

**VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**OTON DE ALBUQUERQUE VASCONCELOS FILHO**

**JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P962

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu; Oton De Albuquerque Vasconcelos Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-497-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho  
Escola de Direito  
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

---

### **Apresentação**

No âmbito do Grupo de Trabalho (GT) n.º 18, subordinado ao tema “Processo, jurisdição e efetividade da justiça II”, ocorrido no dia 8 de setembro de 2017, a partir das 15h00, foram debatidas questões particularmente atuais e prementes – quer numa tónica dogmática e doutrinal, mas sobretudo, com particular respaldo no mundo e vida práticos – relativas ao funcionamento dos mecanismos processuais existentes e à forma de organização jurisdicional de diversos contextos, contando com reflexões assertivas no que diz respeito ao estado e ao futuro da tutela jurisdicional efetiva, tal como a mesma é perspectivada, quer na sua veste de direito fundamental, quer enquanto princípio jurídico-constitucional.

Nesta senda, o GT contou com apresentações eloquentes e amplamente discutidas, que suplantaram o próprio objeto do trabalho e que perspectivaram inclusivamente novas abordagens teóricas e metodológicas.

Os resultados surgem, agora, publicados, a fim de brindar a comunidade académica e os operadores judiciais com trabalhos científicos de elevada qualidade e marcantes nas áreas de investigação em que foram produzidos.

Assim, trazem-se à estampa as seguintes ponderações dogmáticas.

O texto intitulado “A análise económica do custo processual no contexto das regras do novo Código de Processo Civil”, da autoria de Fernando Rangel Alvarez dos Santos e Lucas Baffi Ferreira Pinto analisa o impacto que as inovações processuais poderão ter nos juros pagos no âmbito de um litígio, equacionando sobretudo as circunstâncias que ainda se verifica uma ausência de celeridade processual. Para o efeito, refletem os Autores em torno das medidas adequadas a promover uma maior celeridade, promovendo assim o pagamento de valores inerentes a juros mais baixos na medida em que a pendência e a demora processuais são menores.

O contributo intitulado “Acessibilidade recursal ao STF e STJ na hipótese de inadmissibilidade recursal por inexistência de repercussão geral ou de conformidade do acórdão recorrido com julgamentos em regime de recursos repetitivos”, da autoria de António Carlos Suppes Doorgal de Andrada e Ricardo Adriano Massara Brasileiro, trata da

realidade inerente aos precedentes e aborda, empiricamente o impacto que tal construção poderá ter no acesso efetivo aos tribunais superiores, aventando inclusivamente soluções para evitar um comprometimento da efetividade da justiça, pela fixação de vias recursórias especiais / extraordinárias.

A investigação desenvolvida sob o tema “Desconstituição da coisa julgada fundada em posterior declaração de inconstitucionalidade de norma: art. 525, § 15, e art. 535, § 8º, do CPC/2015”, da autoria de Agostinho Gonçalves Rodrigues da Cunha Terceiro e Bruno Paiva Bernardes, atualiza o estudo e a reflexão em torno do princípio da segurança jurídica, problematizando em que medida é que o mesmo pode sair relativizado, com impacto evidente em demandas que envolvem o pagamento de quantias. Para o efeito, demonstram ainda qual será o método de contagem de prazos mais operante a fim de dar cumprimento ao regime sem colocar dificuldades evidentes ao princípio da segurança jurídica e da estabilidade processual.

O texto sob o tema “Flexibilização procedimental – técnica processual em prol da garantia fundamental de acesso à justiça, em busca de uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva”, da autoria de Hélintha Coeto Neitzke, equaciona a crescente simplificação e flexibilização processual que foi promovida à luz do CPC de 2015, desvendando a necessidade de ocorrer sem que ataviem os direitos processuais que devem sempre caracterizar a tramitação, como é o caso do contraditório e da fundamentação das decisões aventadas, a fim de garantir as dimensões inerentes a uma tutela jurisdicional efetiva de todas as partes do litígio.

