas dos acórdãos. Tais teses não servem de sucedâneo aos precedentes em si²⁰⁶, mas visam contribuir para facilitar a compreensão do precedente²⁰⁷, até mesmo diante da sistemática que vigora na maior parte das cortes em que há colheita de votos individualmente, algo que configura uma dificuldade adicional na busca da *ratio decidendi* do precedente.²⁰⁸

3.5 Conclusões parciais

Os artigos 926 e 927, vistos em perspectiva histórica, podem ser considerados o passo mais importante no movimento do ordenamento brasileiro em direção a um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. No entanto, a consolidação de uma das mais cruciais etapas do precedente obrigatório – a sua *formação* – foi prejudicada pela falta de clareza e do aspecto lacônico destes dispositivos.

O art. 927 sequer faz menção a termos como *obrigatório* ou *vinculante*. Com efeito, a baixa densidade normativa do dispositivo é prejudicial na medida em que requer complementação para sua total compreensão e, conseqüentemente, aplicação prática.

²⁰⁵ “O teor vinculante do precedente, a ser observado pelas demais instâncias, corresponderá à tese jurídica afirmada pela corte ao decidir, conceito equivalente à *ratio decidendi*” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 129).

²⁰⁶ Taís Schilling Ferraz critica as teses que apenas anunciam o resultado final do julgamento, pois o ideal seria construí-las com a indicação dos motivos que a justificam. Nesse sentido, traz como exemplo a decisão do STF pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade de inscrição do músico na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) como condição para exercício da atividade: “Adotada, porém, a verdadeira *ratio decidendi* do precedente pelo seu intérprete, a aplicação poderá ser muito mais útil, sistêmica e mesmo abrangente, já que o fator que ensejou a inconstitucionalidade da norma que estabeleceu a exigência de inscrição na OMB e a cobrança de anuidade poderá estar presente em muitas outras normas semelhantes, o que evitaria que o STF tivesse que se debruçar sobre todas as possibilidades de cobrança que incidirem na mesma inconstitucionalidade.” (FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi X tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265. p. 419-441, 2017).

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2021, p. 980.

²⁰⁸ Não faz parte do escopo desta dissertação o exame desta questão, bastando citar que a reunião de votos isolados dificulta a identificação da *ratio*. Nesse sentido: “[F]requentemente a tese fixada no dispositivo do acórdão demanda interpretação à luz das motivações fornecidas individualmente pelos julgadores. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta do voto da Corte (*Court’s opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 160-161). Nesse modelo – denominado *per curiam* – no qual a decisão é apresentada como expressão única da corte, os votos separados somente se justificam em caso de divergência, algo que contribui para a identificação mais precisa da *ratio decidendi*.

Idealmente referida complementação viria pelo próprio legislador – nada melhor para um ordenamento com tradição enraizada no princípio da legalidade como o brasileiro que haja na lei a definição expressa acerca de como se dá a formação de precedentes obrigatórios. Mas isso não ocorreu.

A primeira tentativa de preencher esse vácuo vem pela doutrina, mas a indicação de ainda mais critérios subjetivos (por exemplo, como seria aferir, na prática, o que seria uma fundamentação adequada *reforçada*?) acaba por tornar ainda mais turva a missão de identificar quando há efetivamente a formação de um precedente obrigatório. Outra alternativa seria que o próprio Judiciário acabasse por definir os critérios, o que seria discutível sob o ponto de vista de harmonia e equilíbrio entre os Poderes.

Feitas estas considerações preliminares, as reflexões nos itens anteriores caminham no sentido de que o mais adequado para contribuir para o amadurecimento de um sistema que busca atribuir eficácia obrigatória a certos precedentes é que se reduza ao máximo a margem de discricionariedade de juízes e tribunais para decidir quando se está diante de um precedente obrigatório. Isso significa, em termos concretos, que a definição de quais pronunciamentos judiciais podem se tornar precedentes obrigatórios deve se ater aos incisos do art. 927 do CPC, bem como eventuais requisitos adicionais para qualificar determinado precedente como obrigatório devem se pautar por critérios estritamente objetivos.

Assim, saber “de antemão” os provimentos que se tornarão precedentes obrigatórios é medida que tende a retirar o componente subjetivo sobre o que é ou não precedente obrigatório, bem como quando os precedentes devem ser formados. Trata-se de algo que, em que pese não ocorrer no precedente “clássico” do *common law*²⁰⁹, visa a favorecer a segurança jurídica em sistemas como o brasileiro, pois há margem menor para irresignação acerca da formação de precedentes obrigatórios.²¹⁰ Afinal, a definição sobre quais são os provimentos que constituem precedentes obrigatórios vem do texto legal, sendo certo que a lei permanece sendo a fonte primária do direito em nosso ordenamento.

²⁰⁹ “No *common law*, [...] o *binding precedent* é na verdade identificado pelo juiz do caso subsequente, após laboriosa pesquisa sobre as decisões judiciais concernentes à espécie.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: Natureza, Eficácia, Operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 615).

²¹⁰ Nesse sentido, foi noticiado julgado do TJMG que desconsiderou precedente formado pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo (art. 927, III) pela alegação de que a tese fixada no precedente teria sido aprovada por maioria apertada (TJ/MG questiona validade de tese do STJ e não aplica CPC em honorários. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 09 Maio de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/365615/tj-mg-questiona-validade-de-tese-do-stj-e-nao-aplica-cpc-em-honorarios>. Acesso em: 05 jul. 2022). Para além de prejuízos à segurança jurídica, trata-se de entendimento que viola a isonomia, pois faz com que determinados jurisdicionados fiquem fora do alcance do precedente do STJ, a partir de uma alegação (necessidade de quórum específico para a formação de precedente obrigatório) que não encontra respaldo legal.

Como consequência, o conhecimento prévio acerca de quando haverá a formação de precedentes obrigatórios também atua a favor da isonomia entre os jurisdicionados, pois evita, por exemplo, que, diante de dois casos idênticos, um magistrado reconheça determinado precedente como obrigatório e outro não, o que também tem impactos positivos na eficiência do sistema (menor necessidade de recursos, por exemplo).

Outro aspecto positivo é que a ciência prévia sobre qual provimento se tornará vinculante enseja maior responsabilidade pelo Judiciário, envolto em milhares de demandas ao mesmo tempo, na formação do precedente. Assim, mesmo na ausência de estudos empíricos que comprovem o ponto, é esperado que, ao saber que determinado caso terá o “*status*” de precedente obrigatório, a corte irá procurar garantir maior participação dos jurisdicionados, bem como melhor fundamentar a decisão.²¹¹

Essa é, claro, a visão otimista, pois também não se pode desconsiderar o risco de que o Judiciário, livre das “amarras” dos critérios substanciais, promova a formação de precedentes com déficit de qualidade – algo que, por outro lado, pode ser um parâmetro importante para a decisão sobre quando superar precedentes, conforme será examinado no próximo capítulo desta dissertação.

Ademais, deve-se registrar que a formação *ex ante* dos precedentes obrigatórios traz consigo um risco de que o ordenamento seja *inundado* por novos precedentes vinculantes, o que poderia ser pernicioso por dois motivos.

Primeiro, porque um cenário de excesso de precedentes obrigatórios tende a prejudicar o aspecto de cognoscibilidade, e conseqüentemente da segurança jurídica, do jurisdicionado. Assim como ocorre com as leis em profusão (algo comum no âmbito do direito tributário, por exemplo), a existência de múltiplos precedentes obrigatórios não contribui para concretizar os aspectos de confiabilidade e previsibilidade que um sistema de precedentes vinculantes deve oferecer. E segundo, porque um grande número de precedentes obrigatórios tende a gerar situações de conflito entre si – imagina-se que um sistema de precedentes obrigatórios ainda incipiente como o brasileiro ainda não está maduro o suficiente para encarar esse desafio, tema árido até mesmo no que se refere à conflitos (ou antinomias) entre normas.²¹²

Além disso, seja na formulação de enunciados de súmulas e de teses nos acórdãos de julgamentos de casos repetitivos, assim como para a verificação da *ratio decidendi* nos demais

²¹¹ Cf. MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 109.

²¹² Sobre o assunto, ver: BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

precedentes obrigatórios, é essencial que os escopos dos precedentes judiciais – segurança jurídica, isonomia e eficiência – sejam levados em conta. Assim, por exemplo, o julgamento de casos repetitivos é um mecanismo que, além de buscar garantir segurança e igualdade – mesma questão de direito sendo julgada de igual forma para diferentes jurisdicionados – também tem como objetivo resolver de forma célere²¹³ a controvérsia, o que contribui para a eficiência de um sistema de precedentes vinculantes. Mas também a perspectiva da igualdade deve ser considerada mediante a garantia da possibilidade – mas não obrigatoriedade – de participação dos jurisdicionados e da sociedade em geral no procedimento que formará o precedente vinculante.

Por outro lado, no que se refere à formação da *ratio decidendi* em determinados precedentes obrigatórios, é importante a conscientização sobre a importância de que a identificação da *ratio* seja facilitada. Dúvidas sobre o que a corte decidiu e sobre os motivos que levou em consideração para decidir tendem a gerar má aplicação do precedente obrigatório em casos análogos, resultando em prejuízo à segurança jurídica, igualdade e eficiência do sistema.

²¹³ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 499.

4 SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS: ASPECTOS CONCEITUAIS E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez efetivamente *formados*, os precedentes obrigatórios tendem a perdurar no tempo. Trata-se, na realidade, da própria essência do instituto, até porque não há como se pensar em segurança jurídica, isonomia e eficiência em um cenário de total instabilidade dos precedentes. Uma das razões para o movimento em direção a um sistema de precedentes obrigatórios foi evitar um ambiente de jurisprudência vacilante – ou “lotérica” –, do que decorre a expressa menção à necessidade de *estabilidade* dos entendimentos das cortes no art. 926 do CPC.

Mas isso não se confunde com a *eternização* dos precedentes. É, nesse sentido, objetivo deste capítulo examinar os fundamentos que justificam as mudanças nos entendimentos dos tribunais e as técnicas para que isso ocorra. Em seguida, serão feitas reflexões sobre a existência de parâmetros que devem ser observados pelos tribunais para a decisão de quando superar precedentes, bem como – já com o cenário brasileiro em mente – quais são os critérios processuais e instrumentos para que a superação de precedentes obrigatórios ocorra.

Cumprе ressaltar que a discussão sobre superação de precedentes só faz sentido no contexto de um sistema de precedentes *obrigatórios*. Isso significa que a experiência de manejo de precedentes *persuasivos* na realidade brasileira – embora útil em diversos aspectos – tem pouco a contribuir para a consolidação de técnicas de superação de precedentes em nosso ordenamento. É por isso que neste capítulo sobre a *superação* de precedentes, mais do que nas discussões sobre sua *formação*, será importante debruçar sobre a existência ou não de margem para internalização no ordenamento brasileiro – em verdadeiro movimento “antropofágico” – de experiências e técnicas estrangeiras.

Não é demais destacar, conforme já apontado no início deste trabalho, que as experiências estrangeiras na temática dos precedentes devem ser examinadas – neste capítulo, por exemplo, serão citadas diversas decisões da Suprema Corte norte-americana sobre o assunto –, mas sempre com a ressalva de que a simples e direta importação de técnicas estrangeiras para o ordenamento brasileiro deve ser rejeitada. Isso porque, além de suas peculiaridades, muitas

vezes algumas destas técnicas são contestadas inclusive em sistemas jurídicos estrangeiros com maior tradição com o chamado direito jurisprudencial.²¹⁴

4.1 Considerações iniciais sobre a necessidade de superação de precedentes judiciais

As mudanças, para o bem ou para o mal, são inerentes à vida em sociedade – *mudam-se os tempos, mudam-se as vontades*. Elas podem decorrer de questões culturais, políticas, econômicas, jurídicas, avanços tecnológicos, dentre outros fatores. E estas transformações devem ser captadas pelo direito, que é um fenômeno justamente ditado pelas necessidades da sociedade.

Ora, apenas mencionando um exemplo singelo, anos atrás seria impensável no Brasil pedir uma refeição por um aplicativo de celular. Quais são as implicações no campo do direito a partir desta inovação tecnológica? Leis devem ser alteradas – ou criadas – para reger as novas formas de contratação em ambiente digital? As condições de trabalho dos entregadores das refeições podem ser abarcadas pelas leis trabalhistas existentes? Qual a responsabilidade das plataformas que fazem a intermediação de entrega das refeições?

Como não poderia ser diferente, as mudanças na sociedade – e consequentemente no direito – também impactam os precedentes judiciais. Sem embargo de toda a noção de *stare decisis* girar em torno da estabilidade dos precedentes judiciais, disso não decorre uma *petrificação*²¹⁵ ou *inércia*²¹⁶ dos entendimentos dos tribunais.

Dito dessa forma, pode até soar como uma obviedade. Afinal, é difícil refutar o argumento pela necessidade de adaptação às alterações de paradigmas da sociedade – nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, as mudanças dos entendimentos das cortes “decorrem da inexorável dinâmica do direito.”²¹⁷ A possibilidade de superação de precedentes vinculantes

²¹⁴ A esse respeito, Cassio Scarpinella Bueno chama a atenção para os riscos de internalização de modelos pela mera circunstância de ser estrangeiro: “É o famoso ‘complexo de vira-lata do brasileiro’, imortalizado nas crônicas esportivas de Nelson Rodrigues, aplicado à sedizente ‘nova doutrina’ do direito processual civil.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil; parte geral do código de processo civil: volume 1. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 118).

²¹⁵ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (edit.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 535.

²¹⁶ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, prefácio.

²¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 156.

é uma realidade inerente a qualquer sistema de precedentes obrigatórios – e com o Brasil não poderia ser diferente.

Mas é preciso destacar que a questão já foi objeto de intensas controvérsias em outros ordenamentos. Nesse sentido, o caso da Inglaterra, embora exaustivamente citado pela doutrina, merece ser brevemente mencionado. A tradição deste país no trato com os precedentes tinha como uma de suas principais características um traço extremamente rígido da técnica de *stare decisis*. É dizer, os precedentes eram sempre replicados, com margem praticamente nula para superação.

Ocorre que, conforme relata Teresa Arruda Alvim²¹⁸, esta visão inflexível do *stare decisis* foi sendo objeto de muitas críticas pelos ingleses, o que resultou no famoso *Practice Statement* de 1966. Em síntese, o tribunal inglês de maior hierarquia (*House of Lords*) decretou que a versão rígida do *stare decisis* não deveria mais ser aplicada, sendo possível, portanto, que a corte se afastasse de decisões pretéritas.²¹⁹ De acordo com o texto do *Practice Statement*, seguir precedentes de forma indiscriminada poderia perpetuar injustiças e restringir o desenvolvimento do direito – por isso, afastar-se do precedente é o certo a se fazer em determinadas situações.

Interessante analogia sobre este fato histórico é feita por Neil Duxbury, que considera o *Practice Statement* como uma *estratégia de Ulisses ao reverso*.²²⁰ Em conhecido trecho da “Odisseia” de Homero, o herói Ulisses pede aos seus marinheiros que lhe amarrem no mastro

²¹⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Direito Jurisprudencial**. 1.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

²¹⁹ Pela importância histórica do documento para o estudo dos sistemas de precedentes obrigatórios, sua transcrição revela-se pertinente: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.” (UNITED KINGDOM. House of Lords. **Practice Statement**. 3 All ER 77. [1966]. July 26th, 1966). Tradução livre: “Vossas Excelências [*Lordships*] consideram o uso do precedente como uma base indispensável sob a qual decidir qual é o direito e sua aplicação a casos individuais. Proporciona ao menos algum grau de certeza no qual os indivíduos podem confiar na condução de seus assuntos, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas jurídicas. Vossas Excelências reconhecem, no entanto, que a adesão muito rígida ao precedente pode causar injustiças em algum caso específico e também restringir indevidamente o desenvolvimento apropriado do direito. Propõem, assim, modificar a sua prática atual e, ao mesmo tempo em que tratam as decisões anteriores desta corte como normalmente vinculantes, afastar-se de uma decisão anterior quando isso parecer a coisa certa a se fazer.”

²²⁰ “The Practice Statement was the Ulysses strategy in reverse. In issuing it, the House of Lords undertook an act of self-liberation [...]” (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 129). Tradução livre: “O *Practice Statement* foi a estratégia de Ulisses ao reverso. Ao emití-lo, a *House of Lords* realizou um ato de autolibertação [...]”

do navio, para que não sucumba aos irresistíveis cantos das sereias. É a famosa metáfora da autocontenção, utilizada no campo do direito sobretudo para explicar teorias constitucionais.

Mas voltando ao *Practice Statement*, a analogia seria no sentido de que a corte inglesa reconhecia a necessidade de que suas amarras fossem afrouxadas como uma saída para evitar injustiças e o engessamento do direito – daí ser uma estratégia de *Ulisses ao reverso*. Porém, e ainda refletindo a partir da analogia proposta por Duxbury, uma diferença fundamental deve ser pontuada. Na “Odisseia”, o canto das sereias deve ser evitado pois seu feitiço leva os homens a perderem o juízo e serem mortos. A superação do precedente judicial, por outro lado, deve ser encarada como algo positivo, um avanço do ordenamento.²²¹

A partir desta experiência inglesa, reforçou-se o entendimento de que o *stare decisis* não é algo inerentemente oposto à ideia da superação de precedentes (*overruling*).²²² Conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni, “o poder de *overruling* com base em circunstâncias excepcionais não descaracteriza o precedente enquanto obrigatório ou vinculante.”²²³

Superado esse obstáculo inicial (*sim, é possível superar precedentes obrigatórios*), os esforços foram direcionados para a identificação de quando e sob quais condições isso pode acontecer. O oposto da rigidez absoluta dos precedentes é a *anarquia jurisprudencial*²²⁴, algo que, como visto, também é indesejado em qualquer sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Nos próximos itens serão examinadas técnicas e ferramentas que buscam contribuir para que o fenômeno da superação de precedentes obrigatórios não colida com seus escopos de segurança jurídica, igualdade entre os jurisdicionados e eficiência.

²²¹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 287.

²²² “Indeed, overruling may serve the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principles of *stare decisis* as well as or better than preservation. The principles of overruling and *stare decisis* are not inherently opposed.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 126). Tradução livre: “De fato, a superação de precedentes (*overruling*) pode servir aos valores subjacentes ao padrão de estabilidade e aos princípios do *stare decisis* tão bem quanto ou melhor do que a preservação. Os princípios da superação de precedentes (*overruling*) e do *stare decisis* não são inerentemente opostos.”

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 993.

²²⁴ “Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não para, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento.” (LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, 1981).

4.2 Técnicas para a superação de precedentes judiciais obrigatórios

De antemão, é apropriado novamente ressaltar que boa parte das técnicas que serão examinadas a seguir são provenientes de sistemas jurídicos estrangeiros, sobretudo dos Estados Unidos. Diante das notórias diferenças entre este ordenamento e o brasileiro, bem como em vista do nosso ainda pouco maduro sistema de precedentes obrigatórios, tais técnicas serão não somente descritas, mas também submetidas a reflexões pragmáticas acerca da real possibilidade de aplicação em nosso ordenamento.²²⁵

4.2.1 Superação, revisão e cancelamento de precedentes obrigatórios

Overruling é o termo em inglês consagrado para se referir às hipóteses de superação de precedentes judiciais. *Superar*, a princípio, diz respeito à hipótese em que há a “substituição”²²⁶ de um precedente por outro – sendo o antigo precedente considerado ultrapassado²²⁷ e, portanto, não mais vinculante para casos futuros. Mais precisamente, há a superação das *razões determinantes*²²⁸ – a *ratio decidendi* que embasou a formação de um precedente revela-se como não mais adequada e disso resulta sua superação.

No direito positivo brasileiro verifica-se uma variedade de termos relacionados ao *overruling*. O CPC menciona ora “superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI), ora “alteração da tese jurídica” (art. 927, § 2º), ora “alteração de jurisprudência dominante” (art.

²²⁵ Como corretamente apontam Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior, mesmo diante de realidades distintas, reconhecer a experiência de países de tradição *common law* no manuseio e na aplicação dos precedentes é algo necessário. Advertem, porém, que “[...] não se trata de uma recepção acrítica e submissa às técnicas empregadas no ambiente anglo-saxão, o que seria incorreto metodologicamente e um desastre pragmaticamente.” (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 98).

²²⁶ “Overruling occurs when a court fully overturns an established doctrine and announces that it has done so.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 104). Tradução livre: “O *overruling* ocorre quando a corte supera completamente determinado entendimento e anuncia expressamente que o fez.”

²²⁷ “By overruling one of its precedents, the Court clearly signals an end to the applicability of the legal rule established by the precedent and replaces the old rule with one that is fundamentally different in nature.” (SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas. **The politics on the U.S. Supreme Court on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 79). Tradução livre: “Ao revogar um de seus precedentes, a corte indica claramente o fim da aplicabilidade da norma jurídica estabelecida pelo precedente e substitui a norma antiga por uma de natureza fundamentalmente diferente.”

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

927, § 3º), ora finalmente “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada” (art. 927, § 4º).²²⁹

Também em nosso ordenamento existe a menção à possibilidade de *revisão* de determinados pronunciamentos judiciais enquadrados como obrigatórios, como IRDR e súmulas vinculantes. Considerando apenas o caráter etimológico do termo, *revisar* seria algo relacionado ao reexame de algo, mas não necessariamente com sua superação.

Algo diferente se dá com a possibilidade de *cancelamento* de precedentes obrigatórios. No direito brasileiro, por exemplo, a Lei nº 11.417/2006 dispõe expressamente sobre a possibilidade de cancelamento de súmula vinculante pelo STF. Nessa hipótese, ao contrário da superação ou da revisão, não há a indicação de uma nova *ratio decidendi* em substituição à anterior, mas tão somente a exclusão do precedente obrigatório do ordenamento.

