

SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ATRAVÉS DO RECURSO ESPECIAL CÍVEL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

OVERCOMING JUDICIAL PRECEDENTS THROUGH SPECIAL CIVIL RESOURCES AND EXTRAORDINARY RESOURCES

Ruy Alves Henriques Filho¹, Gabriel Vicente Franciscan Elias ²

Diante da inovação do novo Código de Processo Civil ao trazer a Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios, surgiu a necessidade de melhor estudar alguns detalhes deste instituto porque, infelizmente, os dispositivos legais ofertados pelo legislador, restam incompletos – propositalmente ou não, de forma a justificar o debruçar doutrinário sentido atualmente. Desta forma, os pesquisadores em cotejo com os tribunais, buscam aprimorar conceitos acerca dos precedentes judiciais, bem como seus meios de flexibilização, objetivando melhor enquadrar essa sistemática em nosso ordenamento jurídico. O foco do presente artigo é a dificuldade de atingir a superação dos precedentes judiciais, ante a jurisprudência defensiva, muitas vezes embasada no art. 1.030, I, do Código de Processo Civil. Para melhor delimitar o tema, buscamos trabalhar sobre as técnicas argumentativas para encorpar o Recurso Especial Cível e/ou Recurso Extraordinário, com a intenção de obter sucesso no duplo juízo de admissibilidade e, se houver indícios de materialidade, revogar a tese objeto de recurso.

Palavras-Chave: Precedentes judiciais. Técnicas de flexibilização. Superação na prática. Recurso Especial Cível, Recurso Extraordinário

In view of the innovation of the new Code of Civil Procedure by bringing the Theory of Mandatory Judicial Precedents, the need arose to better study some details of this institute because, unfortunately, the legal provisions offered by the legislator, remain incomplete - intentionally or not, in order to justify a look at the doctrinal sense currently felt. In this way, researchers in comparison with the courts, seek to improve concepts about judicial precedents, as well as their means of flexibility, aiming to better fit this system in our legal system. The focus of this article is the difficulty of overcoming judicial precedents, in view of the defensive jurisprudence, provided for in art. 1,030, I, of the Civil Procedure Code. To better delimit the theme, we seek to work on the argumentative techniques to embody the Special Civil Appeal and / or Extraordinary Appeal, with the intention of obtaining success in the double admissibility judgment and, if there are signs of materiality, revoke the thesis object of appeal.

Keywords: Court precedents. Flexibility Techniques. Overcoming in Practice. Special Civil Appeal. Extraordinary Resources

¹ Doutor pela Universidade de Lisboa (reconhecimento pela Universidade Federal do Estado do Paraná). Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Magistrado e professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC. Autor dos livros "Identificação dos Precedentes Judiciais"; "Direitos Fundamentais e Processo" e "Processo Constitucional". Coordenador do Grupo de Estudo sobre Precedentes Judiciais do UNICURITIBA. Membro do Instituto Paranaense de Processo Civil e do Instituto Brasileiro de Processo. Diretor da Escola Judicial da América Latina e Vice-Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD.

² Acadêmico do curso de Direito, no Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Membro do Grupo de Estudo sobre Precedentes Judiciais da mesma instituição.

INTRODUÇÃO

Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o sistema jurídico-brasileiro adotava precipuamente a lei como fonte primária do Direito, mas, com o passar dos anos e a necessidade de melhor reafirmar a segurança jurídica, a jurisprudência passou a ser levada em consideração para futuras decisões, porém de forma gradativa e sem o necessário regramento (CABRAL; CRAMER, 2016).

Com objetivo de deixar nosso sistema jurídico processual mais adequado, os legisladores acharam por bem "importar" a técnica dos precedentes judiciais do sistema anglo-saxão. Também é sabido, obviamente, que muitos estudiosos também acreditam que criamos no processo brasileiro, uma espécie de "precedentes à brasileira".

Conforme explana Luiz Guilherme Marinoni (2019), na sistemática do Direito anglo-saxão, utilizado pela Inglaterra e Estados Unidos, o regramento ofertado aos jurisdicionados se dá principalmente por intermédio dos costumes (até porque somente em 1990 a Inglaterra aderiu à codificação processual codificada), em observância ao *rule of precedent*, ou seja, entende-se que a lei não é necessariamente fonte primária do Direito, ganhando maior ênfase, o hábito social e as decisões judiciais anteriormente proferidas.

Ainda sobre a adoção da teoria dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, observa-se que ela não foi contemplada de forma completa ou mesmo similar como proposta na *common law*. Talvez a justificativa para a ausência sentida tenha se dado pela natureza de nossa tradição jurídica, a *civil law*, que possui a lei como principal fonte do Direito (como resultado da Revolução Francesa e sua adstrição ao Princípio da Legalidade) e, agora, com a introdução mais franca da Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios, entende-se que, de forma subsidiária ao texto legal, estarão as teses emanadas pelos Tribunais Superiores.