No contributo “A possibilidade de intervenção da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica de Portugal (ASAE) como *amicus curiae* em demandas coletivas decorrentes da “operação carne fraca” no Brasil, das autoras Elaine Harzheim Macedo e Carolina Moraes Migliavacca, atenta-se ao papel de um “*amicus curiae*” processual a fim de dar cumprimento a um desígnio de maior participação democrática, problematizando a sua intervenção como um coadjuvante tecnicamente mais preparado (que legitime a decisão pela sua coerência e correção técnica) e/ ou que se afigure como um representante de interesses congregados (acarretando, do mesmo modo, uma componente democrática à demanda).

No texto intitulado “A ineficácia retrospectiva do “*overruling*” para vulnerar a coisa julgada: uma exigência do processo justo”, da autoria de Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Luiz Felipe Ferreira Gomes Silva, os investigadores refletem sobre o sistema de precedente

atualmente vigente, equacionando uma reflexão sobre a dicotomia de sistemas common law vs. civil law, a fim de intuir qual é, neste contexto, a exigência do processo justo que deve ser alteada e qual o papel do princípio da segurança jurídica.

Na reflexão científica denominada “A função social do contrato e a intervenção do Estado-juiz no direito agrário”, da autoria de Murilo Couto Lacerda, desenvolve-se uma apresentação dos impactos econômicos do agronegócio no tecido empresarial brasileiro, onde se aventa, como hipótese acadêmica a perseguir, uma “judicialização do agro”, tendo por referência a intervenção do poder judicial como o último reduto.

No contributo desenvolvido sob o tema “A convenção processual no processo coletivo: uma nova perspectiva do acesso à justiça por meio da democratização do processo”, da autoria de Mariése Garcia Costa Rodrigues Alencar e Clara Cardoso Machado Jaborandy, as autoras desenvolvem uma exegese acerca das dimensões principiológicas do processo coletivo, refletindo acerca da presente possibilidade de flexibilização do processo civil e da convenção processual coletiva como meios de promover um processo mais célere e justo e vocacionados a promover o fim social imanente.

Por fim, o contributo “A aproximação dos sistemas jurídicos do common law e do civil law: os precedentes judiciais no Código de Processo Civil”, dos autores Deilton Ribeiro Brasil e Henrique Rodrigues Lelis, realiza uma reflexão acerca do precedente judicial no contexto do novo CP brasileiro, como uma clara derivação do sistema da common law e dando azo à sua sensibilidade de aproximação do sistema brasileiro, commumente entendido como um sistema de civil law, podendo inclusivamente dar sedimento teórico a que se entenda a existência de um novo paradigma sistémico que congrega influências de ambas as famílias. Para o efeito, sugerem a realização de uma análise comparativa com sistemas profundamente característicos da família “common law” (como o do Reino Unido e dos EUA).

Pela sua novidade académica, científica e empírica, trata-se de uma coletânea com claro impacto no ordenamento jurídico-processual brasileiro, mas que assume particular relevo para académicos e operadores jurídicos de outras latitudes, onde fluxos semelhantes / convergentes ou díspares / divergentes se perspetivam ou foram já vivenciados.

Finalmente, os coordenadores do presente GT agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Prof. Doutora Joana Covelo de Abreu (PhD) – Escola de Direito, Universidade do Minho (EDUM), Portugal

Prof. Doutor Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho (PhD) - Faculdade ASCES, Universidade de Pernambuco, Brasil

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**ACESSIBILIDADE RECURSAL AO STF E STJ NA HIPÓTESE DE INADMISSIBILIDADE RECURSAL POR INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL OU DE CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM JULGAMENTOS EM REGIME DE RECURSOS REPETITIVOS**

**JUDICIAL APPEAL TO THE BRAZILIAN SUPERIOR COURTS IN CASES OF APPEAL INADMISSIBILITY ON GROUNDS OF THE ABSENCE OF GENERAL REPERCUSSION OR ON GROUNDS OF REPEATED APPEALS REGIME**

**Antonio Carlos Suppes Doorgal De Andrada** <sup>1</sup>  
**Ricardo Adriano Massara Brasileiro** <sup>2</sup>

**Resumo**

O presente artigo examina a questão da aparente inadmissibilidade recursal aos tribunais superiores, das decisões de inadmissibilidade de recursos em razão da compatibilidade do acórdão recorrido com o entendimento do STF proferido em repercussão geral ou em conformidade com as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores na sistemática dos recursos repetitivos. Demonstra que essa aparente irrecurribilidade é incompatível com o modelo constitucional de processo, a fim de se evitar o engessamento da dinamicidade do Direito e a fim de se evitar um déficit de legitimação das decisões judiciais, ao inviabilizar que os Tribunais Superiores revisitem temas já decididos.