Nos Estados Unidos, por outro lado, não há notícia acerca de controvérsias terminológicas entre superação e cancelamento de precedentes, posto que o termo *overruling* acaba por abarcar ambas as situações. Um exemplo que retrata isso ocorreu com o julgamento, em junho de 2022, do caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*.²³⁰ Por meio deste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos promoveu o *overruling*²³¹ do icônico precedente *Roe v. Wade*, que reconhecia o direito à interrupção voluntária da gravidez naquele país. Mas não houve a *superação* do precedente no sentido propriamente dito de mudança de entendimento para o sentido contrário, pois a corte não passou a proibir o aborto²³², mas sim transferiu aos estados o poder de legislar sobre a matéria – podendo-se pensar em *cancelamento*

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 174. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

²³⁰ Desde já frise-se que esse caso será citado em diversas outras oportunidades nesta dissertação, em especial no tópico 4.4, em que os parâmetros utilizados para o *overruling* serão examinados. A recorrente menção a este caso se justifica não apenas por ser um julgamento recente, mas sobretudo por sua importância, que transcende o universo jurídico. Ora, trata-se do caso que promoveu o *overruling* de *Roe v. Wade*, um dos mais emblemáticos e discutidos precedentes da história da Suprema Corte dos Estados Unidos.

²³¹ Cf. a “held”, ou resumo, da decisão: “The Constitution does not confer a right to abortion; *Roe* and *Casey* are overruled; and the authority to regulate abortion is returned to the people and their elected representatives.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “A Constituição não confere o direito ao aborto; os precedentes *Roe* e *Casey* foram superados (*overruled*); e a autoridade para regular o aborto é devolvida ao povo e aos seus representantes eleitos.”

²³² Cabe apontar que, de acordo com o exposto no voto apartado (*concurring*) proferido pelo Juiz Brett Kavanaugh, há menção de que parte dos *amici curiae* que participaram do caso buscavam efetivamente que a corte fosse além e proibisse o aborto em todo o país (“should go further and hold that the Constitution outlaws abortion throughout the United States” – tradução livre: “deveria ir além e declarar que a Constituição proíbe o aborto nos Estados Unidos”), mas que isso não foi levado à cabo (“to be clear, then, the Court’s decision today does not outlaw abortion throughout the United States” – tradução livre: “para ser claro, então, a decisão de hoje da corte não proíbe o aborto nos Estados Unidos”).

do precedente que autorizava o aborto independentemente de normas estaduais, desde que respeitadas certas condições.

Em síntese, a eliminação do precedente obrigatório pela sua superação ou por seu cancelamento traz evidentemente consequências para o sistema jurídico, mas a diferença é que com o cancelamento não há a indicação expressa pela corte do novo padrão decisório a ser observado, como se dá com a superação. A revisão, por sua vez, sugere um *ajuste* no precedente, que não implica em sua superação ou cancelamento por completo.

4.2.2 Como superar precedentes obrigatórios

Tratar da forma pelas quais os precedentes são superados envolve diferentes perspectivas. Nos itens a seguir serão apresentadas algumas ferramentas para a superação, mas cabe ressaltar que a análise de “como” superar precedentes será também retomada no item 4.6 desta dissertação, a partir do exame dos instrumentos processuais que permitem que ela ocorra no ordenamento brasileiro.

4.2.2.1 *Superação explícita e implícita de precedentes obrigatórios*

A superação de um precedente judicial não é algo corriqueiro e até por isso sempre que ocorrer deve ser claramente anunciada pelas cortes, isto é, de forma *explícita*. Teresa Arruda Alvim destaca, a esse respeito, ser desejável que “as alterações de jurisprudência se deem de modo expresse, com referência explícita à posição abandonada.”²³³ A superação explícita de precedentes, para além de ser algo que contribui para a *accountability*²³⁴ do Judiciário, traz benefícios em relação a todos os escopos dos precedentes judiciais.

Primordialmente pela perspectiva da segurança jurídica, afinal comunicar de forma clara que determinado precedente deixa de ser obrigatório e outro padrão decisório se impõe protege a confiança dos jurisdicionados, contribuindo para incrementar a cognoscibilidade do direito. Saber efetivamente que um novo entendimento foi consolidado pela corte também milita a favor da igualdade entre os jurisdicionados, pois mitiga a ocorrência de decisões divergentes por motivos de desconhecimento acerca de qual é o precedente “vigente”, que deve ser aplicado. E

²³³ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 128.

²³⁴ O termo aqui é usado no sentido de *responsividade* do Poder Judiciário, ou seja, das condutas que o legitimam perante os jurisdicionados.

nesse mesmo sentido, também favorece a eficiência do sistema, visto que a tendência é que demandas com base em precedentes judiciais superados sejam manejadas em menor quantidade.

Em um ordenamento ainda em fase de adaptação aos precedentes obrigatórios como o brasileiro, a superação *explícita* de precedentes é, mais do que recomendável, um elemento essencial para o seu desenvolvimento saudável. Ao afastar seus precedentes, portanto, as cortes devem manter um *diálogo expresso*²³⁵ com os anteriores.

Todas estas cautelas se justificam porque há, na experiência de países como Estados Unidos, a possibilidade de que a superação do precedente seja *implícita*. Contudo, o fato de mesmo na realidade de um ordenamento com sistema de precedentes maduro como os Estados Unidos haver críticas²³⁶ à possibilidade de superação implícita é sugestivo que tal técnica deve ser encarada com fortes ressalvas no Brasil.

A doutrina norte-americana também faz alusão à técnica da *transformation*. Não parece haver diferenças substanciais entre este conceito e a superação implícita de precedentes.²³⁷ A definição desta técnica feita por Melvin Eisenberg²³⁸ corrobora que a *transformation* se trata de conceito umbilicalmente ligado à noção de superação implícita. Sendo assim, da mesma forma que a superação implícita, não há por ora espaço para sua utilização no sistema brasileiro de precedentes.²³⁹

²³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 607.

²³⁶ “Not surprisingly, the Court can cause confusion when it does not clarify whether it is distinguishing or implicitly overruling precedents.” (GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 35). Tradução livre: “Não surpreendentemente, a corte pode causar confusão quando não esclarece se está distinguindo ou implicitamente superando precedentes.”

²³⁷ Em sentido contrário: “De outra parte, não se pode confundir a superação implícita com a *transformation* (transformação do precedente), mesmo que nas duas hipóteses não exista manifestação de forma clara da Corte quanto à superação do precedente. Enquanto na superação implícita tem-se um novo precedente, incompatível com o anterior não expressamente revogado, na transformação o precedente é incompatível com o anterior, mas há uma tentativa de compatibilizar o alcance de ambos.” (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 122-123).

²³⁸ “Transformation occurs when a court fully overturns an established doctrine but does not announce that it has done so. [...] Since both transformation and overruling involve the full overturning of an established doctrine, the distinction between the two modes is often formal rather than substantive. In overruling, the court explicitly announces that a doctrine is being abolished; in transformation, it does not.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 133). Tradução livre: “A transformação ocorre quando um tribunal supera completamente um entendimento estabelecido, mas não anuncia que o fez. [...] Uma vez que tanto a transformação quanto a superação (*overruling*) envolvem a superação total de um entendimento, a distinção entre as duas técnicas é muitas vezes formal em vez de substantiva. Na superação, a corte anuncia explicitamente que o entendimento da corte está sendo alterado; na transformação, não o faz.”

²³⁹ Nesse sentido: “Ocorre que a *transformation* apenas dificulta o trabalho dos outros tribunais e dos jurisdicionados que enfrentam uma complexa situação em que o tribunal modifica o precedente de forma incompatível com o anterior, mas mesmo assim tenta realizar a compatibilização. Assim, tanto o *implied*

4.2.2.2 Signaling e julgamento-alerta

Outra técnica relacionada à superação de precedentes é a da sinalização (*signaling*). A bem da verdade, não se trata de um instrumento de superação de precedentes, mas sim uma ferramenta que atua como ato preparatório para tanto. Até porque, é premissa da sinalização que a corte aplique o precedente, mas – e aqui entra o real objetivo desta técnica – que haja a comunicação pelos julgadores para os jurisdicionados em geral de que o precedente não é mais *confiável*²⁴⁰ e, por isso, tende a ser superado.

Ao lado da sinalização, também é importante mencionar a técnica do julgamento-alerta.²⁴¹ De acordo com Teresa Arruda Alvim²⁴², a diferença fundamental entre tais ferramentas reside no fato de que a sinalização indica uma quase certeza de superação de precedente no futuro, ao passo que o julgamento-alerta sugere tão somente uma possibilidade de alteração. Por outro lado, Lucas Buril de Macêdo afirma que “não há diferenciação semântica ou pragmática entre o que se chama de julgamento-alerta e sinalização.”²⁴³

Daniel Mitidiero é um dos entusiastas destas técnicas, defendendo sua aplicação a fim de evitar *surpresas injustas*²⁴⁴ aos jurisdicionados. Porém, seja uma “quase certeza” ou uma “possibilidade” de superação do precedente, o fato é que jurisdicionado fica diante de um cenário de insegurança jurídica. Afinal, o precedente obrigatório será ou não superado? E quando isso irá acontecer?

overruling, como a *transformation* são técnicas que ofendem o dever de coerência, decorrente do art. 926.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 608).

²⁴⁰ “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 122). Tradução livre: “A sinalização é uma técnica pela qual um tribunal segue um precedente, mas faz uma observação de que o precedente não é mais confiável.”

²⁴¹ “O anúncio equivale a uma pronúncia de que a Corte ‘duvida’ da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e, portanto, passa ao público a mensagem de que é possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema.” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 221, 2013, p. 34).

²⁴² ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 144.

²⁴³ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 325.

²⁴⁴ “A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (*unfair surprise*) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (*signaling*) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação.” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 119).

A despeito de inexistir previsão legal para a ocorrência da sinalização ou do julgamento-alerta no direito brasileiro, há notícia de tentativas de manejo destas técnicas pelo Judiciário. Tome-se como exemplo a possível superação da súmula vinculante 31 (“É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis”), enunciado aprovado pelo STF em 2010. Em um caso posterior²⁴⁵ que envolvia discussão análoga, o Min. Luiz Fux não deixou de aplicar o entendimento sumulado, mas, como *obiter dictum*, suscitou a avaliação da corte “quanto à necessidade de anunciar uma possível – e não provável – alteração de entendimento consolidado pela súmula vinculante nº 31 na análise de casos futuros.”²⁴⁶

Este julgamento ocorreu em 2019, mas a súmula vinculante nº 31 não foi superada, em que pese a sinalização realizada. Assumindo que a sinalização foi de fato comunicada e assimilada por todos²⁴⁷, a pergunta é: qual deve ser a conduta dos jurisdicionados? Continuar confiando no entendimento sumulado ou “apostar” que a superação de fato virá? A sinalização foi efetivamente da corte como um todo ou apenas por parte de um de seus integrantes? E mesmo se a superação vier, em quais termos será formado o novo precedente? As respostas a estes questionamentos fatalmente militam contra a utilização das técnicas de sinalização e julgamento-alerta, pelo que, ao menos no momento ainda incipiente do sistema brasileiro de precedentes obrigatórios, a sua utilização não é adequada.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 651703/PR**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 28.02.2019.

²⁴⁶ Ainda de acordo com o Min. Luiz Fux: “Em razão disso é que, valendo-se da técnica jurisdicional ‘preventiva’ como forma de garantir a continuidade jurídica, deixo o alerta de que poderá ocorrer uma possível mudança no entendimento da Corte em relação ao assunto, pois não tardará para que este Tribunal se manifeste acerca das novas atividades tecnológicas que têm surgido, com o objetivo de descortinar-lhes a natureza jurídica para fins de incidência tributária.”

²⁴⁷ Como aponta Antonio do Passo Cabral, “[...] o alerta pode vir, como comumente acontece, num *obiter dictum*. O perigo é que, como o *obiter dictum* não faz parte do objeto do processo, nem sempre é exposto com clareza e frequentemente não é bem documentado.” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 221, 2013, p. 42). Para além disso, também existem os riscos de eventuais sinalizações dadas fora dos autos, algo que não é incomum de ser observado na prática do Judiciário brasileiro.

4.2.2.3 *Overriding e distinções inconsistentes*

Ao contrário da superação completa do precedente (*overruling*), mediante o *overriding* a corte limita o âmbito de incidência de determinado precedente obrigatório.²⁴⁸ O termo utilizado pela doutrina norte-americana é “estretar” (*to narrow*)²⁴⁹ a aplicação do precedente.

Na experiência norte-americana, um exemplo de *overriding* ocorreu com a revisitação do precedente *Roe v. Wade* (1973). Em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1991), ocorreu um *overriding* na medida em que a Suprema Corte, em que pese ter reafirmado o direito ao aborto, estabeleceu critérios adicionais para a prática.

Não sendo propriamente um *overruling*, esta técnica se assemelha ao conceito de *revisão* do precedente, mencionado no tópico 4.2.1. Isso porque há um ajuste no precedente, com a realização de uma *distinção consistente*.²⁵⁰ Até por isso, não se trata de ferramenta que deve ser evitada *per se* em nosso ordenamento, desde que realizado de forma clara e transparente. Inclusive, é relativamente comum pensar em cenários em que o precedente obrigatório não precisa ser totalmente superado, mas apenas ter sua incidência limitada diante de condições supervenientes.

Estas conclusões sobre a técnica das *distinções consistentes* não se aplicam, porém, no que se refere à outra ferramenta – mais ousada – da tradição norte-americana no manejo de precedentes, que são as *distinções inconsistentes*. Ao contrário da distinção consistente, que, como o próprio nome sugere, deve se amparar em fatos e argumentos juridicamente relevantes²⁵¹, a distinção inconsistente não necessariamente depende que isso aconteça.

Ora, o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios não pode “dar passos maiores que a perna”, do que se justifica que inicialmente as técnicas mais simples sejam absorvidas e efetivamente utilizadas pelas cortes para que apenas em um segundo momento as mais sofisticadas possam ser cogitadas. A avaliação pragmática não pode ser desconsiderada: seria mesmo interessante autorizar, sem qualquer lastro na lei, que as cortes façam *distinções inconsistentes* se sequer existem parâmetros bem estabelecidos – na linha do que será

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 243.

²⁴⁹ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 135.

²⁵⁰ “Consistente porque, dadas as razões do precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 244).

²⁵¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 668-690, 2018, p. 675.

examinado mais adiante – para a superação “simples” de um precedente obrigatório? A resposta é negativa.

O recurso da distinção inconsistente se assemelha, a bem da verdade, a um contexto de simples desrespeito à precedentes obrigatórios, ou seja, de fuga da incidência da *ratio decidendi*, travestida de técnica²⁵² importada do direito estrangeiro. Algo que, no mínimo, não seria produtivo em vista do escopo de eficiência dos precedentes judiciais, para não dizer de malefícios relacionados à insegurança jurídica e possível quebra de isonomia entre os jurisdicionados.²⁵³

4.2.2.4 Modulação de efeitos na superação de precedentes obrigatórios (*prospective overruling*)

Como regra geral em países de tradição *common law*, a superação de precedentes judiciais tem efeitos retroativos.²⁵⁴ Isto é, os efeitos da mudança de orientação da corte são também projetados para o passado, de forma similar com o que ocorre, na maioria das vezes, nas hipóteses de formação de precedentes.

Referindo-se ao direito norte-americano, Melvin Eisenberg explica que muito embora a retroatividade seja a regra, as cortes têm o poder de aplicar a técnica denominada de *prospective overruling*²⁵⁵, que consiste na possibilidade de se modular temporalmente a eficácia da decisão de *overruling*. Os parâmetros para que a “superação para frente” ocorra geralmente se relacionam com a necessidade de proteger a confiança dos jurisdicionados (*protection of*

²⁵² Para Lucas Buril de Macêdo, aliás, “distinção inconsistente não pode ser compreendida como uma técnica. Na verdade, trata-se da infringência dela.” (MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 295).

²⁵³ Em sentido contrário, Patrícia Perrone Campos Mello e Paula Andrade Baqueiro enxergam aspectos positivos no uso da técnica da distinção inconsistente, sobretudo para servir como um mecanismo de correção de precedentes equivocados. Trazendo exemplos concretos, as autoras afirmam: “A resistência das cortes vinculadas em cumprir um precedente que repute errado e a sistemática produção de distinções inconsistentes geram uma pressão sobre os tribunais superiores. Leva a tais tribunais uma massa de recursos, levanta novos pontos de vista, reforça argumentos em prol de uma solução diversa e pode fazer com que as cortes vinculantes revejam seu entendimento e, por conseguinte, superem seu precedente. Há, de fato, uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 668-690, 2018, p. 675).

²⁵⁴ “[...] Common law overruling is still normally made fully retroactive.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 132). Tradução livre: “A superação de precedentes no *common law* ainda é geralmente feita de forma totalmente retroativa.”

²⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 127.

justifiable reliance).²⁵⁶ Cabe notar, por oportuno, que Eisenberg reforça o caráter excepcional no manejo desta técnica, vez que sua utilização indiscriminada poderia gerar malefícios para o sistema, no limite até mesmo desestimulando a “busca” pelo *overruling*.²⁵⁷

Ao contrário de outras técnicas para a superação de precedentes examinadas nos itens anteriores – as distinções inconsistentes, por exemplo –, o *prospective overruling* não é ferramenta a ser evitada pelos operadores do sistema brasileiro de precedentes obrigatórios.

Primeiro porque o conceito de modulação dos efeitos de uma decisão judicial não é algo estranho ao sistema processual brasileiro, sobretudo a modulação temporal de decisões. Mesmo antes da edição do CPC, já havia previsões sobre a possibilidade de as cortes alterarem a eficácia temporal de determinados pronunciamentos judiciais, inclusive para enunciados de súmulas vinculantes²⁵⁸, ADI e ADC²⁵⁹, assim como para ADPF²⁶⁰ – todos estes pronunciamentos, aliás, estão inseridos no rol de precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC.

E segundo porque há expressa previsão no CPC sobre a possibilidade – não obrigatoriedade²⁶¹ – de utilização do *prospective overruling* como técnica na superação de precedentes.²⁶² A redação do dispositivo merece ser criticada pelo fato de não autorizar a

²⁵⁶ “If the reliance on the old rules is so worthy of protection that a retroactive application of the newly announced rule would be unjust, it seems equally unjust to apply that rule to the immediate transaction.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 131). Tradução livre: “Se a confiança nas regras anteriores é tão digna de proteção que uma aplicação retroativa da regra recém anunciada seria injusta, parece igualmente injusto aplicar essa regra à transação imediata.”

²⁵⁷ “[...] a regular use of pure prospective overruling would diminish the incentive to argue for overruling in future cases, because the litigating party would bear the cost of the litigation but would not benefit from its results.” (EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 131). Tradução livre: “[...] a utilização constante da revogação prospectiva pura diminuiria o incentivo para pleitear a superação em casos futuros, porque a parte litigante arcaria com o custo do litígio, mas não se beneficiaria de seus resultados.”

²⁵⁸ Lei n° 11.417/2006, art. 4°.

²⁵⁹ Lei n° 9.868/1999, art. 27.

²⁶⁰ Lei n° 9.882/1999, art. 11.

²⁶¹ A esse respeito, vale mencionar um exemplo de julgado em que a corte - o STF, no caso - negou a modulação automática dos efeitos de decisão de superação de precedente. Trata-se do caso envolvendo restituição de ICMS na modalidade substituição tributária, em que o Min. Edson Fachin expressou que a modulação dos efeitos “se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente (*prospective overruling*).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 593.849/MG**. Relator Min. Edson Fachin, DJe 08.11.2017).

²⁶² “Art. 927 [...] § 3° 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.” Confirmando a tendência de permitir a modulação no ordenamento brasileiro, após a edição do CPC também cabe mencionar as alterações incluídas em 2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto n° 4.657/42), em especial o artigo 23, que passou a prever o seguinte: “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.”

possibilidade de modulação para a superação de quaisquer precedentes obrigatórios, mas entende-se ser mais acertado considerar o caráter amplo do âmbito de incidência da regra – na prática, isso significaria que até mesmo a superação de precedentes obrigatórios por tribunais intermediários poderia se dar mediante técnicas de modulação.²⁶³

Importante salientar que apenas a dicotomia *ex tunc* e *ex nunc* não esgota todas as possibilidades de modulação temporal de efeitos na superação de precedentes judiciais. Nesse sentido, a doutrina²⁶⁴ menciona cinco diferentes modalidades de modulação: (i) a *aplicação retroativa pura*, com o novo entendimento abrangendo até mesmo decisões transitadas em julgado; (ii) a *aplicação retroativa clássica*, com a aplicação do novo precedente exceto aos casos transitados em julgado; (iii) a *aplicação prospectiva pura*, com incidência do novo precedente apenas aos fatos posteriores e sem aplicação aos litigantes; (iv) a *aplicação prospectiva clássica*, pela aplicação apenas aos fatos novos, mas com exceção das partes do caso concreto; e (v), finalmente, a *aplicação prospectiva a termo*, com a fixação de data futura para que o novo precedente tenha eficácia.

Superada a discussão acerca da possibilidade de manejo da técnica do *prospective overruling* no Brasil, as maiores controvérsias consistem na definição de *quando* deve haver modulação.²⁶⁵ Como exemplo de aplicação da técnica em questão, cabe citar julgado do STJ envolvendo discussão sobre cobertura de seguro de vida no caso de suicídio. Em suma, a esposa do falecido ajuizou ação contra a seguradora e obteve sentença favorável – decisão que tinha lastro na jurisprudência do STJ sobre o assunto. Ocorre que posteriormente sobreveio mudança de entendimento do tribunal, para considerar que o suicídio seria risco não coberto. Foi sob a “vigência” deste novo entendimento que o caso concreto chegou no STJ e pelo contexto

²⁶³ Cf. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56.

²⁶⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 619.

²⁶⁵ Embora não seja escopo deste trabalho a análise dos requisitos para a modulação temporal na superação de precedentes judiciais, cumpre mencionar a posição de Teresa Arruda Alvim, que alude à existência de quatro principais critérios. O primeiro indica que deve haver modulação para proteger a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior. O segundo sugere que a modulação tende a ocorrer em situação em que o ambiente decisional seja rígido – direito tributário, por exemplo. Já o terceiro trata de que eventual modulação deve considerar a possibilidade de prejuízo a particulares em ações que envolvam o Estado – novamente o exemplo do direito tributário é o mais eloquente. E finalmente, como quarto critério, a modulação pode ocorrer em hipóteses de “ações com características especiais”, sobretudo casos que coloquem em prática uma nova política – muitas vezes mediante técnicas do chamado processo estrutural – e que, portanto, não necessitam de efeito retroativo. (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 157-188).

envolvido – mudança de jurisprudência após o ajuizamento da ação – a decisão foi no sentido de aplicar o entendimento anterior, como forma de proteção da segurança jurídica.²⁶⁶

4.3 Sobre quais cortes podem superar precedentes judiciais obrigatórios

Examinadas as técnicas para a superação de precedentes – muitas delas oriundas de experiências de ordenamentos estrangeiros e com controversa absorção em nosso sistema – passa-se ao exame relacionado a *quais* cortes²⁶⁷ podem superar precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3.1 Superação do precedente pela própria corte que o formou

Embora seja certo que existam diferenças nas atividades jurisdicionais de formar e de superar precedentes judiciais, algumas semelhanças são evidentes. Ao *superar* um precedente, a corte está, ao fim e ao cabo, também *formando* um novo precedente. Por isso que a forma tradicional de superação de um precedente é por meio de uma nova decisão da própria corte que havia formado o anterior.