Na prática, o legislador indexou ao Código de Processo Civil somente três dispositivos legais sobre o assunto, fazendo referência a existência da força normativa dos precedentes, esclarecendo quais são os órgãos que devem auxiliar no regramento dos jurisdicionados, prevendo a hipótese de ocorrer a distinção e superação da tese (precedentes) firmada pelos Tribunais Superiores. Analisando superficialmente os dispositivos, que serão mais adiante revisitados, é muito pobre a normatividade que pretende cuidar do assunto.

Todavia, ante a ausência da melhor técnica legislativa, denota-se que o texto legal deixou de abordar assuntos de extrema relevância, as quais norteiam a Teoria dos Precedentes Obrigatórios, como o próprio conceito de precedente, seus componentes *ratio decidendi*, *obiter dictum*, formas de flexibilização *distinguishing*, *overruling*, especialmente as hipóteses em que ocorre o *overruling* bem como os meios adequados para a sua modernização.

Dessa forma, cabe aos doutrinadores discutirem quais são os meios a serem adotados para suprir as omissões deixadas pelo poder legislativo, de modo que não inviabilize o sistema dos precedentes judiciais, lembrando que urge o entendimento que a inobservância do instituto pode levar à declaração de nulidade da decisão judicial que se afastou do julgamento paradigmático.

Em meio as omissões mencionadas, podemos considerar que a forma de superar o precedente é a mais complexa, vez que para interposição de recursos para o acesso às vias extraordinárias, objetivando superar o precedente junto as Cortes Supremas, é necessário que este seja contraposto a tese do Tribunal Superior, o que acaba sendo vedado pelo art. 1.030, I, do CPC. Cumpre salientar que o presente dispositivo constitui "jurisprudência defensiva", pois ressalvada a hipótese da superação dos precedentes, busca impedir discussões inoportunas junto aos Tribunais Superiores.

O artigo supracitado, determinada que para o acesso as vias extraordinárias, se faz necessário um exame de admissibilidade bifásico, ou seja, primeiramente o Presidente ou Vice-presidente das Cortes de Justiça observam os requisitos de admissibilidade, para posteriormente encaminhar ao STJ e/ou STF.

Todavia, o inciso primeiro do artigo acima, prevê a obrigatoriedade de negar seguimento ao precedente que for contrário ao entendimento do Tribunal Superior. Ora, se a parte busca revogar o entendimento firmado pelo STJ e/ou STF, obviamente o caso não estará de acordo com o precedente do tribunal. Resultado: será inadmitido.

Esta confusão se instalou porque na redação do projeto do código adjeto, o juízo de admissibilidade dos recursos para o acesso das vias extraordinárias estavam em um formato monofásico, portanto, o exame de admissibilidade do Recurso Especial Cível e do Recurso Extraordinário, eram realizados diretamente pelo órgão julgador, objetivando facilitar o trabalho dos advogados que não residem em Brasília e, também, reduzindo a quantidade de recursos analisados pelos tribunais, pois não mais seria necessário a interposição de agravo para destrancar os respectivos procedimentos recursais.

Dito isso, nota-se que sendo o exame de admissibilidade feito pelas próprias Cortes Supremas, responsáveis por emanar os precedentes para auxiliar no regramento dos jurisdicionados, a hipótese da superação do entendimento da corte seria realizada de maneira mais simples. Afinal, a parte interessada poderia simplesmente recorrer do acórdão prolatado pela Corte de Justiça, buscando a prestação jurisdicional do órgão julgador que constituiu o posicionamento pleiteado, e, assim, utilizando-se de suas razões pelo qual deveria haver mudança de precedente.

Ocorre, que esta proposta não foi bem-vista pelos Ministros que compõe o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, que se preocuparam com excesso de serviço a eles depositados, pois não haveria nenhuma espécie de "filtragem" dos recursos, acarretando a análise de todos os procedimentos recursais contra os acórdãos proferidos pelas cortes de justiça.

Com isso, frente a cirúrgica pressão exercida pelas Cortes Superiores, no apagar das luzes, foi aprovado a Lei nº 13.256/2016, que modificou o CPC/2015, ainda no período de *vacatio legis*.

Então, este escrito abordará as dificuldades para superar os precedentes, ante a lamentável técnica de nossos legisladores, bem como fornecido uma técnica específica para atingir o *overruling*.

1 PRECEDENTES NO BRASIL

Pois bem, segundo o que foi mencionado na introdução do presente artigo, o Código de Processo Civil separou poucos dispositivos para regulamentar o tema dos precedentes judiciais. Dessa forma, inicialmente será abordado o art. 926, do CPC (Lei nº 13.105/2015):

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

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Analisando texto legal supramencionado, resta evidente que o legislador apresentou a sistemática dos precedentes judiciais como uma forma de melhor estabelecer a segurança jurídica e a previsibilidade. Sobre essa constatação, podemos dizer que é uma espécie de conserto legislativo, pois anteriormente, havia a ideia de que somente a lei era capaz de manter as decisões em um único sentido.

Então, partindo dessa premissa, ficou incumbido aos Tribunais Superiores (STJ e/ou STF), também conhecido como Cortes Supremas ou Cortes de precedentes, a responsabilidade de ditar a metodologia para viabilizar a aplicação dos precedentes judiciais.