**Palavras-chave:** Processo constitucional, Precedentes judiciais, Sistema recursal, Overruling, Distinguish

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article examines the issue of the apparent non admissibility of appeals to the Brazilian Superior Courts in cases of appeal inadmissibility on grounds of the absence of general repercussion or compatibility with judgements in a general repercussion regime. It demonstrates that this apparent non access is incompatible with the constitutional model of procedure, in order to avoid breaking the dynamicity of the law and to avoid a deficit of legitimation of judicial decisions, by making it impossible for the High Courts to revisit already decided themes.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional process, Judicial precedents, Appeal system, Overruling, Distinguish

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito nas Relações Econômicas pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito (UFMG), Professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Procurador do Estado de Minas Gerais, Advogado

## 1 Introdução

O novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC/2015), que veio a entrar em vigor no ano de 2016, fortaleceu a tendência no Direito pátrio de garantir maior normatividade aos precedentes judiciais, sobretudo àqueles proferidos pelos Tribunais Superiores, de modo a viabilizar maior uniformização jurisprudencial, isonomia na aplicação do Direito, celeridade processual e, conseqüentemente, racionalidade às decisões judiciais.

Neste sentido, o CPC/2015 não só adotou uma sistemática de julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos (arts. 1.036 e seguintes) e de repercussão geral (art. 1.035 do CPC e art. 102, §3º da CR/88), como dispôs que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, *caput*), e que “os juízes e tribunais observarão, entre outros, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III).

Dessa forma, com o propósito de garantir maior eficácia e vinculatividade às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, o CPC/2015 disciplinou que os Tribunais locais (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) deverão negar seguimento aos recursos interpostos contra acórdãos que estão em conformidade com o entendimento do STF proferido em repercussão geral ou em conformidade com as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores na sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.030, I, *a e b*). E mais, determinou ainda que, ao contrário das demais decisões que inadmitirem os recursos às instâncias superiores, não caberá agravo ao respectivo Tribunal Superior da decisão que inadmitir os recursos com fundamento na jurisprudência consolidadas destes Tribunais, mas, tão somente, agravo interno ao órgão competente (art. 1.030, §2º *c/c* 1.042, *caput*).

Todavia, o CPC/2015 não prevê – ao menos expressamente – recursos aos Tribunais Superiores contra as decisões proferidas pelos Tribunais locais que julguem tais agravos internos, o que poderia engessar o desenvolvimento do Direito, inviabilizando o *overruling* – técnica de superação de precedentes adotada em sistemas que lhes atribuem altos graus de vinculatividade – ou tornando a técnica do *distinguish* insuficiente, ao retirar dos Tribunais Superiores a possibilidade de realização da distinção de seus próprios precedentes.

Neste sentido, o presente artigo abordará a necessidade de uma interpretação em conformidade com o modelo constitucional de processo, a fim de que seja viabilizado o acesso às instâncias superiores, mesmo nos casos em que houver precedentes firmados pela sistemática dos recursos repetitivos e/ou repercussão geral.

Para tanto, o presente texto primeiramente apresentará conceituações relevantes para a compreensão de um modelo processual que privilegia os precedentes. Assim, será demonstrada a relevância da *ratio decidendi*, bem como dos mecanismos do *overruling* e do *distinguish*. Na sequência, abordará a importância dada aos precedentes na sistemática do CPC/2015, bem como sua força vinculativa e a sistemática de acesso recursal aos Tribunais Superiores. Em seguida, demonstrará a inadequação da legislação processual civil ao modelo constitucional e discursivo de processo, tornando necessária a superação da perspectiva kelseniana de Direito, que visualiza a função jurisdicional como ato discricionário de autoridade. Por fim, tecerá considerações finais, com apresentação de propostas para adequação constitucional do modelo vigente, bem como uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O artigo tem como metodologia escolhida a pesquisa bibliográfica, de natureza filosófico-jurídica e jurídico-processual, bem como a análise crítica de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em cotejamento com as disposições da própria Constituição da República e com o entendimento da comunidade dos intérpretes da Constituição e do ordenamento recursal.