Os precedentes obrigatórios, como visto, tendem a perdurar no tempo – a regra é sua aplicação em casos posteriores e a exceção, sua superação. Até por isso, e também por uma perspectiva de eficiência dos trabalhos do Judiciário, é razoável supor que as cortes não devem ficar constantemente reanalisando seus próprios precedentes. Mas a fim de evitar o risco de engessamento do direito, é essencial que existam alternativas jurídicas para que a própria corte que formou o precedente possa superá-lo, ponderando a partir de determinados parâmetros se o possível *overruling* deve ocorrer. A esse respeito, mais adiante neste trabalho serão

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.721.716/PR**. Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe 10.12.2019. Conforme se extrai da ementa do julgado: “5. 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. 6. Na hipótese, é 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.”

²⁶⁷ Destaque-se que o recorte deste tópico refere-se aos órgãos do Poder Judiciário que podem superar precedentes obrigatórios. A possibilidade de superação de precedentes pelo Poder Legislativo, embora não seja tema central deste trabalho, será mencionada no item 4.4.2.1. Por sua vez, não fazem parte do escopo deste trabalho outras questões controversas, como a possibilidade de que haja a superação – ou afastamento para situações concretas – de precedentes obrigatórios em litígios judiciais com base no art. 190 do CPC ou em procedimentos arbitrais.

examinados alguns instrumentos processuais que procuram viabilizar a superação de precedentes no ordenamento brasileiro pela própria corte que o formou.

4.3.2 Superação do precedente por corte inferior (*anticipatory overruling*)

Da experiência de ordenamentos estrangeiros depreende-se a possibilidade de a superação do precedente ser realizada por cortes inferiores a que o formou. O chamado *anticipatory overruling* ocorre, nesse sentido, como uma forma preventiva de superação do precedente pelas cortes inferiores para determinado caso concreto, em cenário no qual o precedente obrigatório, apesar de ainda vigente, apresenta-se como desgastado. É, pois, por isso que José Rogério Cruz e Tucci menciona que esta técnica configura “uma espécie de delegação tácita de poder [da corte superior para a inferior] para proceder-se ao *overruling*.”²⁶⁸

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, além do desgaste do precedente e da sinalização de “novas tendências” em decisões análogas da corte superior, o *anticipatory overruling* também se justificaria na hipótese em que houvesse “a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.”²⁶⁹ Por sua vez, Lucas Buril de Macêdo afirma que o ônus argumentativo para a antecipação da superação de um precedente seria “ainda maior” do que o que se apresenta para a superação.²⁷⁰ Porém, não há como deixar de ponderar as dificuldades práticas para que essa gradação de incidência do ônus argumentativo se verifique.

A despeito do interesse da doutrina brasileira por esta técnica – que é utilizada com certa frequência em tribunais dos Estados Unidos²⁷¹ –, não há previsão legal para o *anticipatory overruling* em nosso sistema de precedentes.²⁷² Na realidade, eventual aplicação desta técnica

²⁶⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 113.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 994.

²⁷⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 330.

²⁷¹ Para melhor entendimento, inclusive com exemplos de casos julgados por cortes intermediárias norte-americanas utilizando a técnica do *anticipatory overruling*, ver: MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 327-330.

²⁷² Há quem entenda de forma contrária, considerando que o art. 489, § 1º, VI, do CPC (“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”) autoriza que juízes e tribunais inferiores antecipem a superação do precedente (cf. JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 127). Contudo, não parece ser a melhor leitura do dispositivo, que, na realidade, busca impor que juízes somente deixem

não parece coincidir com os escopos dos precedentes judiciais, pelo evidente risco de insegurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados, pelo que seu uso somente se justificaria em situações muito excepcionais de precedentes desgastados.

Apenas como exemplo hipotético sobre o risco de utilização indiscriminada desta técnica, pense-se em situação em que, diante de um precedente obrigatório do STJ, determinados tribunais estaduais promovam o *anticipatory overruling*, mas outros não – em tal cenário, praticamente todos os comandos do art. 926 do CPC (uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência) seriam fragilizados.²⁷³

Com efeito, a impossibilidade de as cortes inferiores superarem precedentes obrigatórios não impede a manifestação de discordância em relação ao seu conteúdo. Assim, mesmo aplicando o precedente obrigatório (em respeito ao determinado pelo art. 927 do CPC, frise-se), a corte pode fazer constar expressamente sua posição a favor da superação do precedente obrigatório.²⁷⁴ Trata-se da utilização da chamada ressalva de entendimento, técnica que acaba por contribuir para apurar o desgaste do precedente e, conseqüentemente, a necessidade de sua superação.

4.3.3 Peculiaridade brasileira: superação do precedente por corte “não inferior”?

O sistema brasileiro de precedentes, com suas particularidades e constantes adaptações, traz duas situações relacionadas ao questionamento sobre quem pode superar precedentes que

de aplicar precedente obrigatório invocado pela parte quando demonstrado que referido precedente foi superado. A não aplicação do precedente obrigatório precisa ser justificada, o que pode se dar com a realização do *distinguishing* (por qualquer juiz) ou pela *demonstração* de que o precedente está superado (cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 427). Ou seja, não se trata de uma autorização para a superação de precedentes obrigatórios por qualquer juiz ou tribunal intermediário, o que teria potencial para fazer ruir a ainda frágil estrutura do sistema de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento.

²⁷³ Pela análise de julgados do TJSP, vislumbra-se a possibilidade de que o *anticipatory overruling* possa ocorrer. Em determinado caso concreto, diante de pedido de superação de precedente formado pelo STJ em recurso repetitivo (art. 927, III, do CPC) envolvendo taxas de loteamento, a corte paulista consignou o seguinte: “[...] Permanecendo estável a aplicação da tese jurídica fixada em recurso especial repetitivo, este Tribunal e os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário não se encontram autorizados a aplicar a superação antecipada do precedente (“*anticipatory overruling*”), porquanto não há indicação pela Corte Superior de modificação de seu posicionamento.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1010424-55.2019.8.26.0152**. 6ª Câmara do Direito Privado. Relator Des. Vito Guglielmi, DJe 24.05.2021). A *contrario sensu*, tem-se que se houvesse alguma “indicação” do STJ acerca de modificação do precedente obrigatório em questão o TJSP estaria autorizado a promover o *anticipatory overruling*.

²⁷⁴ “A melhor solução para o juiz que não se conforma com o precedente será sempre aplicar o precedente com a ressalva do entendimento pessoal, o que também permitirá o recurso da parte vencida.” (ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, p. 338).

merecem ser mencionadas, ambas relacionadas à alteração do precedente por outro tribunal, mas não uma corte inferior, como no caso do *anticipatory overruling*.

A primeira situação envolve formação de precedente por corte intermediária, posteriormente objeto de recurso aos tribunais superiores. Como exemplo, o art. 987 do CPC autoriza a interposição de recurso extraordinário ou especial contra acórdão proferido em IRDR julgado por determinado tribunal intermediário²⁷⁵ (precedente obrigatório, conforme art. 927, III, do CPC). Trata-se de previsão relevante, que permite a reavaliação da tese pela corte superior e, ao mesmo tempo, a uniformização em nível nacional do precedente.²⁷⁶

Com efeito, ainda com base no exemplo apresentado, na hipótese de o STJ²⁷⁷ acatar o recurso interposto e reverter o entendimento assentado no IRDR pela corte intermediária, cabe questionar se a hipótese seria mesmo de superação de precedente obrigatório. Em termos práticos, para os jurisdicionados (e também juízes) “vinculados” à corte intermediária (o TJSP, por exemplo), a decisão do STJ seria efetivamente uma superação do precedente – um “*overruling*” atípico, sem dúvida. Por outro lado, a decisão do STJ tem abrangência nacional e, portanto, os “demais” jurisdicionados também passariam a ter que observar a nova tese – para estes, talvez faça sentido pensar que houve a *formação* de um precedente pelo STJ, e não a superação.²⁷⁸

A segunda circunstância que merece ser citada é de precedentes obrigatórios formados no âmbito do STJ e posteriormente questionados perante o STF. Existem, nesse sentido, diversos recursos extraordinários interpostos contra acórdãos de recursos especiais repetitivos (precedente obrigatório, nos termos do art. 927, III, do CPC) pendentes de julgamento. Pela abrangência nacional de ambas as cortes, para essa hipótese parece haver mais argumentos pela ocorrência de superação do precedente, caso o STF altere a posição firmada pelo STJ.

Mas esta também seria uma forma de superação atípica, semelhante com a formação de precedentes no sentido de que à corte que promove a superação não cabe fazer um juízo acerca dos parâmetros para a ocorrência do *overruling*. Recebido e devidamente processado o feito,

²⁷⁵ Argumentando pela inconstitucionalidade da possibilidade de interposição de recursos extraordinário ou especial contra decisão de corte intermediária em IRDR, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 532-534.

²⁷⁶ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 270.

²⁷⁷ De acordo com previsão do RISTJ, os recursos especiais oriundos de IRDR são processados pelo rito dos recursos repetitivos.

²⁷⁸ Nos limites propostos neste trabalho não há espaço para reflexões mais profundas sobre o assunto, mas cabe pontuar que não se trata de controvérsia meramente semântica. Considerar que o precedente é formado ou é superado pelo STJ teria implicações práticas, até mesmo em vista da existência de parâmetros e dispositivos diferentes para estas atividades jurisdicionais.

cabe ao STF julgar o caso, sem necessidade de ponderar parâmetros afeitos à lógica do *overruling*, como necessidade de evolução do direito.

4.4 Quando superar precedentes judiciais: em busca de parâmetros para a superação de precedentes

No que tange à *formação* de precedentes obrigatórios no sistema brasileiro, observou-se no capítulo anterior que a discricionariedade das cortes para definir *quando* formar precedentes é relativamente limitada. Isso porque, dado que os pronunciamentos judiciais aptos a formar precedentes obrigatórios são aqueles previstos no art. 927 do CPC, a tendência natural com o “julgamento”²⁷⁹ é a formação do precedente obrigatório. Isso até para, como visto, evitar um cenário de insegurança jurídica em que juízes e cortes de casos posteriores pudessem ter a prerrogativa de dizer o que é ou não precedente obrigatório.

Algo diferente ocorre com a superação de precedentes. Embora seja, a rigor, um ato de *formação* de novo precedente, existem peculiaridades entre as atividades jurisdicionais. Talvez a mais notória seja relacionada à definição de *quando* superar um precedente obrigatório. Ao contrário da formação de precedentes, a possibilidade de superação envolve um juízo mais discricionário dos tribunais. Porém, isso não significa que os jurisdicionados devem ficar pura e simplesmente à mercê do Judiciário, pelo que se justifica o estudo sobre parâmetros para autorizar – e também refutar – a superação de precedentes obrigatórios.

Até porque, é importante pela perspectiva dos jurisdicionados saber quais são os parâmetros que serão utilizados pelas cortes para a superação de precedentes, pois assim podem direcionar de forma adequada seus argumentos a favor – ou também contra – o *overruling*.

Isso posto, em linhas gerais, a doutrina faz referência a situações em que o precedente passa a deixar de corresponder aos *padrões de congruência social* como justificativa para o *overruling*.²⁸⁰ Em que pese o esforço da doutrina em definir estes conceitos, há reconhecimento da dificuldade na compreensão dos motivos que podem oportunizar a revogação de precedentes obrigatórios.²⁸¹ Em uma sociedade cada vez mais dividida como a atual, torna-se missão difícil

²⁷⁹ As aspas se justificam porque dentre as hipóteses do art. 927 do CPC incluem-se enunciados de súmula, os quais para a edição não decorrem propriamente de *julgamentos* pelas cortes.

²⁸⁰ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 104.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 994.

identificar padrões até mesmo em temas como direitos humanos ou meio ambiente, supostamente mais afeitos à consensos gerais.

Como a legislação processual brasileira também não traz indicativos sobre as condições que devem se fazer presentes para a superação de precedentes obrigatórios²⁸², a tarefa recairá ao Judiciário – mediante a formação de precedentes que poderão nortear as futuras tarefas das cortes para a superação de precedentes.

Nesse sentido, a Corte Especial do STJ, no Tema Repetitivo 677²⁸³, irá se debruçar sobre a possibilidade de superação de precedente obrigatório anteriormente formado pelo tribunal, relativo à discussão sobre se o depósito judicial do montante (integral ou parcial) da condenação extingue a obrigação do devedor, nos limites da quantia depositada. Mais importante do que a discussão de mérito em si, interessa para este trabalho a manifestação do Min. Luis Felipe Salomão no início do julgamento (em julho de 2022, ainda não finalizado) no sentido de que “o *overruling* precisa de alguns requisitos objetivos”, ou seja, “é preciso saber quando se aplica o *overruling*”. Por isso, ainda de acordo com o Min. Salomão, seria importante “estabelecer [...] requisitos objetivos para o reexame de teses que estejam consolidadas.”²⁸⁴

Após esta manifestação, a relatora do caso, Min. Nancy Andrichi, pediu vista dos autos, cujo julgamento será retomado oportunamente, com a expectativa de importantes impactos – provavelmente não vinculantes, pois as manifestações sobre *overruling* tendem a vir em *obiter dictum* – na definição de critérios para a superação de precedentes obrigatórios.

Não é demais ressaltar que, para os jurisdicionados, tanto o cenário de mudanças constantes dos precedentes como o de engessamento podem ser ruins, pelo que a existência de critérios que sugerem a possibilidade de superação de precedentes obrigatórios é medida positiva. Daí que se abstrai a importância de examinar os parâmetros para a superação de precedente, destacando, desde já, que mesmo a identificação destes não é a panaceia para solucionar todas as controvérsias relacionadas a quando superar precedentes, na medida em que

²⁸² A bem verdade, há previsão na legislação trabalhista (Consolidação das Leis Trabalhistas [CLT], art. 896-C, § 17) de que a superação de precedentes deve se dar quando houver alteração da situação econômica, social ou jurídica. Mas os mesmos desafios se fazem presentes, na medida em que há baixa densidade normativa nesta previsão.

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.820.963/SP**. Julgamento não finalizado.

²⁸⁴ Corte Especial - STJ - 30/03/2022. [Brasil: s. n.], 2022. 1 vídeo (265 min). [Live]. Publicado pelo canal Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DC4nVj2W10w>. Acesso em: 05 jul. 2022.

também se faz necessário um exame sobre o *método*²⁸⁵ com que estes parâmetros devem ser aplicados.

A seguir neste tópico, serão expostos parâmetros extraídos de importante decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos e, após, serão delineados outros possíveis parâmetros que podem (ou não) ser recepcionados no sistema brasileiro para que uma corte supere seus próprios precedentes.

4.4.1 A experiência norte-americana: o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* e os parâmetros para a superação de *Roe v. Wade*

Seria utópico pensar na possibilidade de estabelecer parâmetros estritamente objetivos para a superação de precedentes. Como destacado, mais do que na formação de precedentes, as hipóteses de superação envolvem maior grau de discricionariedade das cortes – o que não pode se confundir, obviamente, com aleatoriedade e autoritarismo.²⁸⁶

É por isso que a busca de critérios que devem ser observados pelas cortes ao quebrar a regra dos precedentes obrigatórios se revela imprescindível. Os integrantes dos tribunais que podem superar precedentes são humanos falíveis, suscetíveis a influências morais, políticas, econômicas etc., e a imposição de parâmetros para a superação dos precedentes obrigatórios atua justamente para reduzir esta zona de incerteza.

Como exemplo da utilização de parâmetros que justificariam a superação, novamente será mencionado o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Como assinalado,

²⁸⁵ No sentido de, por exemplo, quais parâmetros devem ter um peso maior na decisão de superação dos precedentes. Este é um tema igualmente interessante e árido, mas que não faz parte do escopo desta dissertação. Inclusive, é um assunto recorrentemente debatido nos Estados Unidos, em que pese a grande tradição deste ordenamento no trato com precedentes. Tome-se como exemplo a seguinte crítica exposta na decisão do caso *Ramos v. Louisiana* (2019), ocasião em que a corte revogou precedente anterior relacionado a questões sobre quórum em condenações por júri: “The Court has articulated and applied those various individual factors without establishing any consistent methodology or roadmap for how to analyze all of the factors taken together.” Tradução livre: “A corte articulou e aplicou esses vários fatores individuais sem estabelecer qualquer metodologia ou roteiro consistentes para a análise de todos os fatores tomados em conjunto.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Ramos v. Louisiana**. 590 U.S. (2020). June 20th, 2020).

²⁸⁶ Por óbvio, existem diversos “atalhos” que permitem a superação de precedentes por métodos não republicanos. Como indica o professor norte-americano Michael Gerhardt, são várias as possibilidades nesse sentido, que podem envolver “congressional modification of the Court’s jurisdiction, the President’s power to nominate Justices who might agree with her criticisms of certain precedents, the Senate’s power to advise and consent to judicial nominations, and impeachment.” (GERHARDT, Michael. The role of precedent in constitutional decision-making and theory. **George Washington Law Review**, Washington, DC, v. 60, 1991, p. 72). Tradução livre: “[podem envolver] alterações legislativas sobre a competência da corte, o poder do(a) Presidente de nomear juízes [Justices] que possam concordar com suas críticas a certos precedentes, o poder do Senado de informar e consentir a nomeações judiciais e de poder realizar o *impeachment* de juízes [Justices].”

embora recente, este caso tende a ser *leading case* no que se refere à superação de precedentes, pelo que qualquer estudo sobre o tema que o desconsidere estará fadado à incompletude.

Em síntese, o caso teve origem com a edição de lei pelo estado norte-americano do Mississippi restringindo a possibilidade de realização de aborto.²⁸⁷ A norma foi questionada judicialmente, sob o argumento de que violava o precedente formado em 1973, em *Roe v. Wade*, posteriormente reafirmado em 1991 em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*. Após decisões das cortes inferiores aplicando os precedentes, o caso chegou à Suprema Corte. O resultado final no julgamento, conforme já mencionado, foi pelo *overruling* dos antigos precedentes, que consideravam o direito à realização do aborto em certas condições como componente do direito à privacidade das mulheres.

Cumprir destacar que apesar de o caso envolver assunto que escapa dos limites estritamente jurídicos – tangenciando delicadas questões morais e políticas –, seu exame se justifica para refletir se os parâmetros para a superação foram considerados no esforço para quebrar a regra do *stare decisis* ou se serviram apenas como argumento *pro forma*, para alegadamente justificar uma decisão que na realidade já estava tomada.²⁸⁸ Importante que se deixe bem claro que este trabalho não se propõe a avaliar criticamente se o *overruling* promovido em *Dobbs* foi ou não correto. A finalidade é tão somente refletir se os parâmetros elencados para a superação foram preenchidos²⁸⁹ e, mais importante para o propósito desta dissertação, se podem ser recepcionados no sistema brasileiro de precedentes.

²⁸⁷ Conforme o texto da norma: “Except in a medical emergency or in the case of a severe fetal abnormality, a person shall not intentionally or knowingly perform [...] or induce an abortion of an unborn human being if the probable gestational age of the unborn human being has been determined to be greater than fifteen (15) weeks.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “Exceto em uma emergência médica ou no caso de uma anomalia fetal grave, uma pessoa não deve intencional ou conscientemente realizar [...] ou induzir um aborto de um ser humano não nascido se a idade gestacional provável do ser humano não nascido tiver sido determinada como sendo superior a 15 (quinze) semanas.”

²⁸⁸ Aliás, foi nesse sentido uma forte crítica exposta no voto divergente (*dissenting*) do caso, elaborado pelas Juízas Sonia Sotomayor e Elena Kagan e pelo Juiz Stephen Breyer: “The majority has overruled *Roe* and *Casey* for one and only one reason: because it has always despised them, and now it has the votes to discard them.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “A maioria superou *Roe* e *Casey* por uma única razão: porque sempre os desprezou, e agora tem os votos para descartá-los.”

²⁸⁹ Nesse sentido, as diversas citações de trechos dos votos no caso buscam tão somente contribuir para a compreensão da observância ou não dos parâmetros para o *overruling*.

Tal como destacado no referido caso, superar um precedente é sempre uma questão séria (“*serious matter*”²⁹⁰), pelo que um arcabouço mínimo de parâmetros que dê suporte aos julgadores é medida necessária.

Isso posto, nos itens a seguir serão examinados os cinco parâmetros elencados pela Suprema Corte norte-americana neste caso como fatores que devem ser considerados na decisão sobre quando um precedente deve ser superado (*when a precedent should be overruled*), quais sejam: (i) eventuais erros na formação do precedente (*Court's error*); (ii) qualidade da argumentação (*reasoning*) do precedente; (iii) dificuldades na aplicabilidade prática do precedente (*workability*); (iv) efeitos do precedente em outras áreas do direito (*effect on other areas of law*) e consistência com outras decisões; e (v) proteção da confiança (*reliance interests*) dos jurisdicionados.²⁹¹

4.4.1.1 Precedente equivocado (*Court's error*)

O primeiro parâmetro elencado em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* como fator que justificaria a superação do precedente sobre direito ao aborto é que teria havido um erro da corte na formação de *Roe v. Wade*.

Explicar no que exatamente consiste esse “vício de origem” é um exercício complexo e que invariavelmente resvala no subjetivismo que deveria ser evitado com a imposição de

²⁹⁰ O trecho completo: “No Justice of this Court has ever argued that the Court should never overrule a constitutional decision, but overruling a precedent is a serious matter. It is not a step that should be taken lightly. Our cases have attempted to provide a framework for deciding when a precedent should be overruled, and they have identified factors that should be considered in making such a decision.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “Nenhum juiz [*Justice*] desta corte jamais argumentou que a corte nunca deveria superar um precedente sobre questão constitucional, mas superar um precedente é uma questão séria. Não é um passo que deveria ser dado levemente. Nossos casos tentaram fornecer uma estrutura para decidir quando um precedente deve ser superado, e eles identificaram fatores que deveriam ser considerados na tomada de tal decisão.”