Aqui, cabe rememorar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o órgão jurisdicional de última instância, acerca dos litígios que versam sobre matéria de Lei Federal, enquanto o Supremo Tribunal Federal (STF) assume a competência por matérias de discussão constitucionais.

Portanto, esses dois órgãos se responsabilizam por emanar os precedentes, editar os enunciados de súmulas de forma coerente, observando as questões fáticas do caso paradigma e mantendo-a uniforme. Ou seja, além dos Tribunais Superiores auxiliarem no regramento dos jurisdicionados, possuem a competência para fazer a revisão da aplicação do precedente.

Diante dessa explanação, abre-se parênteses para destacar que sendo os Tribunais Superiores responsáveis por emanar os precedentes, com a incumbência de manter a tese pacífica e uniforme, também será o único órgão competente para revogar eventual precedente que tenha deixado de preencher sua função no contexto social.

Caso algum magistrado de grau hierarquicamente inferior aos Tribunais Superiores, decidam por discordar da tese firmada e sentenciem casos de forma divergente ao precedente, a sua conduta será considerada um desrespeito a ordem jurídica.

O fato de ser considerado um desrespeito a ordem jurídica, é bem apontado por Teresa Arruda Alvim (2019), pois continuamente esclarece que o precedente é o entendimento do judiciário sobre determinada conduta, com base na lei. Então, como os jurisdicionados são regrados pela lei aos olhos do poder judiciário, é absolutamente compreensível, afirmar que o precedente possui determinada carga normativa.

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, o magistrado singular ou a Corte de Justiça que deixa de adotar o entendimento das Cortes Supremas, se comparam ao jurisdicionado que desrespeita o ordenamento jurídico por discordar da lei em vigor (RAVI, 2019).

Ainda sobre o art. 926, do CPC, cumpre salientar que o legislador apresentou algumas confusões acerca dos conceitos básicos da teoria dos precedentes judiciais, vez que mencionam a necessidade de a súmula estar de acordo com os precedentes que as fundamentam, mas não conceitua, especificamente o que é um precedente judicial.

Prosseguindo ao art. 927, do CPC, constata-se que essas incertezas ainda se mantêm (Lei nº 13.105/2015):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

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

§ 3º 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.

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

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

No tocante ao dispositivo supra, percebe-se que ficou determinado a força normativa dos precedentes, incumbindo de forma mais clara e específica, o dever de ser respeitado a tese firmada pelas Cortes Supremas, assim, considera-se que as hipóteses previstas do inciso primeiro ao quinto, são meramente ilustrativos, sendo esta a corrente defendida por Mitidiero, Marinoni e Arenhart (*apud* VIANA; NUNES, 2018)

O motivo dos incisos não serem considerados taxativos ou até mesmo explicativos, ocorre pelas diversas falhas de conceitos apresentadas no dispositivo acima,

então, o caráter meramente ilustrativo é uma espécie de acordo da doutrina predominante no assunto.

Logo, a seguir passamos a abordar os conceitos necessários para melhor vislumbrar a técnica dos precedentes judiciais, especialmente no que tange a *ratio decidendi*, *obiter dictum*, precedentes, jurisprudências e súmulas.

2 CONCEITO DE PRECEDENTE

Em que pese o CPC/2015 tenha inovado, pois mudou radicalmente da pouca relevância da jurisprudência para a imposição dos precedentes judiciais, cabe aos doutrinadores estudar conceitos utilizados no direito anglo-saxão e adaptar ao nosso sistema jurídico.

De forma lógica, bastante simplista e completa, MARINONI (2017) conceitua os precedentes judiciais como decisões proferidas pelas Cortes Supremas, dotadas de efeitos obrigatórios, com capacidade de melhor "traduzir" a lei, servindo de parâmetro aos demais casos, assim, auxiliando no regramento dos jurisdicionados.

Então, partindo dessa premissa, inicia-se a discussão acerca do que é necessário para uma decisão se tornar um caso paradigma e, conseqüentemente, se tornar um precedente judicial com poderes de vinculação.

Na obra de Daniel Mitidiero (2019), ficou consignado que para a decisão ser capaz de se tornar um caso paradigma, é preciso que as Cortes Supremas tenham analisado e elucidado todos os fatos juridicamente relevantes, os quais tenham sido apresentados pelos advogados, bem como o entendimento unânime ou majoritário do Tribunal Superior responsável.

Sobre a identificação do instituto, há necessidade de qualificação das decisões hábeis a constituir precedentes integrativos, dotando-as de requisitos mínimos para que possam ensejar parâmetro uniformizador jurisprudencial. Dentre tais requisitos, sugere-se que somente possam constituir precedentes as decisões colegiadas, refletindo a integridade do sistema (mesmo não unânimes com ressalva das divergências); segundo requisito é a abertura da discussão ao público interessado em geral; como terceiro requisito sugere-se a delimitação de precedentes às decisões típicas do Poder Judiciário, ou seja, dentro do nível e grau de previsibilidade e exercício funcional do Poder Judiciário; como quarto e último requisito sugere-se a constituição de precedente somente quando existente lacuna normativa, havendo a superação do precedente pela posterior normatização do tema, o que, mesmo no berço de origem, sente a resistência do julgador que interpretou construtivamente, ainda que com base na Constituição Federal (HENRIQUES FILHO, 2021).