## **2 O sistema de precedentes: a relevância da *ratio decidendi*, do *overruling* e do *distinguish***

Em alentado estudo sobre os precedentes judiciais, BUSTAMANTE mostra que a relevância do precedente judicial está presente não apenas no *common law*, mas também no *civil law* e em todo sistema jurídico que se pretenda democrático:

“Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 82).

Portanto, consoante o autor, a importância do precedente judicial nos sistemas jurídicos varia, apenas, em termos de graus, conforme vier a ser definido em cada ordenamento jurídico (BUSTAMANTE, 2012, p. 312). Neste contexto, merece destaque a classificação feita pelo autor, que identifica os graus de vinculatividade dos precedentes:

“Os precedentes *vinculantes em sentido forte* (1) são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*); os *vinculantes em sentido frágil* (2), fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having a force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes *persuasivos* (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*)”. (BUSTAMANTE, 2012, p. 312 – destaques no original).

Partindo de tal classificação, percebe-se que o legislador brasileiro atribuiu grande relevância aos precedentes judiciais. Primeiramente, ao determinar que os Tribunais sejam coerentes, estáveis e íntegros – e, portanto, observem sua própria jurisprudência. E, em segundo lugar, ao dispor que observem, *obrigatoriamente*, as decisões preferidas pelo STF e STJ no âmbito da repercussão geral ou de recursos repetitivos – o que significa, na classificação acima mencionada, dar normatividade em grau máximo a estes precedentes em específico, por serem vinculantes em sentido forte (*must-sources*).

Dessa forma, ao implementar a vinculatividade de determinados precedentes judiciais, torna-se fundamental a compreensão adequada **(i)** dos elementos vinculantes de uma decisão judicial, ou seja, a *ratio decidendi* e **(ii)** das técnicas de aplicação de utilização dos precedentes – bastante usuais no *common law* – e que permitem o desenvolvimento do Direito e a sua aplicação eficiente nos casos concretos futuros: o *overruling* e o *distinguish*, que serão brevemente apresentados a seguir, para que, então, proceda-se à análise crítica da legislação processual civil vigente.

### 2.1. A *ratio decidendi*

A partir do momento em que se pretende atribuir a determinadas decisões judiciais força vinculante, é preciso compreender de forma precisa quais são os fundamentos vinculantes de tais decisões e em qual contexto fático ela foi produzida – ou melhor dizendo, é preciso abstrair as razões de decidir (*ratio decidendi*) do

precedente e que levaram a Corte a determinada conclusão, para que, nos casos futuros, se possam aplicá-las.

Isso porque, somente “a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o obter dictum constituem-se pelos discursos não-autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais” (NUNES, 2015, p. 11). Tal posicionamento se justifica, na medida em que é preciso compreender qual o entendimento jurídico adotado pelo Tribunal, e em quais circunstâncias ele foi dado, para que seja aplicado futuramente, de forma que a jurisprudência se desenvolva de modo coerente e estável.

Assim, defende BUSTAMANTE (2012, p. 271) que é “nas normas adscritas, encontradas na fundamentação que o juiz dá à sua decisão, que se deve buscar as regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros. Cada uma das normas adscritas é uma *ratio decidendi* do caso paradigma”. Ou seja, a busca pela *ratio decidendi* deve se dar em uma análise profunda do julgado que se toma como precedente, para que sejam abstraídos os seus fundamentos vinculantes (*ratio decidendi*), sendo insuficiente a mera análise de ementas e enunciados sumulares<sup>1</sup>. É o que também defende MARINONI (2016, p. 161):

“O significado de um precedente deve ser buscado nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está essencialmente na sua fundamentação e que, portanto, não basta somente olhar à sua parte dispositiva”.