²⁹¹ Cumpre destacar, como seria previsível tratando-se de um ordenamento com grande experiência no trato com precedentes, que existem outras decisões da Suprema Corte norte-americana que lidam com a questão dos parâmetros para o *overruling*. A título exemplificativo, há a decisão no caso *Janus v. State, County, and Municipal Employees* (2017), em que a corte promoveu o *overruling* de precedente envolvendo pagamento obrigatório de verbas sindicais, elencando parâmetros semelhantes com os utilizados no caso *Dobbs*, a saber: déficit de qualidade do precedente, dificuldades na aplicação prática do precedente (*workability*), inexistência de necessidade de proteção da confiança (*reliance interests*), bem como a ideia de evolução do direito. Porém, conforme destacado, a escolha por *Dobbs* neste trabalho se justifica pelo fato de ser um caso mais recente e com maior potencial de repercussão.

critérios mais “aferíveis”. Para que seja um parâmetro válido, o erro deve ser crasso, algo cuja perpetuação nitidamente causará injustiças.²⁹²

Como indicado em outra decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁹³, não basta a decisão anterior ser apenas errada; deve ser gravemente (*grievously*) e notoriamente (*egregiously*) errada. E existem exemplos históricos de erros monumentais na formação de precedentes. Bastante citado é o caso *Plessy v. Ferguson*, assentado em 1896 que permitia a segregação racial em escolas sob o argumento de “separate but equal”, e que somente foi revogado em 1954, no famoso caso *Brown v. Board of Education*.²⁹⁴

Em *Dobbs*, porém, não houve qualquer detalhamento acerca dos motivos pelos quais a corte entendeu que os precedentes originais estavam errados. À parte argumentos retóricos²⁹⁵, não houve a indicação clara e inequívoca de erros crassos nos precedentes que estavam sendo superados. Na realidade, a linha de argumentação sobre eventual erro tem mais relação com posições pessoais de parte dos juízes sobre o papel da corte²⁹⁶ do que com a indicação de equívocos que justificariam o *overruling*.

Diante disso, sugere-se a necessidade de considerar a incidência de erro no precedente judicial a ser superado como um parâmetro pouco útil, exceto situações muito excepcionais – como aquele identificado em *Plessy v. Ferguson*. Trata-se de parâmetro que pode dar azo a

²⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, pp. 256-257.

²⁹³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Ramos v. Louisiana**. 590 U.S. (2020). June 20th, 2020.

²⁹⁴ “For example, in *Brown v. Board of Education*, the U.S. Supreme Court declined to apply the on-point precedent of *Plessy v. Ferguson*, partly because *Plessy*’s premises had proved wrong in the intervening years. The Court declined to turn the clock back...to 1896 when [*Plessy*] was written...[and instead] consider[ed] public education in the light of its full development and its present place in American life.” (GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 177). Tradução livre: “Por exemplo, em *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte norte-americana se recusou a aplicar o pertinente precedente de *Plessy v. Ferguson*, em parte porque as premissas de *Plessy* se mostraram erradas nos anos subsequentes. A corte se recusou a voltar no tempo...para 1896, quando [o precedente *Plessy*] foi estabelecido...[e em vez disso] considerar[am] a educação pública à luz de seu pleno desenvolvimento e seu lugar atual na vida norte-americana.”

²⁹⁵ “*Roe* was egregiously wrong from the start. [...] *Roe* was on a collision course with the Constitution from the day it was decided.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “*Roe* estava flagrantemente errado desde o início. [...] *Roe* estava em rota de colisão com a Constituição desde o dia em que foi decidido.”

²⁹⁶ Conforme se pode abstrair de trecho do voto (*concurring*) do Juiz Brett Kavanaugh: “By taking sides on a difficult and contentious issue on which the Constitution is neutral, *Roe* overreached and exceeded this Court’s constitutional authority; gravely distorted the Nation’s understanding of this Court’s proper constitutional role; [...]” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “Ao tomar partido sobre uma questão difícil e controversa sobre a qual a Constituição é neutra, *Roe* ultrapassou e excedeu a autoridade constitucional desta corte; distorceu gravemente o entendimento da Nação sobre o papel constitucional adequado desta corte; [...]”

interpretações de ocasião das cortes²⁹⁷, pelo que deve ser um critério para a superação de precedentes obrigatórios a ser utilizado com muita parcimônia e responsabilidade pelas cortes brasileiras.

4.4.1.2 *Questionamento sobre a qualidade da argumentação do precedente (quality of reasoning)*

O segundo parâmetro indicado no caso *Dobbs* como fator a ser ponderado para a superação de precedentes diz respeito à qualidade da argumentação (*quality of the reasoning*) do precedente. Assim, um precedente com fundamentação deficiente seria mais propenso a ser superado²⁹⁸, ao passo que a regra do *stare decisis* seria mais rígida na hipótese daqueles com linha de raciocínio solidamente justificada.

Uma interessante discussão decorre do exame de como foi formado o precedente em termos de concordância dos julgadores. A princípio, aqueles formados por unanimidade poderiam ser encarados como de maior qualidade – afinal, todos os membros da corte aderiram ao entendimento vencedor. Nesse sentido, Bryan Garner afirma, tomando o caso *Brown v. Board of Education* como exemplo, que a unanimidade confere uma autoridade moral ao precedente.²⁹⁹ De fato, um precedente com votação apertada dá margem a constantes especulações sobre sua superação, mas, por outro lado, há que se ponderar que a existência de votos divergentes é indício de que todas as posições, mesmo as que restaram vencidas, foram consideradas pela corte³⁰⁰ e, portanto, a superação do precedente não se justificaria.

Retornando ao caso *Dobbs*, de acordo com a decisão, a fraqueza da argumentação em *Roe* seria bem conhecida.³⁰¹ Ao contrário da sugestão do *erro* no precedente, a indicação sobre

²⁹⁷ “Nem sempre é fácil separar-se a correção de erro da mudança de opinião.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 128).

²⁹⁸ MURRILL, Brandon J. The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent. **Congressional Research Service**, Washington, D.C., v. 3, p. 1-54, 2018, p. 12.

²⁹⁹ GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 184.

³⁰⁰ “[...] Judges have noted that a divided court and a vigorous dissent signal that all issues were carefully considered in the prior case.” (GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 192). Tradução livre: “Os juízes observaram que um tribunal dividido e um voto vencido consistente sinalizam que todas as questões foram cuidadosamente consideradas no caso anterior.”

³⁰¹ No original: “the weaknesses in *Roe*’s reasoning are well-known.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “as fraquezas no raciocínio de *Roe* são bem conhecidas”.

eventual déficit de qualidade foi mais densa³⁰² – ressalte-se novamente que não será objeto de juízo de valor nesta dissertação o mérito destes argumentos –, inclusive com a indicação de críticas da doutrina³⁰³ ao precedente anterior.

Com efeito, o exame sobre a qualidade da argumentação é um elemento importante para a decisão sobre se um precedente deve ser superado. Mesmo com a ausência de estudos empíricos, parece pouco questionável que um precedente obrigatório formado de modo açodado, sem a participação dos jurisdicionados e com fundamentação deficiente, tende a ser superado mais facilmente.

Mas é de se considerar que a discussão sobre a qualidade da argumentação não é apenas estática, isto é, um olhar distante para o precedente formado no passado. Explica-se: reflexões sobre a qualidade do precedente invariavelmente envolvem análises sobre as mudanças na sociedade (culturais, econômicas, políticas etc.). É por isso que, de volta ao caso *Dobbs*, grande parte dos argumentos do voto divergente para refutar as críticas à qualidade da argumentação (*quality of the reasoning*) do precedente formado em *Roe v. Wade* pautaram-se na ideia de que não houve substancial alteração nos padrões da sociedade que justificassem o *overruling*.³⁰⁴

De toda forma, o fato de o parâmetro ser subjetivo não significa que é imprestável para a consideração acerca de quando superar precedentes. Pelo contrário, a ideia de mudanças na sociedade é na realidade o maior catalisador para a superação de precedentes. Assim, o elemento qualidade da argumentação do precedente deve certamente ser colocado na equação da superação para os tribunais brasileiros, mas com todas as cautelas para que não se preste a entendimentos casuísticos e meramente pessoais dos integrantes das cortes.

³⁰² Vale destacar que as críticas passaram até mesmo por questões relacionadas ao formato da decisão: “The scheme *Roe* produced looked like legislation, and the Court provided the sort of explanation that might be expected from a legislative body.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “O esquema que *Roe* produziu parecia legislação, e a corte forneceu o tipo de explicação que se poderia esperar de um órgão legislativo.”

³⁰³ “[...] *Roe*’s reasoning was exceedingly weak, and academic commentators, including those who agreed with the decision as a matter of policy, were unsparing in their criticism.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “[...] o raciocínio de *Roe* foi excessivamente fraco, e a doutrina, incluindo aquela que concorda com a decisão como uma matéria de política, foram implacáveis em suas críticas.”

³⁰⁴ “[...] No subsequent factual developments have undermined *Roe* and *Casey*. [...] The only notable change we can see since *Roe* and *Casey* cuts in favor of adhering to precedent: it is that American abortion law has become more and more aligned with other nations.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “[...] Nenhuma alteração fática subsequente prejudicou *Roe* e *Casey*. [...] A única mudança notável que podemos perceber desde *Roe* e *Casey* é a favor da adesão ao precedente: é que o direito norte-americano sobre o aborto se tornou cada vez mais alinhado com outras nações.”

No caso do Brasil, é também importante salientar, conforme visto no capítulo anterior deste trabalho, que os precedentes obrigatórios são formados a partir de determinação legal, sem a necessidade de verificação casuística sobre aspectos substanciais. Disso decorre o risco – não se pode negar – de que precedentes de baixa qualidade sejam formados. Porém, ao menos estes tendem a ser mais suscetíveis à superação, justamente com base no parâmetro da qualidade da sua argumentação.

4.4.1.3 Dificuldade na aplicabilidade prática (*workability*) do precedente

Em *Dobbs*, o terceiro parâmetro mencionado como elemento a justificar o *overruling* seria a avaliação de se os reflexos no mundo real da *ratio decidendi* do precedente original são ou não praticáveis (*workable*). Com efeito, o critério tem relação com o objetivo de pacificação dos conflitos. Em um questionamento: com o precedente, as controvérsias foram resolvidas ou ainda mais dúvidas surgiram?

No entender da Suprema Corte, os precedentes que autorizavam a realização do aborto, sobretudo após a revisão do tema promovida no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, traziam grandes dificuldades práticas para os jurisdicionados, pois os critérios autorizativos para tanto teriam se tornado cada vez mais obscuros.³⁰⁵

Pensando na realidade brasileira, este parâmetro pode ser útil para colocar na balança da decisão sobre superar ou não precedentes obrigatórios. Isso porque, na linha do que foi exposto, os precedentes não têm um valor intrínseco – aquele que não tenha efeitos práticos e ainda traga mais complicações para os jurisdicionados não deve ter proteção especial, sob pena

³⁰⁵ “Casey has generated a long list of Circuit conflicts.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “Casey gerou uma longa lista de conflitos nas cortes inferiores.” Cumpre destacar que essa linha de raciocínio foi alvo de críticas pelo voto divergente (*dissenting*), que expõe como também deve haver a ponderação da *workability* a partir do cenário do precedente superado: “the majority’s ruling today invites a host of questions about interstate conflicts. [...] Can a State bar women from traveling to another State to obtain an abortion? Can a State prohibit advertising out-of-state abortions or helping women get to out-of-state providers? Can a State interfere with the mailing of drugs used for medication abortions?” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “a decisão da maioria hoje suscita uma série de questionamentos sobre conflitos interestaduais. [...] Um estado pode impedir as mulheres de viajar para outro estado para fazer um aborto? Um estado pode proibir a publicidade de abortos fora do estado ou ajudar as mulheres a chegar a prestadores desse serviço fora do estado? Um estado pode interferir no envio de medicamentos usados para abortos?”

de desrespeitar não apenas os escopos dos precedentes judiciais (segurança jurídica, isonomia entre os jurisdicionados e eficiência), como também os do processo de forma mais ampla.³⁰⁶

4.4.1.4 Efeitos do precedente em outras áreas do direito e coerência com outras decisões

O quarto parâmetro sugerido como fator a ser levado em conta para a decisão da superação em *Dobbs* diz respeito aos efeitos do precedente em outras áreas do direito (*effect on other areas of law*) e sua consistência com outras decisões.

De antemão, vale salientar a necessidade de cautela na análise deste critério, em especial do que se refere à ideia de efeitos do precedente em outras áreas do direito. Precedentes, ainda mais tratando-se de casos icônicos como *Roe v. Wade*, de fato irradiam efeitos para outros casos. Assim, os argumentos utilizados em *Roe*, relativos à proteção da privacidade dos indivíduos, também serviram de base para outras decisões paradigmáticas naqueles não relacionados a aborto.

E isso não é algo prejudicial ao sistema, pelo contrário, na realidade até caminha junto com o conceito de integridade, também recepcionado no Brasil (art. 926 do CPC). Até porque são os precedentes “isolados”, ou seja, que não guardam coerência sistêmica com outros da corte, que tendem a ser superados.³⁰⁷

É, pois, necessário para que este parâmetro seja considerado legítimo que se tratem de efeitos *nocivos* do precedente em outras áreas do direito. Esclarece-se: um precedente que irradie efeitos para outras áreas do direito gerando consistência entre as decisões é algo positivo – e que, portanto, depõe *contra* a necessidade do *overruling*. De outra banda, aquele isolado e incoerente com outros é mais propenso a ser superado.

No caso *Dobbs*, verificou-se que a justificativa para a superação com base no parâmetro ora examinado foi lacônica e genérica. Não houve, assim, uma exposição dos motivos pelos quais o precedente formado em *Roe* seria incoerente com outras decisões. Pelo contrário, há até menções em *obiter dictum* de que outros precedentes – assentados com base na *ratio decidendi* de *Roe* – deveriam ser revisados pela corte.

³⁰⁶ Dentre os quais figura-se o escopo social da pacificação dos conflitos, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-196.

³⁰⁷ MURRILL, Brandon J. The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent. **Congressional Research Service**, Washington, D.C., v. 3, p. 1-54, 2018, p. 15.

4.4.1.5 Proteção da confiança (*reliance interests*)

Finalmente, o quinto e último parâmetro mencionado no caso *Dobbs* como elemento a ser considerado na definição de quando o precedente deve ser superado tem relação com a proteção da confiança (*reliance interests*) dos jurisdicionados. Na realidade, é a inexistência desta que atua como fator de predisposição para a superação do precedente. Isto é, se os jurisdicionados não pautam suas condutas a partir do que foi decidido em determinado precedente não haveria, a princípio, óbices para o *overruling* por essa perspectiva.

Em termos gerais, o critério gira em torno da ideia de que a superação não pode causar surpresa injusta. Por exemplo, um precedente sobre direitos de propriedade ou contratual (*cases involving property and contract rights*) devem observar uma cautela adicional em eventual superação, pois envolvem temas que dizem respeito a decisões que os jurisdicionados tomam em suas vidas. Explicando melhor: um indivíduo que celebrou contrato seguindo entendimento de determinado precedente não poderia ser prejudicado pelo seu *overruling* – daí que se justifica a proteção da confiança e previsibilidade. Para a Suprema Corte norte-americana, a superação do precedente que autorizava o aborto não ofenderia a confiança legítima dos jurisdicionados³⁰⁸ e, portanto, esse critério não seria um impeditivo para o *overruling* de *Roe v. Wade*.

Nota-se que a perspectiva da confiança legítima também gira em torno da ideia de que alguns temas seriam mais suscetíveis à superação do que outros. Embora possa parecer *contraintuitivo* à primeira vista, um argumento constante na doutrina norte-americana é que precedentes constitucionais devem ser mais passíveis ao *overruling*³⁰⁹ – o que também tem relação com o aspecto rígido da Constituição norte-americana.

³⁰⁸ “In *Casey*, the controlling opinion conceded that traditional reliance interests were not implicated because getting an abortion is generally ‘unplanned activity’, and reproductive planning could take virtually immediate account of any sudden restoration of state authority to ban abortions.” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. ***Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*** 597 U.S. [2022]. June 24th, 2022). Tradução livre: “Em *Casey*, o voto vencedor reconheceu que o elemento da confiança legítima não seria relevante porque fazer um aborto é geralmente uma ‘atividade não planejada’, e o planejamento reprodutivo poderia praticamente imediatamente levar em conta qualquer restauração repentina da autoridade do Estado para proibir abortos.” O argumento é controverso e foi severamente criticado no voto divergente (*dissenting*), por exemplo, pelo fato de que “tens of millions of American women have relied, and continue to rely, on the right to choose”. Tradução livre: “dezenas de milhões de mulheres norte-americanas confiaram, e continuam confiando, no direito de escolha.”

³⁰⁹ “Although the idea may seem counterintuitive, constitutional precedents are somewhat more protean and mutable than others. Once a constitutional ruling has been handed down, there are only two ways to change: the high court itself can reject the principle of *stare decisis* and modify or overrule its earlier ruling, or the Constitution can be amended.” (GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent.**: Thomson Reuters, 2016, p. 352). Tradução livre: “Embora a ideia possa parecer *contraintuitiva*, os precedentes constitucionais são um pouco mais multifórmes que outros. Uma vez que um precedente sobre uma questão constitucional tenha sido formado, há apenas duas maneiras de mudá-lo: o próprio tribunal superior pode rejeitar o princípio do *stare decisis* e modificar ou superar sua decisão anterior, ou a Constituição pode ser emendada.”

No Brasil, por outro lado, a noção de proteção da confiança dos jurisdicionados – em última instância, da segurança jurídica – na superação de precedentes tem maior relação com as *formas* pelas quais se dará, em especial a possibilidade de modulação de efeitos temporais, examinada no tópico 4.2.2.4. Mas mesmo entre nós há discussões sobre quais assuntos poderiam ser mais suscetíveis a mudanças de orientações dos tribunais. A esse respeito, Teresa Arruda Alvim chama a atenção para a necessidade de consideração dos *ambientes decisoriais* que justificaria, por exemplo, que alterações em precedentes sobre direito de família seriam melhor assimiladas³¹⁰, ao passo que eventuais relativas a áreas como direito tributário deveriam ser vistas com maior cautela.³¹¹

4.4.2 Outros possíveis parâmetros para a superação de precedentes

Para além dos parâmetros destacados acima, extraídos a partir da análise do caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em junho de 2022, existem outros possíveis fatores a serem sopesados na decisão sobre quando superar precedentes judiciais. A seguir, alguns serão examinados³¹², sempre levando em conta a realidade brasileira e suas nuances, que impedem a internalização automática e acrítica de técnicas de *overruling* provenientes de ordenamentos estrangeiros.

4.4.2.1 Alterações legislativas

A atuação do Poder Legislativo é um fator importante a ser considerado para a superação de precedentes obrigatórios. De antemão, cabe lembrar que a eficácia obrigatória dos precedentes do art. 927 do CPC destina-se a juízes e tribunais. E mesmo para os provimentos cuja observância obrigatória tem previsão constitucional, a vinculatividade alcança os órgãos

³¹⁰ “Neste ambiente decisório, que entendemos possível chamar de frouxo, tem sentido a afirmação de que a ‘jurisprudência é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade e não deve ser engessada’. É, em grande parte, por obra da construção dos juízes que o direito de família se modifica, por exemplo, adapta-se.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39).

³¹¹ Em suma, o argumento é que, para estas áreas do direito, o ideal é a promoção de alterações pela via legislativa: “Inovações neste ramo do direito não devem, em princípio, fazer-se pela via do labor dos juízes. A evolução do direito deve ter lugar, a nosso ver, neste tema, por obra da lei. A possibilidade de que a alteração da jurisprudência tenha efeitos ‘moduláveis’ suaviza o rigor desta regra de divisão de funções, entre Judiciário e Legislativo.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39).

³¹² Importante pontuar que dentro dos limites propostos neste trabalho não serão feitas análises empíricas acerca destes parâmetros.

do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal – mas não o Legislativo.

A possibilidade de os legisladores editarem normas que impactem precedentes judiciais – algumas vezes acabando, na prática, por superá-los – é medida louvável sobretudo em ordenamentos com tradição de *civil law* como o brasileiro. Tal prerrogativa tem relação com a tradição de nosso ordenamento ter a lei como principal fonte do direito, bem como dialoga com o conceito de *checks and balances* entre os Poderes.

Nesse sentido, é importante pontuar que existem, a grosso modo, duas formas de alterações legislativas que causam impacto em precedentes obrigatórios.

A primeira é pela edição de norma frontalmente contrária ao precedente, o que pode se dar por emenda constitucional³¹³ – o exemplo mais emblemático no ordenamento brasileiro é da discussão envolvendo a prática da *vaquejada*³¹⁴ –, mas também por meio de lei ordinária. Trata-se, na realidade, de prática relativamente comum em nosso ordenamento – tome-se como exemplo a discussão sobre prequestionamento presente em voto vencido. Em 2005, o STJ editou a súmula 320 consignando que “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”. Posteriormente, no entanto, o legislador optou por inserir dispositivo diametralmente oposto ao entendimento deste enunciado de súmula, ou

³¹³ “As emendas constitucionais constituem uma forma de reação parlamentar às decisões e aos precedentes de inconstitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 351). No mesmo sentido, a doutrina de Teori Albino Zavascki destacando a prerrogativa do constituinte derivado de aprovar norma de conteúdo igual ou semelhante à de lei anteriormente declarada inconstitucional: “Ora, não se pode negar ao constituinte, que pode mais, o que é dado ao legislador ordinário, que pode menos. Assim, nada impede que a aprovação da norma semelhante à anterior seja promovida na própria Emenda à Constituição, mediante a reprodução de seu texto ou mediante a fórmula de remissão expressa.” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 138). Esta também é, aliás, uma possibilidade nos Estados Unidos, mas de difícil verificação na prática diante da rigidez da Constituição daquele país: “Only four Supreme Court decisions have been overturned through constitutional amendments” (GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 9). Tradução livre: “Apenas quatro precedentes da Suprema Corte foram superados por meio de emendas constitucionais.”