Portanto, cabe complementar que o entendimento unânime ou majoritário, não se refere ao dispositivo do acórdão, mas as razões adequadas aos fatos que levaram o tribunal a tomar determinada decisão, firmando um entendimento com efeitos erga omnes, isto é, vinculantes.

Ora, como a fundamentação da decisão é a parte que acaba sendo vinculada, é plenamente possível e até mesmo corriqueiro, ocorrer situações em que os recursos acabam sendo desprovidos, porém os ministros aproveitam a oportunidade e desde logo publicam a tese por eles

firmada, a fim de orientar os jurisdicionados acerca da matéria em questão.

Nessa esteira, também devemos observar que é possível o tribunal chegar a um resultado igual (recurso provido ou desprovido), mas com razões distintas entre os ministros que apreciaram a causa. Assim, também não estará preenchido os requisitos para o caso se tornar um precedente judicial.

Entretanto, a doutrina classifica o art. 927, do CPC, como sendo desnecessário para a sistemática lógica a ser aplicada, pois em nada fala efetivamente sobre precedente, somente faz especulações de conteúdo aberto (MARINONI, 2019). O que resta implacável é a necessidade das Cortes observarem o Princípio da Confiança.

Ainda sobre os precedentes judiciais, existe uma corrente, a qual a presente pesquisa se filia, que vê a previsão legal dos precedentes judiciais não somente no CPC/2015.

Veja, a partir do momento que a estrutura do poder judiciário se divide em juízo de primeiro grau, Cortes de Justiça (2ª grau) e Cortes Supremas, tornando-se uma ordem hierárquica, por meio da qual as decisões acabam sendo submetidas aos tribunais superiores, basta o STJ ou STF definir sobre determinado assunto e sua obrigatoriedade será automática.

Isso, porque não há sentido algum permitir que os juízes de grau hierarquicamente inferior, decidam de forma contrária ao entendimento do STJ e/ou STF, sabendo que posteriormente haverá interposição de recursos e, obviamente, a reforma da sentença ou acórdão.

Na verdade, fomentar esse tipo de discussão somente contribui com a morosidade do processo, com o aumento da insegurança jurídica e prejudica a previsibilidade do judiciário. Talvez a única questão pendente seja a real possibilidade de provocar a alteração para a superação, modulação ou atualização destes julgados vinculantes, porque defender a obrigatoriedade de obediência hierárquica não pode ser absoluta (sob pena de retirar dos milhares de juízes do país a legitimidade democrática e constitucional da livre fundamentação vinculada ao estabelecer decisão divergente daquelas emanadas das Cortes Superiores) e lembrando que nem todas aquelas (derivadas de REExt, REsp, Rcl, etc), tem efeitos vinculantes e obrigatórios.

Por fim, o último ponto a ser destacado ainda sobre os precedentes judiciais, possui cunho constitucional, especificamente apresentado pela Carta Magna no art. 105, III, alínea "C", a qual apresenta como um dos requisitos para admitir Recurso Especial Cível, a divergência de decisões entre as diversas Cortes de Justiça.

Com uma rápida análise ao dispositivo supracitado, entende-se o intuito da norma é encaminhar o processo para os Tribunais Superiores, objetivando sanar a dúvida apresentada pelos magistrados em primeira e segunda instância.

Agora, diante de um recurso que sobe ao último grau de jurisdição por divergência jurisprudencial entre as Cortes de Justiça, fica evidente que o Acórdão proferido pela STJ e/ou STF, será dotado de efeitos vinculantes, pois a partir daquele momento, teoricamente, não mais será necessário aquela matéria tornar a ser discutida em último grau, pois a

Corte de Precedente já teria se manifestado sobre o assunto, bastando ser mantida pelos órgãos de primeira e segunda instância.

Posto isso, passa-se a abordar os dois principais institutos dessa técnica, *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

3 ELEMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Ao tratar dos precedentes judiciais, observamos que existem ao menos dois elementos intrínsecos ao tema, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo componentes essenciais para aplicação, formação e, principalmente, identificação dessa “nova” fonte do Direito.

Em linhas gerais, *ratio decidendi* nada mais é do que os elementos relevantes para a resolução do precedente, melhor dizendo, são os fatos e os fundamentos que motivam os Tribunais Superiores a firmar determinada tese (MARINONI, 2019). Em outras palavras, Didier diz que *ratio decidendi* são “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER; SARNO, 2015, p.442).

Em contrapartida, *obiter dictum* são os componentes não essenciais para formação do precedente, podendo ser uma simples questão fática ou razões de tema diverso do discutido na formação da tese. Estes elementos (que podem até ser comparados com uma ementa de julgamento que tem a finalidade de apenas indicar a tese e sua solução) são justamente aqueles que foram ditos para morrer (numa interpretação livre do latim).

Em termos práticos, podemos observar os precedentes 106.888-PR, 175.795-RS, 298.369-RS e 387.805-RS, todos do STJ, que decidiu pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em face das instituições financeiras (súmula nº 297, do STJ), pois os correntistas se enquadram como clientes dos bancos, que por sua vez, se amoldam como fornecedores de serviços.