Aliás, a própria norma processual expressamente determina que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, relatório, fundamentos e dispositivo (CPC, art. 489, §3º).

Entretanto, o processo de identificação da *ratio decidendi* torna bastante complexo quando os Tribunais adotam o modelo de decisão *per seriatim*, em que o

---

<sup>1</sup> Aqui, importa ressaltar que o CPC/2015 adotou significativo avanço com relação ao CPC/73, ao determinar que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, §1º, V). E, ainda, que “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, §2º).

acórdão é formado pela apresentação dos votos de cada um dos julgadores, como ocorre no Direito brasileiro – ao contrário do modelo *per curiam*, em que não obstante a decisão seja colegiada, a decisão, em si, é apresentada em unicidade, como voz única da corte (BOTELHO e FIORINDO, 2016, p. 11).

No modelo brasileiro – *per seriatim* – é muito comum que os diversos julgadores cheguem a uma mesma conclusão (como dar provimento ou não a um recurso, por exemplo), *mas por razões distintas*. Nestes casos, não se forma uma maioria – ou pelo menos não uma maioria significativa – que permita identificar uma *ratio decidendi* formada pela Corte, mesmo que se trate de processo julgado em sede de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. BUSTAMANTE (202, p. 272) explica:

em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice* mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: “Em um corte de cinco juízes, ‘não há *ratio decidendi* da corte a não ser que três juízes pronunciem a mesma *ratio decidendi*’” [Montrose 1957:130].

[...]

Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da *corte* acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante na norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. Apenas há um precedente do *tribunal* em relação às questões que foram objeto de consenso de seus membros. (grifos no original).

No mesmo sentido, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2016, p. 655), defendem que,

dois ou mais fundamentos podem ter sustentado o resultado ou o provimento do recurso, sem com que nenhum deles tenha sido compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Se no primeiro caso há resolução do recurso, no segundo resta clara a impossibilidade de elaboração de precedente. Significa que nem toda decisão recursal leva a um precedente. Ora, o precedente diz respeito ao fundamento ou à questão que, solucionada pelo colegiado, determina o resultado do recurso.

Destarte, para aplicação adequada de um precedente judicial, não basta a mera repetição de “*ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos*” (NUNES e

BAHIA, 2015, p. 5), é preciso ir além: deve-se identificar não só as *conclusões* alcançadas pelo tribunal, mas também e principalmente, os seus *fundamentos* – e não qualquer um, somente aqueles que tenha atingido um consenso ou, ao menos, uma formação de maioria, para que se identifique a *ratio decidendi* do precedente judicial fixado pela Corte<sup>2</sup>.

## 2.2. O *overruling*: técnica de superação dos precedentes judiciais

A adoção de um sistema forte de precedentes judiciais pode ser justificada a partir de uma série de princípios gerais que orientam os sistemas jurídicos que se constituem como Estado Democrático de Direito, como *segurança jurídica*, *igualdade* e *coerência* (BUSTAMANTE, 2012, p. 323; MITIDIERO, 2016, p. 19).

Isso porque, a adoção de interpretações distintas na aplicação do Direito gera não só insegurança jurídica, impedindo que os destinatários das normas jurídicas possam prever as consequências de suas ações, gerando custos e instabilidades sociais, mas, também, injustiças, na medida em que casos idênticos recebam tratamento diferenciado. É que,

“Costuma se dizer, como já pontuado, que se preserva a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio da igualdade quando em hipóteses de situações “semelhantes”, aplica-se, sem mais, uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade” (NUNES, 2015, p. 11/12).

Neste contexto, construída uma tese em um precedente judicial, especialmente naqueles que se classificam como *vinculantes em sentido forte*, a *ratio decidendi* aplicada no precedente deve ser observada não só pelos Tribunais inferiores, mas também pelas próprias Cortes que o estabeleceram, até “porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes”

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA e ANDERLE (2014, p. 03) são enfáticos: “De plano, deve-se afastar a noção comum do jurista de *civil law* de que a parte do precedente que vinculará as decisões posteriores condiciona-se à coisa julgada, à parte dispositiva da decisão. É certo que a parte dispositiva deverá ser levada em conta na apreciação do julgado, contudo, é em sua fundamentação que se deve perquirir pelo real significado do precedente”

(MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 646), garantindo-se, assim, isonomia, igualdade e justiça.