³¹⁴ “[...] A sequência de fatos foi a seguinte: (1) em 2016, o Supremo julgou procedente a ADI 4983 – decisão que, portanto, produziu efeitos *erga omnes* e vinculante –, proposta contra lei estadual do Ceará que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, por entender que havia ‘crueldade intrínseca’ aplicada aos animais; (2) irresignado, o Poder Legislativo procurou contornar a declaração de inconstitucionalidade, promulgando a Emenda Constitucional 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da Constituição para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis; e (3) ato contínuo, no mesmo ano de 2017, foi proposta ADI (ainda não julgada) para questionar a emenda constitucional que permitiu a prática da vaquejada – destaque-se [...] que o autor da ADI fundamenta seu pedido com base em violação de cláusulas pétreas, não alegando eventual violação ao efeito vinculante da decisão do Supremo que havia considerado a inconstitucionalidade da prática da vaquejada. Ou seja, reconhecendo que o efeito vinculante de decisão em controle concentrado de constitucionalidade não atinge o Poder Legislativo.” (SCOPEL, Adriano Sayão. Estabilidade das decisões declaratórias de constitucionalidade: quando e como é cabível a reanálise da (in)constitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 22, n. 1, 2021).

seja, para considerar que o voto vencido deve ser levado em conta para fins de pré-questionamento (CPC, art. 941, § 3º).

Em tais hipóteses, trata-se de uma superação de precedentes *sui generis*, na medida em que a despeito de, na prática, o precedente ser mesmo superado, não há necessidade de aplicação das técnicas e dos parâmetros para o *overruling*. O novo entendimento já tem eficácia com a edição da lei, não necessitando de qualquer validação pelos tribunais.³¹⁵ Isso também significa que este novo entendimento – contrário ao precedente anterior – pode ser aplicado por qualquer juiz, sem necessidade de exigências de ônus argumentativo diferenciado.³¹⁶

A segunda forma de alteração legislativa que tem reflexos em precedentes obrigatórios ocorre quando a norma não supera expressamente o precedente, mas tem conteúdo que, de alguma forma, impacta em sua *ratio decidendi*.

Esta é a hipótese que se encaixa como um parâmetro para a superação de precedentes. Explique-se: em que pese a nova legislação não ter o condão de fazer com que o precedente perca validade automaticamente, o seu conteúdo indica possível necessidade de modificação. Ora, nunca é demais lembrar que em nosso ordenamento os tribunais formam precedentes com base em textos legais, mais especificamente com fundamento na “textura aberta” das normas. Assim, se algo se modifica neste arcabouço legislativo, é no mínimo recomendável verificar a demanda de reanálise da questão sedimentada no precedente obrigatório, para resguardar a segurança jurídica dos jurisdicionados, notadamente na perspectiva da cognoscibilidade do direito.

4.4.2.2 O fator temporal: a “idade” dos precedentes

A questão da idade dos precedentes é outro elemento que muitas vezes é incluído na balança para subsidiar a decisão de superar ou não um precedente judicial. O argumento parte

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1003.

³¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 612. Cabe salientar que a discussão ganha contornos específicos quando se raciocina pela perspectiva do controle de constitucionalidade. Com efeito, este é um assunto deveras complexo e repleto de nuances que extrapolam os limites do processo civil – e consequentemente deste trabalho. Contudo, a título ilustrativo vale mencionar julgado do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/ DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 01.10.2015) em que, pelo argumento de que a corte teria a *última palavra provisória* sobre a questão posta em debate, foi reconhecida a possibilidade de nova legislação que “frontalmente colida com a jurisprudência (leis *in your face*)”. Nesta hipótese, porém, caberia ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a superação do precedente se justifica – a lei nasceria com presunção de *inconstitucionalidade*.

da ideia de que um precedente *antigo* – mas não obsoleto – torna-se mais enraizado no ordenamento, pelo que a possibilidade de sua superação envolve reflexões ainda maiores pela corte. Por outro lado, o parâmetro da idade dos precedentes também leva em conta a hipótese de precedentes *recentes*, cuja superação também não é recomendada³¹⁷ para evitar o cenário de oscilações do direito.³¹⁸

Nos Estados Unidos, a questão da *idade* do precedente sempre foi um fator importante a ser considerado para eventual *overruling*. Em estudo empírico sobre as alterações dos precedentes da Suprema Corte daquele país, Saul Brenner e Harold Sapeth identificaram que precedentes antigos tendem a ser superados por unanimidade, o que sugere uma maior convicção, e conseqüentemente cautela, no *overruling*.³¹⁹ Vale lembrar que, ao contrário do Brasil em que há a formação de precedentes “de antemão”, a realidade norte-americana é de aceitação contínua dos precedentes, pelo que um mais antigo – desde que devidamente aceito e replicado³²⁰ – tende a se solidificar cada vez mais com o tempo.

Mesmo se tratando de precedente devidamente assimilado e replicado em outros casos, a questão da idade envolve o desafio de definir o recorte temporal.³²¹ Como noticiado por Bryan Garner³²², um exemplo concreto desta dificuldade na realidade dos Estados Unidos se deu no julgamento do caso *Montejo v. Louisiana* (2009), oportunidade em que a Suprema Corte promoveu o *overruling* de precedente sobre aspectos relacionados a interrogatório policial. Um dos parâmetros discutidos para a superação era justamente a idade do precedente original, porém a corte se dividiu em quem considerava o precedente anterior – assentado há cerca de 20

³¹⁷ Na experiência norte-americana, a possibilidade de superar precedentes recentes está intimamente ligada à identificação de erro evidente na formação do precedente. O exemplo geralmente citado – mencionado inclusive no caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* – é relativo à discussão sobre obrigatoriedade de alunos de escolas públicas saudarem a bandeira daquele país, em que o precedente pela obrigatoriedade (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Minersville School District v. Board of Education**. 310 U.S. 586 [1940]. June 3rd, 1940) foi superado em apenas três anos (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **West Virginia state board of education et al. v. Barnette et al.** 319 U.S. 624 [1943]. June 14th, 1943).

³¹⁸ “A jurisprudência deve, entretanto, alterar-se lentamente, para adaptar o direito à sociedade. A sociedade é um organismo vivo e, portanto, muda devagar. Mudanças bruscas não são úteis nem desejáveis.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 126).

³¹⁹ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisus**: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 47).

³²⁰ GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 176.

³²¹ “The conventional wisdom does not specify an age at which precedents become sacrossant” (BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisus**: The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 45). Tradução livre: “A sabedoria convencional não especifica uma idade em que os precedentes se tornam sacrossantos.”

³²² GARNER, Bryan Andrew. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016, p. 178.

anos – *recente*³²³ e, portanto, passível de superação, e quem o considerava *antigo*.³²⁴ Ou seja, embora parâmetro importante, verificou-se na prática a dificuldade em torná-lo um critério objetivo – o que se comprova pela observação do Juiz Samuel Alito em seu voto (a favor do *overruling*) no sentido de que “precedents are like certain wines, which are most treasured when they are neither too young nor too old.”³²⁵

Este exemplo indica a necessidade de cautela pelos tribunais brasileiros na consideração do fator idade do precedente obrigatório como parâmetro para sua superação. Afinal, é importante ponderar o risco de que a subjetividade do critério seja capturada e utilizada apenas como subterfúgio para a superação de precedentes. O fator temporal, por si só, não é elemento que justifica a solidificação do precedente obrigatório, mas tampouco é um indicativo de sua obsolescência.³²⁶ Isso não impede, é importante assinalar, que em situações de “zonas menos cinzentas” o parâmetro tenha que ser utilizado – por exemplo, para diminuir a possibilidade de superação de precedentes muito recentes.³²⁷

³²³ Conforme trecho do “voto vencedor”, elaborado pelo Juiz Antonin Scalia, referindo-se ao precedente anterior da seguinte forma: “[...] the opinion is only two decades old, and eliminating it would not upset expectations.” (UNITED STATES OF AMERICA Supreme Court. **Montejo v. Louisiana**. 556 U.S. 778 [2009]. May 26th, 2009). Tradução livre: “[...] o precedente tem apenas duas décadas, e eliminá-lo não iria abalar as expectativas.”

³²⁴ Em seu voto divergente, o Juiz John Stevens defende o seguinte: “[...] although the Court acknowledges that ‘antiquity’ is a factor that counsels in favor of retaining precedent, it concludes that the fact Jackson is ‘only two decades old’ cuts ‘in favor of abandoning’ the rule it established. [...] I would have thought that the 23-year existence of a simple bright-line rule would be a factor that cuts in the other direction.” (UNITED STATES OF AMERICA Supreme Court. **Montejo v. Louisiana**. 556 U.S. 778 [2009]. May 26th, 2009). Tradução livre: “[...] embora a corte reconheça que a ‘antiguidade’ é um fator que aconselha a manutenção de precedentes, conclui que o fato de *Jackson* ter ‘apenas duas décadas’ vale ‘a favor do abandono’ da norma que estabeleceu. [...] Eu teria pensado que a existência de 23 anos de uma regra clara e objetiva seria um fator que contaria em outra direção.”

³²⁵ Tradução livre: “Precedentes são como certos vinhos, que são mais valiosos quando não são nem tão novos e nem tão antigos.”

³²⁶ Em julgado no qual se refutou a possibilidade de superação de precedente obrigatório sobre questão relacionada à matéria de licenciamento ambiental, o STF consignou que muito embora os precedentes não sejam imutáveis, “o mero decurso do tempo não é suficiente para suscitar nova discussão acerca de matéria já pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se necessária a presença de relevantes alterações no contexto fático ou jurídico que justifiquem uma reanálise da questão, o que não se vislumbra no presente caso” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.180 AgR**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 27.04.2018).

³²⁷ As “viradas” jurisprudenciais em pouco tempo são, infelizmente, corriqueiras na experiência brasileira, gerando insegurança jurídica para os jurisdicionados. Para não mencionar o caso das mudanças de entendimento do STF sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância – discussão permeada por forte componente político –, basta citar como exemplo a discussão das súmulas do STJ sobre se a cobrança antecipada do Valor Residual (VRG) descaracteriza ou não o contrato de arrendamento mercantil. Em maio de 2002 (DJe 20.05.2002), o STJ editou a súmula 263, prevendo que “a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.” Pouco mais de um ano depois (DJe 24.09.2003) a súmula foi cancelada e, não obstante, em 2004 (DJe 13.05.2004) foi editada a súmula 293, com teor diametralmente oposto à súmula 263, estabelecendo que “a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.”

4.4.2.3 Mudanças de composição nas cortes

Seria ingênuo pensar que a mudança de composição em um determinado tribunal não é um fator importante para a possível superação de precedentes formados em seu âmbito. Refletindo a partir da realidade da Suprema Corte norte-americana, Michael Gerhardt aponta que são raras as vezes em que há alteração de precedente firmado pela mesma composição da corte, do que se conclui que a mudança de composição do tribunal aumenta as chances do *overruling*.³²⁸ Aliás, ainda segundo Gerhardt, muitas vezes a própria nomeação dos Juízes (*Justices*) está relacionada a possíveis superações de precedentes.³²⁹ Mesmo para o caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cujos parâmetros estabelecidos para a definição do *overruling* foram examinados acima, também se cogita o impacto das recentes nomeações por governos republicanos para a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Assim, não se trata de desconsiderar a questão da mudança na composição da corte como fator importante para a superação de precedentes, mas de avaliar de forma crítica se se trata de um parâmetro *legítimo* a ser levado em conta.

A resposta para este questionamento é negativa, ou seja, o ingresso de novos julgadores na corte não constitui critério para a superação de precedentes. Conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni, a entrada de um novo julgador, por si só, “não pode afetar o que a Corte, em outro instante histórico, afirmou e estabeleceu enquanto precedente.”³³⁰ Mas cabe a reflexão sobre se o ingresso de julgadores com posicionamentos diferentes na corte não se presta a consolidar, na prática, a ideia de mudanças nos padrões de congruência social – como visto, a premissa para a superação de precedentes, isto é, alterações em proposições morais, políticas e de experiência da sociedade. Desde que, claro, estas mutações não ensejem violações a direitos fundamentais, cenário em que a corte (sobretudo o STF) deve exercer o seu papel contramajoritário.

³²⁸ “In only four cases has a Court with no change in membership overruled itself, and more than half of the overrulings occurred with at least six new justices.” (GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 100). Tradução livre: “Em apenas quatro casos a corte, sem mudança em sua composição, superou seus próprios precedentes, e mais da metade das superações de precedentes ocorreu com pelo menos seis novos juízes [*Justices*].”

³²⁹ “Many presidents appoint justices with the hope and expectation that they will vote to overrule particular decisions or doctrines. [...] In many presidential campaigns the candidates have even made assurances, if not pledges, with respect to the kinds of justices they would nominate.” (GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 101). Tradução livre: “Muitos presidentes nomeiam juízes [*Justices*] com a esperança e expectativa de que votarão para superar determinados precedentes. [...] Em muitas campanhas presidenciais, os candidatos até fizeram garantias, senão promessas, com relação aos perfis de juízes que indicariam.”

³³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1004.

Sem embargo, em vista do caráter incipiente do sistema de precedentes obrigatórios em implementação no ordenamento brasileiro – que ainda busca alcançar os meios para reforçar o papel institucional das cortes em detrimento de uma cultura personalista dos julgadores³³¹ –, tem-se que o fator mudança na composição da corte não pode ser visto como um parâmetro legítimo para a superação de precedentes obrigatórios.

4.4.2.4 Descumprimentos reiterados dos precedentes

Outro possível parâmetro para ser considerado na decisão sobre superar um precedente é se há um cenário de reiterados descumprimentos de sua *ratio decidendi*, o que indicaria desgaste e, portanto, a necessidade de sua superação.

Importante pontuar que a hipótese versa sobre efetivos descumprimentos de precedentes obrigatórios – e não da aplicação de técnicas como o *distinguishing* ou o *overriding*, que também têm o efeito de afastar sua incidência. Em outras palavras, trata-se de cenário em que determinado precedente é constantemente ignorado em casos posteriores. Não parece ser este um desafio comum a todos os ordenamentos que trabalham com precedentes obrigatórios.³³² No Brasil, porém, da mesma forma que existem leis que “não pegam”, também existem situações de mero descumprimento de precedentes, muitas vezes de forma expressa, sob argumentos como independência do julgador.

No julgamento – ainda em andamento quando da elaboração desta dissertação – do Tema 677 pela Corte Especial do STJ (já mencionado no tópico 4.4), o Min. Luis Felipe Salomão se manifestou de forma contrária a que a recalcitrância de juízes e tribunais em observar determinado precedente obrigatório seja um parâmetro para o *overruling*. Isso porque

³³¹ Em conhecido ensaio em que relaciona conceitos de ética com o estudo de precedentes judiciais, Marinoni assim se manifesta sobre a questão da necessidade de uma visão institucional no exercício da função judicial: “A frouxidão do Poder Judiciário – enquanto instituição – também descende da forma pela qual o brasileiro, desde as origens de sua formação cultural, inseriu-se no espaço público. O personalismo e o patrimonialismo inviabilizaram o associativismo, a coesão social e instituições fortes – em que, por exemplo, o juiz pudesse se ver como alguém que simplesmente colabora para a adequada distribuição da justiça no país e não como um indivíduo que tem liberdade para fazer o que quer.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 91).

³³² Segundo notícia Teresa Arruda Alvim, este cenário de descumprimento deliberado de precedente não ocorre em países como a Inglaterra: “A ideia de que os juízes ingleses possam não respeitar precedentes é tratada com estranhamento pela doutrina, simplesmente porque este comportamento não ocorre. Não há sanção aplicável aos juízes que não respeitam o *stare decisis*. Eles o fazem por razões ligadas à sua reputação e por medo de críticas.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 39-40).

este seria um problema de falta de *enforcement* do precedente obrigatório, a ser sanado de outras formas.³³³

Sem dúvidas, a questão da vinculatividade “na prática” é um grande desafio para o sistema brasileiro, sendo uma demonstração disso o aumento do escopo da reclamação, também destinada a garantir a *observância* de determinados precedentes obrigatórios. Mas vale lembrar que o descumprimento a que se faz referência neste tópico é aquele sistemático, isto é, reiterado em diversas decisões, por diferentes juízes e tribunais. É dizer, realmente descumprimentos isolados de um precedente obrigatório devem ser sanados pelos meios adequados – recursais, de preferência – e não justificam a superação do precedente. Situação diferente, frise-se, é quando há este cenário de, nas palavras de Lucas Buriel de Macêdo, “rebeldia dos juízes e tribunais”³³⁴, que justifica que ao menos seja cogitada a superação do precedente obrigatório, até como forma de preservar a segurança jurídica no ordenamento.

4.5 Requisitos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro: semelhanças e diferenças em relação à formação de precedentes

Nos itens anteriores, foram objeto de análise as técnicas para a superação de precedentes obrigatórios, bem como quais cortes são legitimadas para efetivar o *overruling* e a partir de quais parâmetros. Passa-se agora a examinar se existem requisitos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no sistema processual brasileiro.

³³³ De acordo com o Min. Salomão: “O só fato de haver dispersão jurisprudencial, a mim não me convence, pois o repetitivo existe para ser cumprido – se não foi, há algum problema em relação à vinculação.” (Corte Especial - STJ - 30/03/2022. [Brasil: s. n.], 2022. 1 vídeo (265 min). [Live]. Publicado pelo canal Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DC4nVj2Wl0w>. Acesso em: 05 jul. 2022).

³³⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 320. Por óbvio, um sistema de precedentes obrigatórios não pode encarar um eventual cenário de descumprimento reiterado de precedentes como algo positivo. Mas tentando extrair algum elemento positivo, essa “rebeldia” dos juízes contribui para preencher um vácuo destinado às críticas ao precedente obrigatório. Até porque, não há no Brasil grande tradição de que a doutrina identifique precedentes que devem ser superados – sobre esse ponto, são interessantes as reflexões de Robert Summers: “In a few systems, academics are not so willing to engage in criticism of the judges in this way. There are various possible explanations. One is that no general tradition of academic criticism of the judiciary may have developed in the legal culture of the country. Another is that the very academics who might offer criticism are sometimes themselves engaged as counsel or as experts before the very courts that could be objects of such criticism.” (SUMMERS, Robert. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (ed.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 521). Tradução livre: “Em alguns poucos sistemas, a doutrina não está tão disposta a se envolver em críticas aos juízes dessa maneira. Há várias explicações possíveis. Uma delas é a ausência de tradição geral de críticas acadêmicas ao judiciário na cultura jurídica do país. Outra é que os mesmos doutrinadores que poderiam oferecer críticas às vezes estão eles próprios engajados como advogados ou como *experts* perante os próprios tribunais que poderiam ser objetos de tais críticas.”

De início, cumpre destacar a necessidade de diálogo dos pontos que serão destrinchados neste tópico com o item 3.3 desta dissertação, no qual se examinou a viabilidade de requisitos processuais para a formação de precedentes obrigatórios. Ora, salvo em situações específicas (superação pelo Poder Legislativo, por exemplo), a superação de um precedente é “gênero” da “espécie” formação de precedentes. Ou seja, a despeito das diferenças entre tais atividades jurisdicionais, não há como dissociá-las completamente, de sorte que a existência de critérios comuns para a formação e para a superação de precedentes obrigatórios é algo esperado.

Nesse contexto, vale lembrar que foram examinados os seguintes possíveis critérios processuais para a formação de precedentes obrigatórios, sempre considerando como ponto de partida estar-se tratando de pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do CPC: (i) publicidade; (ii) trânsito em julgado; (iii) participação; (iv) fundamentação reforçada; e (v) quórum qualificado.

Sobre o aspecto da publicidade, as conclusões são semelhantes para a formação e superação de precedentes obrigatórios. Assim, trata-se de requisito processual para a superação de precedentes se vista pelo enfoque de a atividade jurisdicional ser aberta aos jurisdicionados, isto é, não devendo tramitar em segredo de justiça. Por outro lado, a publicidade prévia e posterior do pronunciamento judicial por meio do qual o *overruling* se consolidará, embora fortemente recomendável, não constitui critério determinante para a superação de precedentes obrigatórios.

Da mesma forma que se dá com a formação de precedentes obrigatórios, eventual exigência de trânsito em julgado ou de quórum qualificado para a “formação” da superação de precedente somente se justifica diante de expressa previsão legal. A título exemplificativo, cabe mencionar que o dispositivo legal que determina quórum diferenciado para a edição de súmula vinculante também prevê que tal regra se aplica para a sua superação.³³⁵

Em relação aos eventuais requisitos de participação e fundamentação reforçada, identificou-se que, em nome da segurança jurídica, seria inadequado elevá-los condicionantes à formação de precedentes obrigatórios. Explique-se: apesar de serem aspectos indiscutivelmente louváveis, o componente subjetivo dificulta a ciência inequívoca acerca de quais provimentos se qualificam como vinculantes. Ou seja, busca-se evitar cenário em que se deixe de considerar determinado precedente como obrigatório porque, por exemplo, não foi realizada audiência pública para a discussão da questão jurídica posta em controvérsia.

³³⁵ “Revisão e cancelamento”, a teor do § 3º, do art. 2º da Lei nº 11.417/2006.

No entanto, para a hipótese de superação de precedentes obrigatórios, há uma diferença importante, que justifica uma análise mais detida sobre os elementos da participação e da necessidade de fundamentação adequada. A referência é aos dispositivos do CPC sobre o assunto – os §§ 2º e 4º do art. 927³³⁶ – que serão examinados nos itens a seguir.

4.5.1 Participação dos jurisdicionados na superação dos precedentes obrigatórios (art. 927, § 2º, do CPC/2015)

Da redação do art. 927, § 2º, do CPC³³⁷ extraem-se dois questionamentos: a norma se aplica apenas às situações de superação de precedentes expressamente mencionadas ou também abarca as demais hipóteses dos incisos do art. 927 (por exemplo, precedente formado no âmbito de IAC)? A norma constitui uma obrigação às cortes, cujo descumprimento teria o condão de tornar sem efeito a superação de um precedente vinculante?

Em relação ao alcance da norma, cabe novamente destacar o contexto de confusão terminológica na temática da superação de precedentes no CPC. Em uma leitura literal, o dispositivo em questão se direciona apenas aos casos de superação de enunciados de súmulas e de julgamento de casos repetitivos, ao passo que o § 3º do mesmo art. 927 – ainda mais obscuro – se destina às hipóteses de “jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, e o § 4º incidiria para a superação de enunciados de súmulas e de julgamento de casos repetitivos – assim como o § 2º – e também para o caso de superação de “jurisprudência pacificada”.