Nesse contexto, observamos que a razão jurídica para aplicação do CDC, se deu pelo fato de as instituições bancárias oferecerem diversos serviços aos seus clientes, portanto, sendo a *ratio decidendi* do precedente.

Agora, nesse mesmo exemplo, é inviável uma *fintech*, que se lança no mercado financeiro como banco digital, sustentar que a eles não são aplicáveis o Código de Defesa do Consumidor, pois os precedentes supramencionados foram fundamentados em face de uma instituição financeira “comum”.

Nota-se que nos precedentes mencionados, não há qualquer relação com o fato do banco litigante possuir grande estrutura ou até mesmo ser uma *startup*, sendo esse, um fato irrelevante para formar o entendimento do Tribunal Superior. Logo, o formato do agente financeiro é um *obiter dictum*.

4 JURISPRUDÊNCIA, REPETITIVOS, SÚMULAS

Como repisado anteriormente, o art. 927 deve ser considerado um rol ilustrativo, pois apresenta algumas questões com conceitos completamente diferentes, como: jurisprudência, julgados em sede de recursos repetitivos e súmulas.

A jurisprudência se diferencia dos precedentes judiciais nas mais diversas formas possíveis. Na verdade, trata-se de um compilado de julgamentos proferido por um mesmo tribunal, a qual debruçam sobre determinado fato e fundamento jurídico e tendem a compreender de forma igual, de tal maneira que é possível afirmar qual é o entendimento do tribunal (em geral).

Ainda em relação a jurisprudência, é importante destacar que não possuem efeitos erga omnes, ou seja, não são vinculantes, vez que servem somente para apontar o entendimento das cortes de justiça.

Quanto aos julgados em sede de recurso repetitivo, também considerado pela doutrina como jurisprudência uniformizadora, MITIDIERO afirma que é dotado de modelo específico, sem a necessidade de vários julgamentos sobre o caso, por meio da qual será exercido o efeito vinculante (2018). Nessa situação, o julgamento do litígio será feito pelo STJ e/ou STF. Todavia, cumpre salientar que nada tem a ver com precedente judicial, pois o Tribunal Superior somente apreciará o caso em virtude da alta quantidade de demandas ajuizadas em todo território nacional (Lei nº 13.105/2015):

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
 - II - recursos especial e extraordinário repetitivos.
- Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Diante dessa previsão legal, que permite a discussão de temas de Direito material e/ou processual, a doutrina aponta como sendo funcionalmente incompleta (MITIDIERO, 2018), vez que a função de resolver litígios está incumbida a competência dos tribunais locais, não havendo sentido algum encaminhar processo para as Cortes Supremas pelo fato de ser uma questão recorrente no judiciário.

Entretanto, não se pode olvidar de constar um ponto positivo sobre a jurisprudência uniformizadora, pois em um país continental como o Brasil, que possui mais de 26 (vinte e seis) Cortes de Justiça, evidentemente, a resolução de demandas repetitivas ao serem julgadas pelo STJ e/ou STF, ficam com a tendência de simplificar e dar mais visibilidade ao entendimento das Cortes Supremas sobre o caso. Porém, novamente, destaco nada tem a ver com precedentes judiciais.

No que diz respeito as súmulas, não é preciso ir muito além para demonstrar que se diferenciam dos precedentes, tendo em vista que o próprio art. 926, § 2º, relata que ao editar as súmulas, os tribunais precisam se ater às circunstâncias dos precedentes que motivaram sua criação, ou seja, as súmulas são derivadas dos precedentes judiciais. Nas palavras de MITIDIERO (2018), “súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente”.

A título explicativo, denota-se que dos precedentes mencionados no subtítulo anterior, originaram a súmula nº 297, do STJ, que em uma linha, foi capaz de resumir 5 decisões utilizadas para formar o precedente.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Resta-nos, portanto, avaliar a atuação direta do magistrado como conciliador ou mediador, nos processos sob sua jurisdição, à luz do princípio ético da imparcialidade e dos princípios norteadores da mediação e da conciliação. Quando o judiciário estiver diante de um litígio em que seja arguido a possibilidade de aplicar algum precedente, cabe ao magistrado preservar o princípio da vedação da decisão surpresa, assim, possibilitando que a parte contrária tenha a oportunidade de se manifestar sobre o assunto.

Além disso, ao proferir decisões em que as partes tenham arguido argumentos com base em precedentes judiciais, o magistrado deverá observar os requisitos apresentados no art. 489, § 1º, VI, do CPC, (Lei nº 13.105/2015):

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Dessa forma, deverá ocorrer a nítida fundamentação sobre a similitude fática e jurídica do precedente com o caso que estiver sendo analisado, não podendo o julgador se limitar ao enunciado/ementa da tese firmada, do contrário, a decisão (sentença, acórdão ou decisão interlocutória) será considerada sem fundamentação e, conseqüentemente, nula.

Outro ponto que merece ser destacado, é a impossibilidade de os magistrados deixarem de aplicar o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores. Na verdade, o precedente só não será aplicado em caso de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*).