Entretanto, é preciso compreender que o Direito e a sociedade – sobretudo a contemporânea – não são estáticos<sup>3</sup>. Ora, os conceitos se alteram no tempo, as condições individuais, sociais e econômicas, também, e o legislador nem sempre é capaz de promover a atualização, a tempo e modo, do Direito. Não bastasse isso, a própria aplicação de um precedente pode gerar situações fáticas que sequer foram pensadas ou discutidas e, em casos futuros, é possível que novos argumentos surjam. Ademais, não se pode esquecer que os componentes do Tribunais são seres humanos e sujeitos à falibilidade.

Neste sentido, o sistema de precedentes não pode significar o engessamento do Direito. Por isso, devem-se adotar mecanismos que permitam a superação dos precedentes judiciais quando sua *ratio* não mais se justifica e precisa ser substituída. Este mecanismo é o chamado *overruling*, que se constitui como uma técnica de afastamento de regras jurisprudenciais que ab-roga o precedente fixado anteriormente pela Corte (BUSTAMANTE, 2012, p. 387/388).

Por óbvio, a superação do precedente somente deve ser realizada pela própria Corte que o estabeleceu<sup>4</sup>, especialmente em se tratando de precedentes *vinculantes em sentido forte*, sob pena de se violar a autoridade das Cortes Superiores, a vinculatividade de suas decisões e a própria razão de existência do sistema de precedentes.

Deve-se levar em conta, também, que a fixação de um precedente se dá no julgamento de casos concretos. Isso significa que, ainda que os precedentes venham a se aplicar em inúmeros casos futuros, a participação dos afetados na construção da decisão é relativamente limitada, uma vez que, via de regra, somente se admite a argumentação das partes diretamente envolvidas naquele processo.

Não se desconhece que a legislação processual dispõe de mecanismos que amenizam a falta de participação de todos os interessados, como a realização de

---

<sup>3</sup> Consoante MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2016, p. 660) “tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e congruência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*), seja parcial.”

<sup>4</sup> É o que defendem NUNES, BAHIA e PEDRON (2016, p. 1.370): “Como se sabe, em sistemas que adotam precedentes normativos, todos os órgãos podem distinguir (*to distinguish*) casos, mas somente o próprio prolator da decisão é quem possuirá competência para promover sua superação (*to overrule*)”.

audiências públicas, *amicus curiae*, entre outros. Todavia, estas sistemáticas apenas reduzem o problema e, por isso mesmo, a previsão de um mecanismo que autorize o *overruling* permite que aqueles que eventualmente não participaram da formação do precedente, venham também a contribuir com o debate, de forma discursiva e dialógica. NUNES (2015, p. 4) é enfático:

“Não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano.

Esta visão olvida que o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas. O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais” (NUNES, 2015, p. 4).

Neste sentido, resta evidente que, se por um lado a legislação processual deve atender os princípios da segurança jurídica e da igualdade, é preciso que se criem mecanismos eficientes e adequados que, sem violar aqueles princípios, reconheça a dinamicidade do Direito e permita sua evolução, sobretudo permitindo a participação dos interessados na construção democrática dos precedentes, uma vez que “[p]ara preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 2012, p. 115).

### 2.3. O *distinguish*: técnica de aplicação de precedente judiciais

Conforme já delineado no tópico 2.1, é preciso abstrair dos precedentes sua *ratio decidendi*, para que, uma vez identificados os seus fundamentos e em qual contexto fático ele foi aplicado, seja ele observado nos casos futuros análogos.