Com esse contexto em mente, torna-se mais defensável o argumento de que se trata de má técnica legislativa a inclusão de apenas algumas “espécies” de precedentes obrigatórios no texto do § 2º do art. 927. Assim, pois, entende-se que o dispositivo não está restrito apenas às súmulas e aos julgamentos de casos repetitivos, de sorte que a participação dos jurisdicionados como instrumento que contribui para um contraditório efetivo é medida aplicável à superação de todos os precedentes obrigatórios previstos no ordenamento brasileiro.

³³⁶ Cumpre salientar que o § 3º do art. 927 também versa sobre temática relacionada à superação de precedentes (“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”). Referido dispositivo, porém, não trata de critério processual para a superação de precedentes, mas sim de técnica para minimizar eventuais externalidades negativas do *overruling* – tal como já examinado no item 4.2.2.4 desta dissertação.

³³⁷ “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.”

Por sua vez, o segundo questionamento que pode ser suscitado a partir da leitura do dispositivo gira em torno do vocábulo *poderá*. Nos termos do § 2º do art. 927, a superação do precedente *poderá* – e não *deverá* – ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades. Em regra, o verbo *poder* traduz o intuito de *permitir* ou *autorizar*, mas a doutrina clássica reconhece que em situações excepcionais assume as proporções e o efeito de *dever*.³³⁸

Não parece ser o caso do dispositivo em questão.³³⁹ O raciocínio é análogo ao desenvolvido para a situação de formação de precedentes obrigatórios (tópico 3.3.3): por mais que a participação, por meio de audiências públicas ou *amici curiae*, seja muito relevante, disso não se conclui que se trate de um requisito de validade e eficácia para a superação do precedente.

Isso evidentemente não significa que o dispositivo é inútil, na medida em que seu conteúdo reforça a importância da participação dos jurisdicionados na superação de precedentes, o que implica em maior ônus argumentativo para as cortes a negarem em tais hipóteses. Em termos práticos, significa que o tribunal pode negar a admissão de *amicus curiae* em determinado procedimento que potencialmente resulte na superação de precedente obrigatório, mas deve justificar de forma adequada sua decisão.

Sem embargo da inexistência de previsão legal, é recomendável que as cortes observem como parâmetro mínimo a participação que ocorreu na formação do precedente obrigatório. É dizer, se a formação de determinado precedente obrigatório teve a participação de alguns *amici curiae*, é adequado que estes também sejam chamados para participar da rediscussão da questão jurídica – que pode resultar na superação do precedente vinculante.

Por fim, e de igual maneira que ocorre na formação de precedentes, também cabe pontuar a relevância das formas de participação *fora do processo*, em especial o papel da doutrina para a superação de precedentes. Atento ao tema, Taruffo destacou sua importância em apontar os erros e lacunas dos precedentes³⁴⁰ – que também constitui um parâmetro para a decisão sobre quando superar precedentes judiciais, conforme visto no tópico 4.4 deste trabalho.

³³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 220-221.

³³⁹ Em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno defende que referido dispositivo “evoca a *necessária* participação de *amici curiae* no processo de alteração dos precedentes, legitimando-os.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 406).

³⁴⁰ “[...] the scientific analysis of precedents may be based upon the critique of precedents or of the way in which they are used by courts. Such an analysis may emphasize inconsistencies, gaps and errors in decisions made by courts while creating and/or using precedents. Legal writers may argue that a precedent is legally wrong or obsolete or no longer congruent with the current legal or social conditions, and so forth. Thus they may urge departures

4.5.2 Fundamentação adequada e específica na superação dos precedentes obrigatórios (art. 927, § 4º, do CPC/2015)

Assim como no dispositivo do CPC sobre a participação dos jurisdicionados na superação de precedentes obrigatórios, a previsão sobre a necessidade de fundamentação adequada e específica (art. 927, § 4º) não é clara sobre a aplicação a todas as hipóteses de precedentes obrigatórios – o texto faz alusão a “enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”. No entanto, com base nos mesmos argumentos levantados no tópico anterior, tem-se que o dispositivo incide na superação de quaisquer precedentes obrigatórios.³⁴¹

Em contrapartida, o texto do dispositivo ora examinado não indica uma faculdade dos tribunais, na medida em que há previsão de que, ao superar precedentes, a corte “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica”. A fundamentação ser *adequada* tem relação com a exigência – já examinada no tópico 3.3.4 – de que todas as decisões sejam devidamente motivadas. Mas no que consistiria o “plus” refletido na previsão de fundamentação *específica*?

José Rogério Cruz e Tucci faz referência à ideia de *justificação complementar*, que vai além da “explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão.”³⁴² Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, explica que o ônus argumentativo em questão consistiria no dever de a corte, ao superar um precedente, evidenciar que a antiga *ratio decidendi* não pode subsistir em face das novas razões.³⁴³

Ocorre que, para além desta exigência de se ter um efetivo diálogo com o precedente a ser superado, o dispositivo em questão traz poucos indicativos práticos acerca do que consistiria

from precedents or overruling of precedents.” (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (edit.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 457). Tradução livre: “[...] a análise científica de precedentes pode basear-se na crítica aos precedentes ou na forma como são aplicados pelos tribunais. Tal análise pode enfatizar inconsistências, lacunas e erros nas decisões tomadas pelos tribunais ao formar e/ou aplicar precedentes. Juristas podem argumentar que um precedente é legalmente errado ou obsoleto, ou não mais congruente com as condições sociais ou legais atuais, e assim por diante. Assim, podem incitar o afastamento de precedentes ou sua superação.”

³⁴¹ “Embora o § 4º do art. 927 fale de ‘tese adotada em julgamento de casos repetitivos’, deixando de se referir aos precedentes firmados em repercussão geral e aos precedentes estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça em casos ‘não repetitivos’, isso obviamente deve ser visto como mero esquecimento, na medida em que é absurdo atribuir autoridade a decisões que não refletem a essência das funções das Cortes Supremas, esquecendo-se daquelas que realmente a representam.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 354).

³⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, p. 181.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 355-356.

este ônus argumentativo adicional a ser observado pelas cortes. Não há, por exemplo, uma lista que densifique a norma, tal qual ocorre (mesmo que a *contrario sensu*) com o art. 489, § 1º, do CPC.

Assim, tem-se que a exigência de fundamentação *diferenciada* (ou *específica*, como consta no § 4º do art. 927) para a superação de precedentes, embora seja uma previsão positiva, encontra dificuldades para aplicação prática semelhantes às observadas na discussão sobre a fundamentação na formação de precedentes obrigatórios. Contudo, espera-se que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão dos parâmetros materiais para a superação de precedentes contribua para a efetivação de sua exigência. Isso porque, ao saber de antemão os parâmetros que devem ser sopesados na decisão de quando fazer o *overruling*, as cortes tendem a estar mais municiadas para motivar melhor as razões que justificam a superação de precedentes vinculantes.

4.6 Instrumentos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro

É crucial para um adequado desenvolvimento do sistema de precedentes obrigatórios que existam ferramentas processuais que permitam sua superação. Relembre-se, nesse sentido, a metáfora sugerida por Neil Duxbury de que a superação de precedentes seria uma *estratégia de Ulisses ao reverso*³⁴⁴ – ou seja, o sistema deve encontrar meios para afrouxar a rigidez da aderência aos precedentes obrigatórios, desde que determinados parâmetros se façam presentes.

De nada adiantaria o estudo dos fundamentos para a superação de precedentes se o ordenamento travasse toda e qualquer tentativa para que este fenômeno pudesse ocorrer. Em período anterior à promulgação do CPC de 2015, Teori Albino Zavascki, enquanto ministro do STJ, já manifestara os riscos de que precedentes tivessem um caráter de absoluta imutabilidade, pelo que seria imprescindível que o sistema admitisse “iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato.”³⁴⁵

³⁴⁴ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 129.

³⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP**. Relator Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12.05.2011. A discussão no caso girava em torno do cabimento de agravo ao STJ contra decisão que negava seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 4º, I, do CPC de 1973. Em seu voto, que acabou sendo vencido, o Min. Teori defendia a necessidade de meios que pudessem viabilizar a revisão de precedentes, considerando, por outro lado, que a autoridade do precedente poderia

Visto que o sistema brasileiro de precedentes, ainda incipiente e em desenvolvimento, conforme exaustivamente destacado neste trabalho, não pode admitir o conceito de *super precedentes*³⁴⁶, tem-se que a presunção de estabilidade de todo e qualquer precedente obrigatório é relativa. Isto é, em nosso ordenamento todos os precedentes obrigatórios, sejam formados a partir de enunciados de súmulas, julgamentos de casos repetitivos ou pelas demais hipóteses do art. 927 do CPC, são passíveis de superação.

A doutrina indica a divisão entre superação difusa e concentrada de precedentes.³⁴⁷ O *overruling* concentrado – peculiaridade brasileira – ocorre a partir da instauração de procedimento específico de revisão da tese jurídica consolidada no precedente, ao passo que o difuso – tradicional em países de tradição do *common law* – pode ocorrer de forma incidental em qualquer processo, seja no julgamento de recurso ou causa de competência originária.

Porém, é preciso cautela na utilização do termo superação *difusa*. Isso porque, no âmbito das discussões sobre controle de constitucionalidade, o conceito de *difuso* diz respeito à possibilidade de que qualquer juiz possa exercer tal prerrogativa.³⁴⁸ Não é o que ocorre, evidentemente, com a superação “não concentrada” – não é qualquer juiz que pode realizar o *overruling*. Daí que se revela mais adequada – em contraposição à superação concentrada – a utilização do termo *incidental*, na medida em que a superação não é o objeto principal, mas uma decorrência do pronunciamento judicial.

ser preservada com a utilização de sanções pecuniárias a recorrente que insiste em pretensões meramente protelatórias.

³⁴⁶ O conceito de *super precedente* é bastante debatido nos Estados Unidos e gira em torno da ideia de que determinados precedentes são tão bem elaborados e aceitos pela sociedade que, assim, tornam-se intocáveis, ou seja, não passíveis de superação: “Some precedents as being so deeply embedded in our law and culture that they have become practically immune to overturning.” (GERHARDT, Michael J., **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008, p. 177). Tradução livre: “Alguns precedentes estão tão profundamente incorporados em nosso direito e cultura que se tornaram praticamente imunes à superação.” Mas mesmo naquele país trata-se de um assunto bastante controverso (cf. BARNETT, Randy. It’s a Bird, It’s a Plane, No, It’s Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt. **Minnesota Law Journal**, Minnesota, v. 90, p. 1232-1251, 2006). Para a realidade brasileira, não é adequado elevar determinado precedente vinculante, por mais bem elaborado e aceito que seja, ao “status” de *super precedente*. Ou seja, entre nós não há que se falar em precedentes imunes à superação, pois isso seria conferir um poder desproporcional – e sem lastro na Constituição – ao Judiciário.

³⁴⁷ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 610). No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 208.

³⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp Livraria, 2021, p. 573.

4.6.1 Superação concentrada de precedentes obrigatórios

Referindo-se especificamente ao procedimento para a revisão de enunciados de súmulas vinculantes, mas com racional que se aplica às demais hipóteses de superação concentrada, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco defendem que o modelo de procedimento específico de revisão “propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa”. Isso porque, prosseguem os professores, “a solenidade conferida ao procedimento de revisão [...] permite e recomenda que o Tribunal confira a atenção devida à proposta de alteração.”³⁴⁹

Para além desta perspectiva das cortes, a existência de um procedimento específico para eventual superação de precedente obrigatório tende a favorecer uma maior participação dos jurisdicionados, o que, como já visto, é um elemento que milita a favor do escopo da igualdade. Ora, como tempo e recursos financeiros são escassos, a certeza de se tratar de um procedimento que definirá se haverá ou não o *overruling* é algo que os jurisdicionados – seja individualmente ou por meio de associações – consideram na decisão de participar do procedimento.

Todo o otimismo com as perspectivas dos incidentes concentrados de superação de precedentes obrigatórios ainda depende de comprovação empírica. A seguir, serão expostas algumas hipóteses de cabimento destes incidentes em nosso ordenamento.

4.6.1.1 Procedimento para a superação de enunciados de súmulas (vinculantes ou não)

Mesmo antes do CPC de 2015, o ordenamento brasileiro já convivía com a possibilidade de superação – “revisão ou cancelamento” – de súmulas vinculantes mediante procedimento específico, cujos legitimados para requerer são os mesmos que podem propor a edição das súmulas.

Este arcabouço normativo tem surtido efeitos práticos, na medida em que constitui uma possibilidade para a sociedade provocar a corte a reexaminar o conteúdo sumulado. Tome-se como exemplo o pedido feito – e negado – para o cancelamento da súmula vinculante n° 11. Este enunciado, conhecido como “súmula das algemas”, foi aprovado pelo STF em agosto de 2008.³⁵⁰ Posteriormente, em fevereiro de 2009 – poucos meses após a edição da súmula,

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 1117.

³⁵⁰ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de

portanto –, a Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis ingressou com pedido de cancelamento da referida súmula vinculante. Em 2015, sobreveio a decisão do STF recusando o pleito formulado, por entender que não houve “a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social” que justificasse o cancelamento da súmula vinculante.³⁵¹

Por outro lado, para os enunciados da súmula do STJ – também considerados precedentes vinculantes, a teor do inciso IV do art. 927 do CPC – a previsão acerca do incidente concentrado de revisão se encontra no RISTJ.³⁵² Ao contrário do que ocorre com as súmulas vinculantes, porém, não há previsão para requerimento de revisão das súmulas por parte dos jurisdicionados. Apenas há menção à possibilidade de que os próprios ministros possam propor a revisão, o que logo indica um déficit de participação para este incidente. Aliás, sequer há previsão da possibilidade de participação dos jurisdicionados no procedimento, algo que, no entanto, pode ser sanado com a aplicação do § 2º do art. 927, § 2º, do CPC, que autoriza a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades em incidentes que possam resultar no *overruling* de precedente obrigatório.³⁵³

4.6.1.2 Procedimento para a superação de precedentes formados em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e em Incidente de Assunção de Competência

O procedimento específico para a superação de precedente obrigatório oriundo de IRDR tem previsão no CPC.³⁵⁴ Pela leitura do dispositivo, a revisão da tese jurídica ocorre no mesmo

responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Súmula Vinculante nº 11**. DJe 22.08.2008).

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Proposta de Súmula Vinculante 13/DF**. DJe 24.09.2015.

³⁵² “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. § 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. [...]”

³⁵³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 221.

³⁵⁴ “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.”

tribunal que formou o precedente³⁵⁵, de ofício ou por requerimento do Ministério Público ou da Defensoria. A inexplicável ausência das partes, bem como de outros jurisdicionados atingidos pela decisão tomada no incidente, como legitimadas para pleitear a superação do precedente não passou despercebida pela doutrina.³⁵⁶

Não há uma definição prévia acerca de quais seriam os motivos que justificam a rediscussão do precedente no procedimento de revisão de tese de IRDR. Por óbvio, não se trata de mera rediscussão por irresignação de alguma parte.³⁵⁷ É esperado que os procedimentos de revisão de IRDR sigam os parâmetros examinados no tópico 4.4 deste trabalho para a determinação acerca do cabimento ou não da revisão da tese fixada.

Considera-se que o mesmo procedimento, *mutatis mutandis*, deve ser observado para a revisão de precedente obrigatório formado no bojo de IAC.³⁵⁸ Embora o CPC mencione a possibilidade de revisão da tese jurídica definida neste incidente³⁵⁹, não o faz de maneira clara, pelo que se justifica que se considere a sistemática para a superação de precedente formado em IRDR como parâmetro para aquele em IAC.

A despeito da defesa de que o procedimento de revisão para ambos seja semelhante, é forçoso reconhecer que algumas diferenças mais relacionadas a aspectos substanciais se fazem presentes. Como exemplo, pense-se que, a teor do previsto no CPC, o IRDR sempre envolve situação de repetição de processos, pelo que possível superação da tese tende a observar de forma mais acentuada o parâmetro da proteção da confiança do que eventual revisão de IAC.

³⁵⁵ Portanto, não se trata esta hipótese de superação do precedente formado no âmbito de IRDR pelo STF ou pelo STJ, situação tratada no item 4.3.3 deste trabalho como *overruling* “atípico”.

³⁵⁶ Marinoni, de forma acertada, aponta a falta de racionalidade de se restringir ao Ministério Público e à Defensoria a prerrogativa de pedir a revisão da tese fixada no IRDR: “A questão de direito pode ser rediscutida por qualquer legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente ou por qualquer um dos representados.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 187). No mesmo sentido, Sofia Temer argumenta que não há justificativa plausível para a exclusão dos legitimados para requerer a instauração do IRDR: “A superação ou a revisão da tese jurídica podem ocorrer por iniciativa dos mesmos legitimados a requerer a instauração do IRDR (art. 977 e 986). Embora a versão final tenha, através de uma equivocada remissão legal, suprimido a autorização para as partes, entendemos plenamente possível que estas possam provocar a rediscussão sobre a questão jurídica.” (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 292).

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 183.

³⁵⁸ Nesse sentido: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. **Incidente de assunção de competência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2020, p. 145; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 438.

³⁵⁹ CPC: “Art. 947. [...] § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

4.6.1.3 Procedimento para a superação de precedente formado em recurso especial repetitivo

É certo que o procedimento concentrado e o difuso para a superação de precedentes obrigatórios podem conviver em harmonia.³⁶⁰ Ou seja, a existência de instrumentos processuais diferentes para a superação da mesma “espécie” de precedente obrigatório não pode ser encarada como uma disfuncionalidade do sistema.

É o que ocorre com os precedentes oriundos de julgamentos de recursos especiais repetitivos – vinculantes, nos termos do art. 927, III, do CPC. Assim, além da possibilidade de superação pela via incidental (que será examinada no item 4.6.2.1), há previsão no RISTJ de procedimento para superação concentrada.³⁶¹

Contudo, assim como na hipótese de revisão de enunciados de súmula do STJ, não há a inclusão dos jurisdicionados – mesmo que por meio de associações, por exemplo, para evitar um cenário de multiplicação de pedidos de revisão – como legitimados para iniciar o procedimento de revisão. Ao menos para esta hipótese, é importante mencionar que, além dos próprios ministros do STJ, também é possível que o Ministério Público proponha a superação do precedente vinculante.

4.6.2 Superação incidental de precedentes obrigatórios

A superação incidental é o modo tradicional de superação de precedentes em países de tradição do *common law*. Apenas como um exemplo, o caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, cujos parâmetros para o *overruling* foram analisados em tópicos anteriores, chegou à Suprema Corte norte-americana por meio de um *writ of certiorari* – guardadas as devidas proporções, semelhante ao nosso recurso extraordinário –, após passar por primeira instância (*District Court*) e segunda instância judicial (*Court of Appeals*). A seguir, passa-se ao exame de instrumentos processuais para a superação incidental de precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento brasileiro – o objetivo não é esgotar todas as possibilidades admitidas, mas examinar as hipóteses que suscitam controvérsias interessantes, a saber: (i)

³⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 208.

³⁶¹ RISTJ: “Art. 256-S. 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. § 1º 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. [...]”

superação de precedente obrigatório por meio de recursos extraordinário ou especial; (ii) por meio de reclamação; e (iii) por meio de ADI, após ADC julgada procedente, ou seja, reconhecendo a constitucionalidade da norma.

4.6.2.1 Recursos extraordinário e especial como instrumentos para a superação de precedentes obrigatórios e o art. 1.030 do CPC/2015

Como visto no item 4.3.3 deste trabalho, o sistema brasileiro tem como particularidade, ao menos em relação a países como os Estados Unidos, a possibilidade de que uma corte *diferente* da que formou o precedente – e “não inferior”, como se dá na hipótese do *anticipatory overruling* – possa realizar a “superação” de precedente obrigatório, em determinadas situações.

Isso se daria, em uma primeira situação, a partir da interposição de recurso extraordinário ao STF ou recurso especial ao STJ contra decisão de corte intermediária que se enquadre nas hipóteses dos pronunciamentos judiciais do art. 927 do CPC. O exemplo citado foi de IRDR decidido por tribunal intermediário, mas também pode se dar a partir de decisão no âmbito de IAC.³⁶² Por óbvio, se as cortes superiores mantiverem o entendimento da corte intermediária não há que se falar em superação de precedente obrigatório – a bem da verdade, seria mais plausível pensar em expansão do precedente vinculante para além dos limites territoriais do tribunal intermediário.

A segunda situação seria restrita ao recurso extraordinário e se refere à possibilidade de sua interposição contra decisões do STJ que se qualifiquem como precedentes obrigatórios.³⁶³ Da mesma forma, a superação somente teria vez em cenário em que o STF reverta o entendimento do STJ, por intermédio de pronunciamento judicial constante do rol do art. 927 do CPC.

À parte estas circunstâncias – ditas como *atípicas* –, a forma convencional de superação incidental de precedentes obrigatórios por meio de recurso extraordinário ou especial é a partir de reexame da questão jurídica pela mesma corte que formou o precedente obrigatório a partir

³⁶² Ao contrário do IRDR (CPC, art. 987), não há previsão expressa de recursos excepcionais a desafiar decisão proferida por corte intermediária no âmbito de IAC. Para uma defesa da possibilidade de manejo destes recursos em face da decisão que julga o incidente, ver: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. **Incidente de assunção de competência**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 135-142; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 788-789.

³⁶³ Vale destacar que o RISTJ corrobora esta possibilidade, prevendo expressamente em seu art. 268 a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisões do STJ.

do julgamento de recurso especial repetitivo ou de recurso extraordinário “avulso”, com repercussão geral.

E é nesse contexto que se insere a polêmica do art. 1.030 do CPC, dispositivo que trata sobre o exame de admissibilidade pelas cortes intermediárias (após a mudança feita pela Lei nº 13.256/2016) dos recursos extraordinário e especial. De forma mais específica, a contenda gira em torno da possibilidade de que a interpretação literal deste dispositivo impeça a superação do entendimento dos tribunais superiores e, conseqüentemente, atue como perniciosa forma de *engessamento* do direito.