Na distinção, como o próprio nome já diz, o intérprete do direito deve demonstrar que o precedente é diferente do caso que está em análise. Essa diferença, não está atrelada a localização, nomes, horário ou data do fato (MITIDIERO, 2018), mas está vinculado na identidade essencial dos casos (ALVIM, 2012), isto é, a *ratio decidendi* do caso paradigma com os fatos juridicamente relevantes do caso paradigmático.

Na superação do precedente, o intérprete do direito poderá afirmar que a tese arguida se encaixa no caso concreto, mas seus efeitos não podem ser aplicados, esclarecendo e demonstrando que o entendimento apresentado deve ser superado pelas Cortes Supremas.

Consoante ao que foi explanado anteriormente, percebe-se que o legislador não foi muito técnico ao manusear o CPC, principalmente em relação aos precedentes judiciais, de modo que ao prever a técnica do *overruling* (superação), no art. 927, §§ 2º e 3º do CPC, foi apontado a superação de súmulas, jurisprudências pacíficas, julgamentos repetitivos, sem mencionar a questão dos precedentes judiciais. Dessa forma, cabe a nós, novamente, fazermos uma análise "exemplificativa", considerando que houve um "mero esquecimento" (MARINONI, 2019).

Pois bem, para que ocorra a superação do precedente, se faz indispensável o preenchimento de alguns requisitos, como: claro equívoco ao firmar o entendimento

(GERHARDT, *apud* MITIDIERO, 2019), incongruência social, inconsistência sistêmica ou alteração na concepção geral do direito (MARINONI, 2019).

Então, constata-se que em nada tem a ver com a composição física do órgão, mas com os fundamentos jurídicos que levaram a firmar o entendimento anterior e, agora (no momento da superação), não demonstra ser a melhor resolução para pôr fim a demanda.

Nessa linha de raciocínio, o CPC permite que no momento da alteração do entendimento, as Cortes Supremas (instituições competentes para revogar o precedente) realizem audiências públicas para a participação dos operadores do Direito, a fim de contribuir e fomentar na discussão da tese, posto que o novo entendimento é dotado de carga normativa, auxiliando na orientação dos jurisdicionados.

Segundo previsto no § 3º, do art. 927, é plenamente possível ocorrer a modulação do novo entendimento, ou seja, o dispositivo afirma que pode acontecer de haver a superação do precedente, mas não ser aplicado no caso em concreto. Hipótese em que deverá ser avaliado pelos Tribunais Superiores no momento que a tese for revogada, pois entende-se que tal questão dependerá do quanto o precedente exerce a previsibilidade dos jurisdicionados.

Veja, se o precedente é uma espécie de complemento legislativo, é perfeitamente possível que os jurisdicionados tomem determinadas atitudes com base no entendimento das Cortes Supremas. Agora, se ocorrer essa superação com efeitos retroativos, poderá causar uma grande instabilidade na previsibilidade e segurança jurídica.

Portanto, se os efeitos da superação será *ex tunc* ou *ex nunc*, dependerá de cada caso, sempre analisando a "força" do precedente revogado e ainda, talvez a modulação de seus efeitos.

6 SUPERAÇÃO NA PRÁTICA

Como já mencionado anteriormente, a problemática se instaura quando da necessidade da realização da superação do precedente, em especial, no viés prático.

Isso, porque, como já dito, no projeto do Código de Processo Civil, o exame de admissibilidade dos recursos direcionados para os Tribunais Superiores, eram realizados diretamente por eles, órgãos que também examinariam o mérito da ação.

Curioso ressaltar que o CPC foi debatido por diversos operadores do Direito, sendo realizado audiências públicas em vários estados, estudo esse que demorou aproximadamente cinco anos e, no apagar das luzes, surge uma emenda que altera radicalmente a estrutura processual dos principais recursos, Recurso Especial e Extraordinário.

Nessa alteração legislativa, nota-se que a inviabilidade se deu em razão do art. 1.030, I, do CPC, (Lei nº 13.105/2015), vejamos:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I - negar seguimento: (...) 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;

Então, analisando o caput do artigo supracitado, constata-se que a previsão legal veio no sentido de demonstrar a necessidade de um duplo juízo de admissibilidade do recurso. Na prática, antes do recurso subir aos Tribunais Superiores, o caso acaba sendo encaminhado para o presidente ou vice-presidente da Corte de Justiça, a fim de observar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Sendo preenchido os requisitos de admissibilidade, na visão do responsável na Corte de Justiça, o processo é encaminhado para a Corte Suprema, que novamente realizará o juízo de admissibilidade, situação extremamente burocrática e desnecessária.

Agora, no que tange ao inciso primeiro, alínea "B", foi designado como requisito para admissibilidade do recurso, a consonância da tese firmada pelos tribunais superiores, ou seja, estando a decisão de primeiro e/ou segundo grau de acordo com o entendimento das Cortes Supremas, não há possibilidade de um novo exame, não abrindo hipótese para falar de superação do entendimento.