Assim, desde já se percebe que a aplicação do precedente ao caso concreto em muito se assemelha à aplicação de uma regra em um caso concreto (BUSTAMANTE, 2012, p. 470). É preciso, caso a caso, identificar se estão presentes os contornos fáticos que ensejaram a formação do precedente, para que ele seja aplicado pelos magistrados. Em suma, deve-se demonstrar se o caso em análise é análogo ao precedente ou se se trata de um caso distinto, peculiar, que merece tratamento diverso – e a técnica para

esta identificação de uma distinção, é comumente chamada de *distinguish*. STRECK e ABOUD (2016, p. 1.198) bem explicam:

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido Às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.

Como se percebe, enquanto o *overruling* importa em uma superação de uma tese jurídica, constituindo verdadeiro abandono do entendimento jurisprudencial até então firmado, o *distinguish* mantém íntegro o precedente, apenas afastando-o de um determinado caso concreto, em razão de suas peculiares fáticas. BUSTAMANTE (2012, p. 470) bem sintetiza esta diferença:

o *distinguish* pode ser descrito como uma judicial departure que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas consequências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.

Dessa forma, firmado determinado precedente, é preciso abstrair sua *ratio decidendi*, com delimitação dos fatos materiais que o originaram, para que, nos casos futuros, somente em situações análogas venha a ser aplicado, conforme defende MARINONI (2016, p. 230), que sintetiza a forma de aplicação dos precedentes e o funcionamento do *distinguish*:

É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que esta provém com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente. Assim, é necessário delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de

que a ratio do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

Feitas tais considerações a respeito da identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, bem como dos mecanismos de aplicação e desenvolvimento de um sistema de precedentes vinculativos, é possível avançar para a análise da legislação processual vigente.

### **3. A relevância do precedente para acesso aos Tribunais Superiores na sistemática recursal do Código de Processo Civil de 2015: os artigos 1.030, a e b §2º e 1.042, caput.**

Em sua redação original, o Código de Processo Civil de 2015 alterou significativamente a sistemática dos recursos especial e extraordinário – quando comparado ao modelo anteriormente adotado no CPC/73 –, uma vez que abandonou o duplo juízo de admissibilidade para aqueles recursos, que deveria ser realizado apenas no Tribunal destinatário do recurso.

Entretanto, após diversos questionamentos, sobretudo por parte dos próprios membros das Cortes Superiores<sup>5</sup>, rapidamente restabeleceu-se o duplo juízo de admissibilidade, com a aprovação e promulgação da Lei 13.256 de 2016.

Com a redação atualizada do CPC/2015, os recursos especial e extraordinário deverão ser interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido (art. 1.029), para que proceda ao seu juízo de admissibilidade provisório. Ainda segundo o diploma legal, a autoridade a quem competir o juízo de admissibilidade no tribunal *a quo*, deverá negar seguimento, 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; e 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 (art. 1.030, I, a e b).

---

<sup>5</sup> Veja-se, por exemplo: Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>> Acesso em 5/6/2017.

Nestes casos, em que o tribunal negar seguimento ao recurso com fundamento no art. 1.030, I, *a e b*, ao contrário das demais hipóteses de inadmissão, não será cabível agravo em recurso especial ou extraordinário, mas, sim, agravo interno ao órgão a que se submeter o presidente ou vice-presidente que proferir a decisão<sup>6</sup>. Considerando que no “agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada” (art. 1.021, §1º, CPC/2015), caberá ao agravante apenas, e tão somente, argumentar que o precedente invocado na decisão recorrida é inaplicável ao seu caso, requerendo que se proceda ao *distinguish*<sup>7</sup>.

Todavia, da decisão proferida pelo órgão competente para julgar o agravo interno, não previu o legislador – ao menos expressamente – qualquer recurso para os tribunais superiores. Ou seja, diante de uma interpretação literal do CPC/2015, se o tribunal local entender que a um determinado caso é aplicável um precedente de força vinculante, *a parte lesada terá acesso vedado aos tribunais superiores*. Portanto, neste caso, o tribunal recorrido é que dará a palavra final sobre a aplicabilidade do precedente.