Em síntese, e para o que interessa neste trabalho, são duas possibilidades antevistas pelo art. 1.030 a partir do cenário em que há precedente obrigatório formado.³⁶⁴ A primeira é se a decisão da corte intermediária for contrária ao precedente obrigatório, situação em que o presidente ou vice-presidente da corte deve encaminhar o processo para juízo de retratação, ou seja, adequação ao precedente.³⁶⁵ A segunda – e mais relevante para este estudo – diz respeito à possibilidade de que a decisão da corte intermediária seja no mesmo sentido do precedente obrigatório. Neste caso, o art. 1.030, inciso I, determina que o recurso tenha seu seguimento negado³⁶⁶, o que pode ser desafiado por agravo interno direcionado ao pleno do tribunal intermediário³⁶⁷ – e não pelo agravo do art. 1.042, que é endereçado aos tribunais superiores.³⁶⁸

Muito embora existam argumentos em defesa desta sistemática, inclusive relacionados à *eficiência* – lembre-se, um dos escopos dos precedentes judiciais – proporcionada pelo filtro que impede a remessa de recursos contrários a precedentes obrigatórios para os tribunais superiores, o já mencionado risco de engessamento do direito não pode ser desconsiderado.

³⁶⁴ Cf. MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 454.

³⁶⁵ CPC: “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: [...] II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.”

³⁶⁶ CPC: “Art. 1.030. [...] 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; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto 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.”

³⁶⁷ CPC: “Art. 1.030. [...] § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.”

³⁶⁸ CPC: “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.”

Como assevera Lucas Buril de Macêdo, “pela leitura do art. 1.030 do CPC, simplesmente não há possibilidade de se superarem precedentes mediante recursos excepcionais.”³⁶⁹

É, pois, por isso que a doutrina, além de questionar o dispositivo³⁷⁰, vem buscando alternativas para que seja conciliada a demanda do sistema pela observância de precedentes obrigatórios com a necessidade de se manter aberta a possibilidade de superação deles, fenômeno intrínseco, como já visto anteriormente, a um sistema de precedentes obrigatórios.

A primeira proposta para contornar esse cenário seria mediante atuação da corte intermediária que, “antevendo a probabilidade de uma mudança de entendimento do tribunal superior”³⁷¹, admita o recurso a partir das alegações do recorrente sobre a necessidade de superação do precedente obrigatório. No entanto, esta alternativa esbarra, mais do que na ausência de previsão legal, no fato de que haveria descumprimento frontal do previsto no já referido art. 1.030, I, do CPC.³⁷²

A segunda consiste na interposição de novo recurso extraordinário ou especial, diante da decisão proferida pela corte intermediária no âmbito do agravo interno apresentado com base nos artigos 1.030, § 2º, e 1.021, do CPC. Trata-se de alternativa que se mostra, ao menos em tese, adequada. O fundamento para o recurso especial seria a violação aos artigos do CPC que versam sobre superação de precedentes (art. 927, §§ 2º, 3º, e 4º), ao passo que o recurso extraordinário seria baseado no art. 102 da Constituição Federal.³⁷³

³⁶⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 456.

³⁷⁰ “Se servir à imobilidade da jurisprudência dos tribunais superiores, o art. 1.030, I, CPC, é inconstitucional.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 377).

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 377.

³⁷² Diante da falta de previsão legal para este procedimento, Bruno Augusto Sampaio Fuga levanta a possibilidade de que seria legítimo a corte intermediária admitir recursos contrários a precedentes obrigatórios em caso de sinalização, pelas cortes superiores, de que estes poderiam ser superados (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 338). Entretanto, e assim como examinado no tópico 4.2.2.2, as dificuldades práticas para a internalização no ordenamento brasileiro das técnicas de *signaling* e julgamento-alerta sugerem cautela em sua aplicação, ainda mais nesse cenário de possível aplicação *contra legem*.

³⁷³ Defendendo a possibilidade de novo recurso especial ou extraordinário para superação do entendimento, ver: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 764; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 352-355; NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, 2018, p. 25). Em sentido contrário, defendendo a inviabilidade desta alternativa sob o argumento de que se trataria de admitir o cabimento dos recursos excepcionais sem o esgotamento das instâncias ordinárias, ver: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 216.

A terceira alternativa para evitar o empecilho à superação de precedentes imposto pelo art. 1.030 seria, a partir de decisão negando seguimento ao recurso no agravo interno, a parte interpor novo agravo, desta vez direcionado aos tribunais superiores. Contudo, revela-se incabível³⁷⁴ diante da expressa contrariedade ao texto do art. 1.042 do CPC.³⁷⁵

Por sua vez, a quarta proposta refere-se à possibilidade de apresentação pela parte de petição ao tribunal superior, alegando a possível superação do precedente obrigatório como fundamento para que o recurso possa “subir”.³⁷⁶ Por analogia, seria algo equivalente ao pedido por simples petição para atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais.³⁷⁷ O argumento para afastar a incidência do filtro do art. 1.030 é de que não se trataria de recurso que simplesmente invoca tese já refutada anteriormente, mas sim de possível *overruling* do precedente obrigatório – o que atrairia a competência do tribunal superior para julgar o caso.³⁷⁸ Sem embargo de a proposta aparentar ser razoável, o estilo da jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, sobretudo o STJ, sugere tratar-se de alternativa com poucas chances de prevalecer.

A quinta possibilidade seria o manejo de reclamação, proposta diante de decisão proferida pela corte intermediária em agravo interno negando a remessa do recurso extraordinário ou especial aos tribunais superiores. Nessa hipótese, não se trataria do cabimento da reclamação para garantir a observância de precedente obrigatório – tema controverso nos tribunais³⁷⁹ e cujos efeitos na temática da superação de precedentes serão examinados no

³⁷⁴ Chegando na mesma conclusão, ver: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 217; FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 356; NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 22).

³⁷⁵ Nesse sentido: “[...] com base na literalidade da parte final do *caput* do artigo 1.042, a tendência dos Tribunais Superiores, ao se depararem com o agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário (interposto contra o agravo interno) parece ser a sua inadmissão, com a simples afirmação de que o recurso excepcional anteriormente inadmitido trata de matéria já decidida em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos.” (NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, p. 22).

³⁷⁶ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 356.

³⁷⁷ CPC: “Art. 1.029. [...] § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037; [...]”.

³⁷⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 218.

³⁷⁹ A referência é sobre a discussão do cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente obrigatório formado no bojo de recurso especial repetitivo. A despeito da literalidade da norma (art. 988, § 5º, II, do CPC), que permite o manejo da reclamação após esgotadas as instâncias ordinárias, a Corte Especial do STJ

próximo tópico desta dissertação –, mas sim para preservar a competência do tribunal.³⁸⁰ Até porque, toda a discussão sobre o art. 1.030 do CPC gira em torno de se buscar evitar a incidência do precedente obrigatório, seja pela distinção ou, para o que interessa neste trabalho, pela técnica da superação de precedentes.

Isso posto, a reclamação para preservação da competência exige a verificação de processo instaurado perante órgão diverso daquele competente para apreciar o conflito³⁸¹, isto é, uma situação de retirada de poder da corte competente que justifica a reclamação como forma de assegurar a sua competência.

Para a situação ora discutida, argumenta-se que o filtro do art. 1.030 estaria retirando do STF e do STJ a última palavra a respeito de efetiva violação ou não da Constituição ou da legislação federal, respectivamente – esse seria, portanto, o contexto de usurpação de competência a justificar a reclamação.³⁸² O tema é instigante e merece aprofundamento pela doutrina e pelos tribunais, pois embora, por um lado, possa parecer contraditório narrar usurpação de competência considerando que há precedente obrigatório formado justamente pelos tribunais superiores³⁸³, por outro é possível argumentar que a usurpação seria do poder de revisitar a questão jurídica e, eventualmente, superar o precedente obrigatório anteriormente formado.³⁸⁴

entendeu – aliás, de modo a formar um precedente obrigatório, com base no art. 927, V, do CPC – de forma contrária, por considerar que “a reclamação constitucional não trata de instrumento adequado para o controle da aplicação dos entendimentos firmados pelo STJ em recursos especiais repetitivos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação nº 36.476/SP**. Relatora Min. Nancy Andriighi, DJe 06.03.2020).

³⁸⁰ CPC: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; [...]”

³⁸¹ LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 259. Diversos exemplos concretos são mencionados por Leonel, como o caso em que “determinado Estado-membro propôs ação civil pública em face do órgão ambiental da União, configurando conflito federativo, na medida em que eventual acolhimento da demanda traria repercussão direta sobre projeto de grande vulto do governo da União.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 263).

³⁸² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 364. Em sentido contrário: “Tal posicionamento alarga excessivamente o cabimento da reclamação por usurpação de competência, o que não foi desenvolvido para que acabe por abarcar – de forma ampliativa – a previsão desse remédio jurídico processual enquanto apto para o controle na aplicação de precedentes.” (PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 217).

³⁸³ A esse respeito, cumpre destacar as lições de Ricardo de Barros Leonel sobre o aspecto teleológico da reclamação para preservação da competência, que é o de garantir que “o papel de uniformização quanto à interpretação e aplicação das regras da Constituição e das leis federais seja exercido de modo mais eficaz, pelo STF e pelo STJ.” (LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 265).

³⁸⁴ Não é surpreendente que o tema seja controverso nos tribunais. A favor do cabimento da reclamação pelo fundamento de necessidade de preservação da competência da corte (art. 988, I, do CPC) nesse cenário, pode-se citar julgado da Segunda Turma do STF que admitiu o cabimento de reclamação, pois a parte reclamante teria demonstrado que a situação envolvia possível superação de precedente obrigatório (BRASIL. Supremo Tribunal

A sexta proposta aventada para evitar que o filtro do art. 1.030 do CPC seja uma barreira à superação de precedentes formados em recurso extraordinário com repercussão geral e em recursos especial e extraordinário repetitivos envolve a utilização da ação rescisória, pelo fato de o tribunal negar provimento ao agravo interno sem considerar os argumentos para a superação do precedente. No entanto, esta é uma alternativa inadequada, por uma série de razões.³⁸⁵ Primeiro porque a regra que permite o cabimento da rescisória pela ausência de *distinção* do caso concreto em relação a determinados precedentes obrigatórios³⁸⁶ é específica para a hipótese de *distinguishing*, sem possibilidade de utilização por analogia para eventual superação. Segundo porque não há que se falar em violação de norma jurídica pela decisão negativa no agravo interno, até porque a corte intermediária sequer poderia efetuar o *overruling*.³⁸⁷ E terceiro, a partir de uma visão mais pragmática, porque o efeito da rescisória seria a prolação de nova decisão pela corte intermediária, que – ressalte-se novamente – não tem poder para promover a superação do precedente obrigatório.

Finalmente, a sétima proposta – que de fato parece razoável a fim de preservar a segurança jurídica – envolve o reconhecimento de que o art. 1.030 do CPC precisa ser alterado. Assim, seria necessária atuação *de lege ferenda* para garantir que o dispositivo não se preste a atuar como mecanismo de engessamento do direito. Ao mesmo tempo, seria adequado que a mudança legislativa abarcasse instrumentos de inibição a recursos manifestamente incabíveis –

Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação nº 28.605/DF**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 24.08.2018). Segundo o Min. Toffoli, relator do caso, a usurpação da competência do STF foi verificada diante da “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*).” Em situação semelhante, mas com decisão em sentido oposto, destaque-se julgado da Segunda Seção do STJ em que a reclamação apresentada com base no art. 988, I, não foi admitida, sob o argumento de que “no caso, não se cogita de usurpação de competência desta Corte Superior, na medida em que o Tribunal reclamado decidiu em consonância com precedentes atuais do STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Interno na Reclamação nº 37.830/MS**. Relator Min. Og Fernandes, DJe 14.08.2020).

³⁸⁵ Sobre o assunto, ver FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Ed. Thoth: Londrina, 2020, p. 362-363.

³⁸⁶ CPC: “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. § 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.”

³⁸⁷ “Tal fato, entretanto, é perigoso ao sistema jurídico, porque pode acabar por permitir aos juízes de todas as instâncias promoverem a superação das teses jurídicas (para a qual não são competentes), enquanto disfarçada de distinção, sendo essa distinção feita não do ponto de vista fático, mas ‘com base em uma nova questão jurídica’”. (NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, 2018, p. 21).

ou seja, com “a previsão de alguma sanção para os recorrentes que apontem distinções ou superações sem o mínimo de plausibilidade.”³⁸⁸

4.6.2.2 Reclamação como instrumento para a superação de precedentes obrigatórios

Como adiantado no tópico anterior, a utilização da reclamação como forma de superação de precedentes obrigatórios é frequentemente submetida ao escrutínio da doutrina e dos tribunais. Neste item, a análise será da possibilidade de manejo do instrumento a partir de sua hipótese de cabimento relacionada à tutela de precedentes obrigatórios em outros casos, ou seja, quando o “remédio processual” vai além de sua missão original de tutela da decisão do caso concreto, prestando-se a exercer a função de outorgar eficácia aos precedentes.³⁸⁹

De acordo com o CPC³⁹⁰, a reclamação nesse cenário é cabível para garantir a observância de praticamente todos os pronunciamentos judiciais do art. 927 – que, como visto anteriormente, são os que constituem precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro. Assim, é aceita para forçar a observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, inciso I), das súmulas vinculantes (inciso II), das decisões em IAC, IRDR e recursos extraordinário e especial repetitivo (inciso III), e das decisões em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (inciso V). Por outro lado, ficariam à margem da incidência de reclamação as situações dos pronunciamentos judiciais de súmulas não vinculantes do STF e STJ (art. 927, inciso IV), bem como outras decisões do plenário das cortes (decisão da Corte Especial do STJ, por exemplo).

Sem embargo da previsão legal expressa, é preciso pontuar críticas que a doutrina faz desta ligação entre reclamação e precedentes obrigatórios. A esse respeito, Lucas Buril de Macêdo argumenta que o meio adequado para forçar a observância de precedente obrigatório

³⁸⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 470-471.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 976 ao 1.044. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 141. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

³⁹⁰ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; [...] § 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.” Importante assinalar que mesmo antes do CPC já havia previsão na Constituição Federal acerca do cabimento da reclamação, como, para o que interessa neste trabalho, o art. 103-A, §3º, que prevê que caberá reclamação ao STF contra “ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.”

deveria ser a via recursal ordinária. Até porque, na hipótese de descumprimento da lei por juízes ao decidir um caso concreto, resta ao jurisdicionado “apenas” interpor recurso. Assim, questiona retoricamente, qual motivo justificaria, ainda mais em ordenamento com tradição de *civil law* como o brasileiro, o tratamento diferenciado para os precedentes obrigatórios?³⁹¹

A despeito das críticas, tem-se verificado não somente a ocorrência de reclamações para garantir a observância de precedentes obrigatórios – o que, repita-se, tem fundamento legal –, mas também sua utilização para superar precedentes obrigatórios.

Para além de manifestações favoráveis na doutrina, fundamentalmente com o argumento de que a reclamação pode atuar “como mecanismo de oxigenação dos precedentes qualificados”³⁹², o posicionamento emblemático nesse sentido deu-se no julgamento da Reclamação 4374.³⁹³ No caso, cujos detalhes fáticos não interessam para o presente trabalho, o autor buscava a aplicação de precedente formado em sede de ADI e por isso apresentou a reclamação. A decisão “simples” seria realizar a adequação do precedente ao caso concreto, ou seja, o STF cassar a decisão do tribunal intermediário. Contudo, a decisão foi pela reapreciação da questão discutida no precedente formado no passado e, conseqüentemente, pela superação do referido precedente, que o reclamante buscava que fosse aplicado.³⁹⁴

Esta linha de pensamento, no entanto, não é a mais adequada. Primeiro porque a finalidade da reclamação é tutelar o precedente, isto é, a sua manutenção em outros casos. Isso não implica em qualquer reconhecimento de imutabilidade dos precedentes, mas apenas que a

³⁹¹ “Ora, permitir o cabimento da reclamação constitucional com fundamento em violação de *ratio decidendi* é análogo a permiti-la com base na infringência da lei. Não há qualquer razoabilidade em instituir cabimento da reclamação por ofensa à lei, visto que isso nada mais é do que uma forma de eliminar o próprio processo judicial, fixando o tribunal como único órgão legítimo para a afirmação do direito.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 597).

³⁹² NADAL, João Eduardo de. **Reclamação constitucional: garantia, observância e superação dos precedentes judiciais**. Belo Horizonte: Ed. Casa do Direito, 2020, p. 277. No mesmo sentido: ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 920.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 4.374/PE**. Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 04.09.2013.

³⁹⁴ Conforme trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, que merece ser transcrito: “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 a evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Assim, ajuizada a reclamação 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.” Em voto vencido, o Min. Teori Zavascki se posicionou de forma contrária, consignando que a reclamação não poderia ser instrumento para reexaminar a decisão tomada como parâmetro – o precedente obrigatório. Isso porque, nas palavras do Min. Zavascki, “não cabe em reclamação, que só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo, fazer juízo sobre as questões decididas, muito menos se presta a reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões, até porque as partes, na relação de direito material, não estão representadas nessa reclamação.”

superação não deve vir por meio da reclamação, sob pena de fazer tábula rasa da previsão de cabimento do instrumento, que é de garantir a observância de precedentes obrigatórios.

Segundo, porque a utilização da reclamação como forma de superação de precedentes equivale a desconsiderar por completo o papel das cortes intermediárias no sistema de precedentes. Muito embora estas não possam realizar a superação dos precedentes no sistema processual brasileiro, como visto no item 4.3.2, elas têm a importante missão de contribuir para “amadurecer” as discussões sobre eventual *overruling* de precedentes obrigatórios, a partir da via recursal. Tal como aponta Barbosa Moreira, “as incessantes mutações da sociedade são captadas mais depressa e mais intensamente pelos órgãos judiciais de nível inferior”³⁹⁵, pelo que a ideia de superação *per saltum* pela via da reclamação, além de não ter previsão legal, tende a não observar os necessários parâmetros para se definir quando se deve superar um precedente obrigatório.³⁹⁶

Terceiro, por uma perspectiva mais pragmática e considerando eventual tentativa de superação de precedente obrigatório pela via da reclamação no âmbito do STF, porque o RISTF determina que a competência para processar e julgá-las é de suas Turmas.³⁹⁷ Disso se retira a impossibilidade de superação de precedentes pela via da reclamação no STF. Ora, as decisões fracionárias do STF não constituem precedentes obrigatórios, pois não se enquadram nos pronunciamentos judiciais do art. 927 do CPC. Assim, indaga-se como seria possível cogitar a superação de um precedente por quem não tem competência para formar precedentes obrigatórios – lembrando que a superação é “espécie” do “gênero” formação de precedentes.

4.6.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade como instrumento para superação de precedente obrigatório formado em Ação Declaratória de Constitucionalidade

A última hipótese de superação incidental de precedente obrigatório a ser examinada envolve cenário de norma declarada constitucional pelo STF em ADC e posteriormente considerada inconstitucional em sede de ADI.³⁹⁸ Em outras palavras, trata-se da possibilidade

³⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual, nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 310-311.

³⁹⁶ Tal como examinado no tópico 4.4 desta dissertação.

³⁹⁷ Art. 9º, “c”, do RISTF. Vale destacar que à época da prolação da decisão da Reclamação 4.374, mencionada anteriormente, a competência para processar e julgar reclamações era do Plenário do STF.

³⁹⁸ Este tópico parte das considerações – aqui com novas reflexões – feitas pelo autor da presente dissertação em publicação relacionada ao tema (SCOPEL, Adriano Sayão. Estabilidade das decisões declaratórias de

de o precedente obrigatório formado no âmbito da ADC – pronunciamento judicial que se enquadra no art. 927, I, do CPC – ser superado por outra decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

Como se sabe, a ADC, instrumento de jurisdição constitucional inserido no ordenamento brasileiro pela EC nº 3/1993 (que alterou o art. 102, I, “a”, da Constituição) e regulamentado pela Lei nº 9.868/1999, tem como objetivo afastar situação de incerteza jurídica, mediante o reconhecimento – ou não – da compatibilidade de determinada norma com a Constituição.³⁹⁹

A decisão de procedência da ADC, assim como qualquer outro precedente obrigatório formado no sistema brasileiro, faz jus a uma *estabilidade* que, no entanto, não se confunde com *imutabilidade*.⁴⁰⁰ Esta foi, aliás, preocupação levantada na primeira ADC apreciada pelo STF⁴⁰¹ – em *obiter dictum*, o Min. Carlos Velloso bem resumiu a questão: “hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não.”

Entretanto, o *overruling* na hipótese ora discutida, tal como se dá com a possibilidade de superação incidental de precedentes por meio de recursos extraordinário e especial, se depara com desafios para sua concretização. Ao contrário da possibilidade examinada no tópico 4.6.2.1 acima, em que a barreira para a superação decorre da previsão do art. 1.030 do CPC – equivocada, frise-se –, a possibilidade de superação de precedente formado em ADC por meio da via da ADI vem encontrando resistência no próprio STF.

Um exemplo disso se deu no julgamento da ADI 6630⁴⁰², julgada pelo STF em março de 2022. O caso envolvia a possível rediscussão do entendimento assentado pela corte nas ADCs 29 e 30 (as ações foram julgadas em conjunto⁴⁰³), por meio das quais foi reconhecida a

constitucionalidade: quando e como é cabível a reanálise da (in)constitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 22, n. 1, 2021).

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019, p. 308.

⁴⁰⁰ Cf., nesse sentido, as lições de Gilmar Ferreira Mendes: “Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição.” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 413).

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 Questão de Ordem**. Relator Min. Moreira Alves, DJe 16.06.1995.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.630/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2022.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 29.06.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 29.06.2012.

constitucionalidade de dispositivo sobre inexigibilidade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). Pois bem, para o que interessa neste trabalho, a discussão residia em definir se a ADI deveria ser ao menos conhecida – e conseqüentemente haver a possibilidade de superação total ou mesmo parcial do precedente obrigatório nela assentado⁴⁰⁴ – ou se o precedente anterior teria o condão de impedir que a questão fosse novamente debatida pela corte.