Caso a intenção do procurador seja garantir a aplicabilidade do precedente, nitidamente não haverá nenhum problema, mas se a causa do recurso for a necessidade de superar o precedente, a lei acabou de impossibilitar o atingimento do mister, ao passo que proíbe a admissibilidade de recurso que não esteja de acordo com a tese dos Tribunais Superiores.

Nota-se que para realizar a revogação do entendimento, se faz indispensável a presença da parte com interesse na causa, impossibilitando um procedimento administrativo junto ao STJ e/ou STF, pois seria ausente a legitimidade de parte, bem como não há condições de um processo administrativo revogar uma tese jurídica, que por sinal, auxilia no regramento dos jurisdicionados.

Porém, ante a expertise dos doutrinadores no assunto, foram desenvolvidos algumas técnicas para possibilitar contornar esse duplo juízo de admissibilidade, através do próprio Recurso Especial Cível e Recurso Extraordinário (argumento específico), agravo para destrancar recurso, Agravo Interno, Reclamação junto aos Tribunais Superiores e Ação rescisória.

Nessa pesquisa, o tema a ser enfatizado serão os Recursos Especiais Cíveis (Resp) e Recurso Extraordinário (Rext), sendo reforçada com uma petição dirigida as Cortes Supremas

7 RECURSO ESPECIAL CÍVEL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O Resp e o Rext, são considerados a primeira possibilidade de alcançar a superação dos precedentes, posto que é a oportunidade inicial do operador do direito, em tentar fazer o processo chegar ao exame dos Tribunais Superiores, que possuem competência para superar a tese jurídica debatida.

Os dois recursos são cabíveis em face dos acórdãos proferidos pelas Cortes de Justiça, com o prazo de 15 (quinze) dias para sua interposição.

No que tange a previsão legislativa desses procedimentos recursais, além de ter sido positivado no art. 1.029, do Código de Processo Civil, possuem garantias constitucionais, nos artigos 102 e 105, da CF Cidadã (ARAÚJO JR, 2018).

Em relação a matéria ser debatida, denota-se que ambos os recursos possuem o intuito exclusivamente de discutir questões de direito, ou seja, com o esgotamento das vias ordinárias, torna-se imutável as questões fáticas nelas apuradas, a partir desse momento, só é possível debater acerca da aplicabilidade da lei em relação ao fato jurídico apresentado aos autos. Na verdade, essa situação é basicamente o conceito do duplo grau de jurisdição, permitindo em primeiro e segundo grau a discussão de toda matéria do processo (fatos e direito), mas posteriormente, aos Tribunais Superiores, somente o Direito.

Em uma explicação mais prática, esclarece que a parte não pode interpor um recurso pugnando para os ministros reapreciarem a perícia, dando maior valoração ao que foi invocado pelo expert, porém, é perfeitamente cabível apontar que a perícia foi realizada de maneira equivocada, indo na contramão dos dizeres da lei federal. Na hipótese do perito, a lei descumprida é o próprio CPC, portanto, sendo objeto de discussão junto ao STJ.

Não obstante, se o caso em concreto versar sobre a não permissibilidade da parte ter arrolado testemunhas no processo ou tenha ocorrido o indeferimento da prova pericial, desde que necessário, o recurso será feito com base na violação da ampla defesa. Logo, o objeto de discussão será junto ao STF, pois se trata de matéria constitucional.

Bom, como explanado anteriormente, realmente o exame de admissibilidade será um problema para essas espécies recursais, mas se apegando a técnica argumentativa, o procurador da causa poderá ser criativo e buscar a admissibilidade dos recursos inovando, ao menos, por duas formas diferentes.

A primeira delas e mais lógica, trata-se de antecipar ao próprio inciso primeiro do art. 1.030, do CPC. Ora, sabendo que a regra é negar seguimento aos recursos que vão na contramão dos tribunais superiores, incumbe aos procuradores da causa alegar nas preliminares que o objetivo do recurso é revogar o precedente judicial invocado em primeiro e/ou segundo grau.

Nitidamente o argumento não será feito de forma geral e genérica, mas apurando as circunstâncias que demonstre a necessidade de superar a tese jurídica firmada, como debatendo sobre a eventual inconsistência sistêmica, incongruência com o contexto social e/ou alteração na concepção geral do direito, fazendo uma espécie de método comparativo e argumentativo.

Outro ponto que pode ser utilizado para reforçar essa preliminar, são hipóteses em que as Cortes Supremas já informaram a necessidade de superar os precedentes num futuro próximo, mas ainda não o fizeram, ou seja, os Tribunais utilizaram da técnica de sinalização, objetivando dar menor segurança jurídica e previsibilidade ao precedente em vigor.

As situações aqui mencionadas devem ser levantadas seriamente, acompanhadas com provas que visam fortalecer os argumentos recursais. Do contrário, a prática reiterada de alegações generalistas, podem acabar banalizando a técnica e, conseqüentemente, não sendo aceita pelas cortes.

Então, em linhas gerais, a ideia é em sede preliminar do recurso, pedir a não aplicação do art. 1.030, I, do CPC, em razão da necessidade da superação do precedente que impediria a subida do recurso.

A segunda técnica possível de ser aplicada para superar os precedentes judiciais, foi abordada por Bruno Fuga, em sua obra "Superação de Precedentes", a qual relata a possibilidade de dirigir a petição ao STJ e/ou STF, argumentando a necessidade da superação do precedente.