Esta última posição acabou prevalecendo, de sorte que a ADI não foi sequer conhecida pelo STF. Em seu voto, o Min. Alexandre de Moraes defende, em síntese, que a reanálise da questão jurídica seria o equivalente a uma ação rescisória, sendo que a condição para que a corte se debruçasse novamente sobre o assunto seria a edição de nova lei sobre o tema.⁴⁰⁵

Contudo, como examinado no tópico 4.4 desta dissertação, a questão das alterações legislativas é apenas mais um dos parâmetros para a possível superação de precedentes obrigatórios, mas não o único. Pensar assim seria uma forma de amesquinhar o fenômeno do *overruling*, deixando-o sempre à mercê da atuação do Legislativo. Isso não implica em dizer que toda ADI que busque a declaração de inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em sede de ADC deve ser automaticamente conhecida e julgada em seu mérito. Significa que na decisão acerca da admissão devem ser levados em conta os diversos parâmetros que auxiliam as cortes na definição de quando se deve superar precedentes obrigatórios. Essa seria a forma mais adequada de conciliar a necessidade de evitar o engessamento do direito com as preocupações, também refletidas no voto do Min. Alexandre

⁴⁰⁴ Cf. manifestação do Min. Luís Roberto Barroso: “Eu acho que, quando nós temos uma ação declaratória de inconstitucionalidade e uma norma é declarada inconstitucional, ela sai do sistema jurídico e não é possível revisitar aquela matéria. Saiu do sistema, não tem como voltar. Mas quando o Supremo Tribunal Federal considera, num determinado julgamento, uma lei constitucional, isso não impede, em julgamento futuro, tendo havido uma mudança na realidade fática ou na própria percepção do Direito, quando não numa mudança normativa, que o Supremo possa revisitar essa posição. [...] E um exemplo que eu daria: há trinta anos, a ideia de que o princípio da igualdade acolhesse uniões de pessoas do mesmo sexo talvez fosse impensável e, eventualmente, uma norma que dissesse que casamento só pode ser entre homem e mulher fosse considerada constitucional. Ao longo do tempo, a percepção desse fenômeno se transmudou e, portanto, o que antes era considerado constitucional passa a ser considerado inconstitucional. Portanto, é apenas uma questão, na minha visão, de interpretação evolutiva.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.630/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2022).

⁴⁰⁵ Conforme trecho do voto – vencedor, ressalte-se – do Min. Alexandre de Moraes: “Vale dizer, chegou ao Supremo e se, por maioria absoluta, o Supremo decidir de um lado ou de outro, a questão está definida. Se a ação direta pede a inconstitucionalidade e o Supremo a declara, definiu-se. Agora, se o Supremo julga improcedente, por maioria absoluta, também se definiu. [...] ‘Ah, mas nunca mais o Supremo Tribunal Federal vai poder discutir esse assunto?’ Sim, porque a própria Corte definiu que as decisões não vinculam o Congresso Nacional. Basta o Congresso regulamentar a matéria de outra forma, ou da mesma forma, isso volta para poder ser discutido. Mas não cabe nova ação direta, ou nova ADPF, ou nova ação declaratória de constitucionalidade, e não cabe ação rescisória.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.630/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2022).

de Moraes⁴⁰⁶, relacionadas à eficiência do sistema – aliás, um dos escopos dos precedentes judiciais, vale destacar.

4.7 Conclusões parciais

Diante do que foi exposto neste capítulo, resta evidente que a consequência lógica de um ordenamento que adota sistema de precedentes obrigatórios é a necessidade de incorporação do conceito da superação de precedentes – instrumento essencial para evitar o engessamento do direito.

É certo, porém, que a pouca familiaridade do ordenamento brasileiro (tribunais, fundamentalmente, mas também os jurisdicionados) no trato da temática da superação de precedentes obrigatórios – o que é natural, dado que historicamente os precedentes tinham função meramente persuasiva – não autoriza a absorção automática de todas as técnicas relacionadas a este fenômeno que são utilizadas em ordenamentos de tradição do *common law*. O problema não consiste na incorporação na rotina brasileira de termos como *overruling* ou *prospective overruling*, mas sim na absorção acrítica de técnicas que, dado o atual estágio de evolução do sistema de precedentes obrigatórios no país, tendem a mais prejudicar do que contribuir para que os escopos dos precedentes sejam alcançados.

Para ficar apenas em um exemplo – já que este tópico não visa arrolar todos os argumentos expostos neste capítulo –, basta citar a técnica do julgamento-alerta. Não se trata de invalidá-la por completo, mas sim de questionar se sua utilização seria adequada no momento atual do modelo brasileiro de precedentes. A resposta é negativa, na medida em que ao tão somente sugerir a possibilidade de superação de precedente obrigatório, a corte – ou, pior, apenas um de seus membros – retira todos os benefícios em termos de segurança jurídica que o sistema de precedentes visa garantir aos jurisdicionados. Além disso, seu uso tende a incentivar que juízes e tribunais desrespeitem a *ratio decidendi* do precedente obrigatório, resultando em quebra da uniformidade jurisprudencial e, conseqüentemente, em prejuízo aos jurisdicionados sob o ponto de vista da isonomia.

⁴⁰⁶ Em outro trecho de seu voto, o Min. Moraes aponta o risco “de passarmos a permitir o ajuizamento de inúmeras novas ações diretas de temas já analisados definitivamente por essa corte, bastando que as novas ações impugnem ‘no varejo’ o que já foi analisado e declarado constitucional ‘no atacado’, ou em outras palavras, bastando que os novos pedidos sejam feitos com base em ‘artigos fatiados’ de ‘leis inteiramente já declaradas constitucionais’, com ampla discussão em relação ao tema suscitado posteriormente, como no caso em questão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.630/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2022).

Mais do que compilar todas as possíveis técnicas para a superação de precedentes, o ordenamento brasileiro demanda uma sistematização acerca dos parâmetros que justificam o *overruling*. Pois bem, dizer que a superação de precedentes se justifica em razão de mudanças na sociedade, embora seja correto, logo enseja questionamentos: quando é cabível que o tribunal reveja seu posicionamento e promova a superação de precedentes? Quais são os parâmetros que indicam a necessidade disto?

Não existem respostas simples e objetivas para estes questionamentos. Nesse contexto, examinou-se os parâmetros elencados pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, julgado em junho de 2022, para justificar o *overruling* do icônico precedente *Roe v. Wade*. Embora úteis e potencialmente aplicáveis para a realidade brasileira, com os devidos ajustes em vista das peculiaridades de nosso sistema, fez-se necessária a análise de outros possíveis parâmetros. Sobre estes, propõe-se um início de debate para que a doutrina e as cortes – potencialmente a Corte Especial do STJ no iminente julgamento do Tema Repetitivo 677 –, discutam sobre se os parâmetros de: (i) alterações legislativas; (ii) idade dos precedentes; (iii) mudanças de composição nas cortes; e (iv) descumprimentos reiterados devem ser considerados para a decisão sobre quando superar precedentes obrigatórios.

No que se refere aos requisitos processuais para a superação de precedentes obrigatórios no ordenamento brasileiro, observou-se uma similitude com o processo de sua formação – até porque, como apontado e salvo situações específicas (revogação do precedente por legislação superveniente, por exemplo), a superação de precedentes é uma “espécie” do “gênero” formação de precedentes.

Dessa forma, a incidência dos potenciais requisitos examinados no tópico 3.3 desta dissertação (para o cenário de formação dos precedentes) obedece lógica semelhante no sentido de que sua exigência depende de expressa previsão legal. É dizer, a publicidade do pronunciamento judicial é necessária tanto para a formação de precedentes judiciais obrigatórios quanto para sua superação. Mesmo os dispositivos expressos no CPC acerca de requisitos processuais para a superação de precedentes (§§ 2º e 4º do art. 927) – não refutam o argumento, pois não são condições para a eficácia da superação de precedentes, mas recomendações – positivas pela perspectiva dos escopos da segurança jurídica e da isonomia entre os jurisdicionados, aliás – para que nos pronunciamentos judiciais haja participação da sociedade e fundamentação específica sobre os motivos pelos quais o precedente anterior deve ser superado.

Finalmente, mas não menos importante, é preciso assinalar a relevância de que o ordenamento brasileiro preveja instrumentos processuais para que a superação do precedente possa ocorrer, os quais precisam ser efetivamente acessíveis aos jurisdicionados. Em aspectos concretos, isso passa, por exemplo, pela necessidade de encontrar alternativas para que o art. 1.030 do CPC não seja um óbice para a superação de precedentes pela via dos recursos extraordinário e especial.

5 CONCLUSÕES FINAIS

Esta conclusão não busca elencar todas as discussões enfrentadas na dissertação, mas sim destacar os pontos que parecem mais importantes no que se refere ao objetivo proposto neste trabalho, qual seja, examinar os parâmetros que devem ser observados para que a formação e a superação dos precedentes judiciais obrigatórios ocorra no sistema judicial brasileiro.

Na primeira parte deste trabalho (Capítulo 2), buscou-se delimitar os principais conceitos relacionados ao estudo dos precedentes judiciais, a partir da proposta de análise do fenômeno por quatro dimensões: (i) institucional; (ii) estrutural; (iii) objetiva; e (iv) da eficácia. Das diferentes combinações destas, tem-se que não há uma “fórmula pronta” para se trabalhar com precedentes obrigatórios a ser adotada pelos ordenamentos. Por outro lado, e mesmo não se descurando das peculiaridades de cada sistema jurídico, verificou-se que o exame de quaisquer dos institutos relacionados aos precedentes obrigatórios deve ser feito à luz de escopos comuns, quais sejam: (i) segurança jurídica; (ii) igualdade entre os jurisdicionados; e (iii) eficiência.

Ainda nesta primeira parte do trabalho, discorreu-se sobre as inovações trazidas pelo CPC de 2015 sobre o tema, com a constatação de que, embora ainda haja longo caminho para se falar em consolidação do sistema de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento, houve importantes avanços, sobretudo com a previsão no art. 927 do rol de pronunciamentos judiciais que devem ser observados por juízes e tribunais. Ainda sobre este dispositivo, verificou-se que o termo *observar* tem conotação de *vinculante* ou *obrigatório*, isto é, implica que os entendimentos dos tribunais fixados em tais pronunciamentos – com natureza distintas entre si – devem ser aplicados em casos futuros, salvo as hipóteses de *judicial departures* (distinção e superação).

Com base nas premissas teóricas estabelecidas, bem como à luz dos escopos que devem nortear o sistema de precedentes, constatou-se, na segunda parte do trabalho (Capítulo 3), que diante da ausência de previsão expressa no CPC acerca dos meios de formação dos precedentes obrigatórios, deve-se privilegiar a interpretação mais restrita ao texto da lei, reduzindo-se o quanto possível a margem de discricionariedade de juízes e tribunais para decidir quando se está ou não diante de um precedente obrigatório.

Nesse sentido, concluiu-se pela definição “de antemão” de quais pronunciamentos judiciais podem se tornar precedentes obrigatórios (incisos do art. 927 do CPC), bem como quais eventuais requisitos adicionais para qualificar determinado precedente como obrigatório devem se pautar por critérios objetivos e com previsão na legislação. Ou seja, à parte outras previsões legais (dispositivo que permite admissão de *amici curiae*, regra sobre a necessidade de fundamentação das decisões sob pena de nulidade etc.), não existem parâmetros específicos para a formação de precedentes obrigatórios que não aqueles expressamente previstos em lei (por exemplo, a necessidade de quem para aprovação de súmula vinculantes haja quórum qualificado).

Na terceira parte do trabalho (Capítulo 4) verificou-se que, a despeito do consenso sobre a necessidade de que em determinadas situações os precedentes obrigatórios sejam superados – para evitar o *engessamento* do direito –, deve haver cautela na internalização de técnicas para o *overruling* oriundas de ordenamentos com tradição de *common law*, notadamente os Estados Unidos. A recepção do conceito da superação de precedentes no Brasil não pode ser feita de maneira açodada e, portanto, deve se atentar aos riscos de descumprir os escopos dos precedentes judiciais na recepção acrítica de técnicas ousadas, como é o caso do julgamento-alerta.

Não obstante, conclui-se pela ausência de parâmetros que contribuam para a definição acerca de quando os precedentes obrigatórios devem ser superados. Ao contrário do que ocorre com a formação de precedentes obrigatórios, o eixo fundamental de discussão sobre a superação de precedente é *quando* isso deve acontecer. A ideia de mudanças nos padrões de congruência social não é incorreta, mas necessita ser densificada a fim de mitigar a superação injustificada de precedente judicial. Assim, elencar parâmetros para a superação de precedentes – o que se buscou fazer também a partir da experiência estrangeira – tem como premissa evitar que o *overruling* seja uma medida autoritária dos tribunais.

Com efeito, para que a análise sobre os parâmetros possa ocorrer, é imprescindível que o ordenamento tenha instrumentos processuais que permitam que pleitos de superação de precedentes, seja pela via concentrada ou incidental, possam alcançar as cortes competentes. É dizer, a palavra final para o *overruling* será dada pelo Poder Judiciário, mas não se pode fechar as portas aos jurisdicionados para que estes possam propor a superação de precedentes.

Mais do que respostas definitivas, ao examinar os parâmetros para a formação e a superação de precedentes judiciais obrigatórios no sistema processual brasileiro, apurou-se a necessidade de exortar a comunidade jurídica – e não somente os próprios tribunais que formam e superam precedentes – acerca de maiores reflexões sobre o assunto. Essa foi, pois, a intenção

desta dissertação: fomentar o debate, deixando evidente que o CPC de 2015 está longe de poder ser considerado o “fim da história” no que se refere à temática dos precedentes obrigatórios no Brasil.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**: De acordo com o Novo CPC - Lei 13.105/2015. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do direito. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012.

ARRUDA ALVIM, Teresa. STJ acerta ao fixar tese antes de julgar recurso repetitivo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 Jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/teresa-arruda-alvim-stj-acerta-fixar-tese-antes-julgar-repetitivo>. Acesso em: 05 jul. 2022.

ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (coord.). **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual, oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual, nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARIONI, Rodrigo. O que podemos aprender sobre precedentes em um recente julgamento da Suprema Corte dos EUA?. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 279-299, 2021).

BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt. **Minnesota Law Journal, Minnesota**, v. 90, p. 1232-1251, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Ed. SaraivaJur, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Precedente vinculante ou enunciado vinculante? Constitucionalidade? *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. (org.). **O novo processo civil brasileiro**: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: volume 1. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisis**: The Alteration of Precedents on the Supreme Court, 1946 – 1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Procedimento comum, processos nos tribunais e recursos: volume 2. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil; parte geral do código de processo civil: volume 1. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 221, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CENACHI, Luiza Gonzaga Drumond. **Precedentes judiciais na arbitragem**: a vinculação do árbitro às fontes de direito com eficácia *erga omnes* na arbitragem regida pelo direito brasileiro. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CROSS, Rupert; HARRIS, James W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3**. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2022.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais: volume 3**. 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Memórias de um processualista**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

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

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi X tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, p. 419-441, 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. Ed. Thoth: Londrina, 2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GARNER, Bryan. **The law of judicial precedent**. Eagan: Thomson Reuters West, 2016.

GERHARDT, Michael. **The Power of Precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GERHARDT, Michael. The role of precedent in constitutional decision-making and theory. **George Washington Law Review**, Washington, DC, v. 60, p. 68-159, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 2002.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente**: da distinção à superação. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

KERN, Christoph A. Judicial Independence and judicial hubris. *In*: SIMONS, Adrian *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, 1981.

LEONEL, Ricardo de Barros. Notas a respeito da valorização dos precedentes no novo CPC. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. 2010. Tese [Livre-docência em Direito Processual Civil] - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel. Further general reflections and conclusions. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (edit.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Surrey: Ashgate Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law? *In*: BONATO, Giovanni. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: Natureza, Eficácia, Operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 926 ao 975. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 976 ao 1.044. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (Coleção comentários ao Código de Processo Civil).

MARTINS, Willian Stoianov. **Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 668-690, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 3, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello. **Incidente de assunção de competência**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Reclamação nas cortes supremas**: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos**: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MURRILL, Brandon J. The Supreme Court's overruling of constitutional precedent. **Congressional Research Service**, Washington, D.C., v. 3, p. 1-54, 2018.

NADAL, João Eduardo de. **Reclamação constitucional**: garantia, observância e superação dos precedentes judiciais. Belo Horizonte: Ed. Casa do Direito, 2020.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A necessidade de meios para superação dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 281, 2018.

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (edit.). **Interpreting precedents**: a comparative study. Surrey: Ashgate Dartmouth, 1997.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PUOLI, José Carlos Baptista. “Amicus curiae” e a legitimação dos “julgamentos repetitivos”. *In*: SICA, Heitor Vitor Mendonça *et al.* (coord.). **Grandes temas do novo CPC**: partes e terceiros no processo civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Ed. J. de Oliveira, 2002.

PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei nº 13.256/16. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.) **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RE, Edward D. Stare decisis. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, 1994.

ROCHA, Igor Moraes; RODRIGUES, Larissa Holanda Andrade; VILELA, Otávio. O curioso caso dos IRDRs em segredo de justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 Abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-30/opinioao-publicidade-ampla-especifica-quem>. Acesso em: 05 jul. 2022.

SCHAUER, Frederick. Precedentes. Tradução: André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

SCOPEL, Adriano Sayão. Estabilidade das decisões declaratórias de constitucionalidade: quando e como é cabível a reanálise da (in)constitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 22, n. 1, 2021.

SCOPEL, Adriano Sayão. Oralidade recursal no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 321, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Edusp Livraria, 2021.

SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas. **The politics on the U.S. Supreme Court on the U.S. Supreme Court**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SUMMERS, Robert. Departures from precedent. *In*: MACCORMICK, Donald Neil; SUMMERS, Robert Samuel (edit.). **Interpreting precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução: Daniel Mitidiero. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

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

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo v. 199, p. 139-155, 2011.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

THEODORO JR., Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* (coord.). **Processo em jornadas**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TJ/MG questiona validade de tese do STJ e não aplica CPC em honorários. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 09 Maio 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/365615/tj-mg-questiona-validade-de-tese-do-stj-e-nao-aplica-cpc-em-honorarios>. Acesso em: 05 jul. 2022.

VITORELLI, Edilson. A prática do sistema de precedentes judiciais obrigatórios: entre fantasmas e potenciais. *In*: NETO, Edgar A. Marx *et al.* **Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Gênesis**, Curitiba, v. 5, n. 18, 2000.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**: vol. I. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente: obstáculos superáveis? *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça (coord.). **Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traducción: Marina Gascón. 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.

ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. *In*: BONATO, Giovanni. **O Novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Embargos de Declaração na Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.813.684/SP**. Relatora Min. Nancy Andrichi, DJe 20.08.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso nº 962.250/SP**. Relator Min. Og Fernandes, DJe 21.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP**. Relator Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12.05.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Reclamação nº 36.476/SP**. Relatora Min. Nancy Andrichi, DJe 06.03.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Recurso Especial nº 1.820.963/SP**. Julgamento não finalizado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Interno na Reclamação nº 37.830/MS**. Relator Min. Og Fernandes, DJe 14.08.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 382.736/SC**. Relator Min. Herman Benjamin, DJe 19.11.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Súmula nº 649**. DJe 3.5.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Agravo Interno no Agravo Interno na Reclamação nº 37.338/SP**. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 21.08.2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. **Recurso Especial nº 1.110.549/RS**. Relator Min. Sidnei Beneti, DJe 14.12.2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.721.716/PR**. Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe 10.12.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.974.436/RJ**. Relatora Min. Nancy Andrighi, DJe 25.03.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental na Reclamação nº 28.605/DF**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 24.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário 1.006.958/RS**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 21.08.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1 Questão de Ordem**. Relator Min. Moreira Alves, DJe 16.06.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 29.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 29.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.167/RR**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 03.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 01.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.180 AgR**. Relator Min. Dias Toffoli, DJe 27.04.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.630/DF**. Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449/DF**. Relator Min. Luiz Fux, DJe. 08.05.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 593.849/MG**. Relator Min. Edson Fachin, DJe 08.11.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 651703/PR**. Relator Min. Luiz Fux, DJe 28.02.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Proposta de Súmula Vinculante 13/DF**. DJe 24.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 4.335/AC**. Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 20.03.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 4.374/PE**. Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 04.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Reclamação 8.168/SC**. Relator Min. Edson Fachin, DJe 19.11.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 1.054.110/SP**. Relator Min. Roberto Barroso, DJe 06.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Súmula Vinculante nº 11**. DJe 22.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Súmula Vinculante nº 14**. DJe 09.02.2009.

Corte Especial - STJ - 30/03/2022. [Brasil: s. n.], 2022. 1 vídeo (265 min). [Live]. Publicado pelo canal Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DC4nVj2Wl0w>. Acesso em 05 jul. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Primeira Seção Cível. **Processo 1.0000.16.016912-4/002**. Relator Des. Corrêa Júnior, DJe 30.08.2017.

NÚCLEO de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdr>. Acesso em: 05 jul. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1010424-5.2019.8.26.0152**. 6ª Câmara do Direito Privado. Relator Des. Vito Guglielmi, DJe 24.05.2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Turma Especial de Direito Público. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2023631-70.2022.8.26.0000**. Relator Des. Sidney Romano dos Reis, DJe 28.04.2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Boletim de Precedentes**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/boletim-de-precedentes>. Acesso em: 05 jul. 2022.

UNITED KINGDOM. Court of Appeal. **Haseldine v. C. A. Daw and son, limited, and others**. 2 KB 343. July 31st, 1941.

UNITED KINGDOM. House of Lords. **Donoghue v. Stevenson**. A. C. 562. UKHL 100. May 26th, 1932.

UNITED KINGDOM. House of Lords. **Practice Statement**. 3 All ER 77. (1966). July 26th, 1966.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dobbs, State Health Officer of Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.** 597 U.S. (2022). June 24th, 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **June Medical Services L.L.C et al. v. Russo, interim secretary, Louisiana Department of Health and Hospitals.** 591 U.S. (2020). June 29th, 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Kimble et al. v. Marvel Entertainment, LLC.** 576 U.S. (2015). June 22nd, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Minersville School District v. Board of Education.** 310 U.S. 586 [1940]. June 3rd, 1940.

UNITED STATES OF AMERICA Supreme Court. **Montejo v. Louisiana.** 556 U.S. 778 [2009]. May 26th, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Ramos v. Louisiana.** 590 U.S. (2020). June 20th, 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **West Virginia state board of education et al. v. Barnette et al.** 319 U.S. 624 [1943]. June 14th, 1943.

Legislação

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973).** Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015).** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 235/2016, de 14 de julho de 2016.** Brasília, DF, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 444/2022, de 25 de fevereiro de 2022.** Brasília, DF, 2022.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (1942).** Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Rio de Janeiro, 1942.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Brasília, 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Brasília, 1999.

BRASIL. **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006.** Brasília, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, 2019. 400 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília: STF, 2020. 291 p.