Em relação aos aspectos legais para efetivar essa técnica, devemos observar o § 5º, do art. 1.029, do CPC. Assim, pugnano pela concessão do efeito suspensivo do recurso, demonstrando a necessidade da superação do precedente (Lei nº 13.105/2015):

Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...)

§ 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;

Analisando o artigo mencionado, claramente a lei não faz referência prevendo essa situação específica, mas como o CPC possui o histórico "rols" exemplificativos, nos permitindo a construção desta hipótese.

Inclusive, nessa técnica, a jurisprudência tem sido favorável aos procuradores que buscam revogar o precedente judicial, pois ainda no Código de 1973, a saudosa Ministra Denise Arruda (Desembargadora do Tribunal de Justiça do Paraná, que dá nome ao Centro Judiciário da Capital), admitiu petições direta na corte, a fim de possibilitar a subida do recurso – AgRg MC 12343 (FUGA, 2020).

Além do mais, recentemente o STJ tornou a admitir petições endereçadas diretamente aos Tribunais Superiores, informando a necessidade da superação dos precedentes, mesmo antes da própria Corte de Justiça realizar o exame provisório de admissibilidade (FUGA, 2020):

Aglnt no TP 18/SP. Agravo interno no pedido de tutela provisória (...) 1. É possível a concessão diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade na origem, quando efetivamente demonstrada, além dos requisitos próprios da tutela de urgência, situação manifesta ilegalidade ou teratologia. Data de publicação/Fonte, Dje 18/04/2017.

Dessa forma, observa-se que é plenamente possível a parte interpor o Recurso Especial Cível e/ou Recurso Extraordinário, utilizando dos dois argumentos apresentados na presente pesquisa, preliminarmente alegando a não aplicação do art. 1.030, I, do CPC e já peticionando junto aos Tribunais Superiores, informando a interposição de um recurso que pretende revogar a tese

jurídica firmada, pugnano pela admissibilidade, demonstrando a existência de *fumus boni iuris*.

Assim, sendo aceito o exame de admissibilidade, fica dispensado eventual agravo, reclamação ou até mesmo ação rescisória.

CONCLUSÃO

Pois bem, conforme exposto no presente artigo, denota-se que o novo Código de Processo Civil inovou ao importar a Teoria dos Precedentes Judiciais Obrigatórios, mas sem utilizar da melhor técnica legislativa.

Entretanto, acrescido a isso, destaca-se que a Lei nº 13.256/2016, a qual contribuiu para dificultar a sistemática apresentada no novo código, pois o que havia sido estudado por juristas extremamente renomados, por aproximadamente 5 (cinco) anos, foi alterado ainda no período de *vacatio legis*.

Todavia, à luz da melhor doutrina, foi possível importar conceitos e técnicas do direito anglo-saxão, adaptando ao nosso ordenamento jurídico, a fim de não inviabilizar a teoria dos precedentes judiciais, que, por sua vez, busca contribuir com a segurança jurídica e a previsibilidade.

Sobre o tema, percebe-se que a problemática se mantém quando surge a necessidade de realizar a superação dos precedentes judiciais, mesmo na presença da alteração na concepção geral do direito, inconsistência sistêmica e incongruência social.

Contudo, a doutrina vem desenvolvendo técnicas para que seja possível levar o processo junto aos tribunais superiores, de modo que possa contornar a barreira da jurisprudência defensiva.

Sabe-se que é muito comum o ajuizamento da ação rescisória, reclamação junto aos tribunais superiores, agravo para destrancar Resp e/ou Rext, agravo interno e principalmente, o Recurso Especial Cível e Recurso Extraordinário.

Esses dois últimos procedimentos recursais, objeto da presente sugestão doutrinária, por meio da qual foi analisada possíveis teses para afastar a aplicabilidade do dispositivo (que busca a superação) e que fortalece a conhecida "jurisprudência defensiva", devem ser oxigenados a fim de evidenciar a possibilidade de pedir a intervenção das Cortes Supremas para admitir o recurso que pretende revogar a tese em discussão.

Dessa forma, conclui-se que não é impossível revogar os precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico, pois também foi colacionado a pesquisa de casos que obtiveram sucesso utilizando a técnica abordada. Entretanto, não se olvida destaca que é uma atividade complexa.

Contudo, enquanto não surge um projeto de lei para melhor regulamentar toda estrutura da teoria dos precedentes judiciais, cabe aos intérpretes do direito continuar fomentando a discussão, objetivando constituir teorias e desenvolver melhores fundamentações, a fim de contornar a jurisprudência defensiva, nas hipóteses em que haja necessidade de superar de determinada tese jurídica firmada pelas Cortes Supremas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda. **Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO JR, Gediel Claudino. **Prática de Recursos no Processo Civil**. 5. ed. São Paulo. Atlas – Gen, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos Precedentes Judiciais: Criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. 1. ed. Londrina. Thoth, 2021.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes**. 1. ed. Londrina. Thoth, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento Nas Cortes Supremas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da Persuasão à Vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.