Como se vê, o sistema recursal previsto legalmente nos apresenta dois problemas: o primeiro, no que tange à inviabilização do *overruling*, na medida em que a negativa de seguimento dos recursos com fundamento no art.1.030, I, *a e b* do CPC/2015 impede que o Tribunal Superior revise a matéria e; o segundo, no que tange à distinção, que passa a ser realizada *apenas* pelo Tribunal recorrido, o que, na prática, pode significar que os tribunais locais definam qual a extensão dos precedentes, e não o próprio tribunal prolator da decisão, que fica impossibilitado de analisar se o seu próprio precedente merece ser aplicado, ou não, a determinado caso concreto.

Neste contexto, far-se-á, a seguir, a análise da inadequação da sistemática legal adotada ao modelo constitucional de processo.

#### **4. O modelo constitucional de processo: da necessidade de construção participativa e constante dos precedentes judiciais**

---

<sup>6</sup> A título de exemplo, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, compete ao Órgão Especial julgar o agravo interno das decisões proferidas pelo presidente ou pelo vice-presidente, conforme art. 33, V, de seu Regimento Interno – RITJMG.

<sup>7</sup> Esse é o posicionamento de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2016, p. 548), que afirmam que “Rigorosamente, o agravo interno só é cabível para demonstrar distinção entre os casos”.

Não se apresenta mais como possível, nos Estados Democráticos de Direito, que as decisões judiciais sejam discricionárias e autoritárias. Pelo contrário, é cada vez mais desejável que o processo seja democratizado, viabilizador dos direitos e garantias fundamentais e devidamente legitimado pela coparticipação.

Neste contexto, denota-se como incompatível com a necessidade de legitimação democrática das decisões judiciais a concepção kelseniana de que “[s]e a norma geral deve ser aplicada, só uma opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal” (KELSEN, 2014, p. 267); longe disso, no atual estágio da civilização, é preciso superar a concepção de que apenas as opiniões das autoridades competentes – dos magistrados, no caso – são juridicamente relevantes. Portanto, concordamos com BUSTAMANTE (2012, p. 256), quando afirma que:

O modelo de Estado Constitucional contemporâneo exige que todo ato de aplicação judicial do Direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional que nos proíbe de considerar a “autoridade” dos juízes e tribunais como uma razão excludente para as decisões posteriores. Isso significa que uma doutrina do precedente absolutamente vinculante não é mais compatível com a exigência de justificabilidade mantida pelas Constituições democráticas, pois será sempre teoricamente possível que em um caso futuro as razões aduzidas para o *overruling* de uma regra jurisprudencial superem as que militam em favor da manutenção desta mesma regra.

É que, para que o Direito se mantenha íntegro e coerente, é preciso que se desenvolva dialeticamente e de forma dinâmica, com coparticipação do máximo de interessados possíveis. Por isso, merece menção a comparação que DWORKIN (2003, p. 275) estabelece entre Direito e Literatura, para demonstrar que o Direito deve se desenvolver como um romance em cadeia:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que

trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juizes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

Assim, se por um lado as democracias demandam, como anteriormente já mencionado, igualdade e segurança jurídica, é preciso, por outro, que as decisões judiciais sejam constantemente submetidas ao crivo do discurso, para que sejam devidamente legitimadas. Portanto, não se apresenta como adequada rigidez do Código de Processo Civil vigente que limita sobremaneira a possibilidade de *overruling* e do *distinguish*, subtraindo do próprio órgão jurisdicional que criou determinado precedente a possibilidade revê-lo ou distingui-lo de determinado caso concreto. Por isso, ao analisarem especificamente a alteração feita pela Lei 13.256/2016, que previu o não cabimento de agravo aos tribunais superiores quando o recurso for inadmitido com base no art. 1.030, I, *a* e *b* do CPC/2015, NUNES, BAHIA e PEDRON (2016, p. 1.371), afirmam que:

Esses novos incisos já nascem com um potencial vício de inconstitucionalidade ao trazerem novos requisitos negativos, não previstos na Constituição de 1988 (arts. 102, III, e 105, III) para estes recursos de fundamentação vinculada, que impedem inclusive que uma matéria já apreciada pelos Tribunais Superiores em precedentes volte a estes para viabilizar a superação (*overrule*) do entendimento. Apenas a Constituição pode aumentar ou diminuir a competência dos Tribunais.

Tal restrição, como já pontuado, pode promover um engessamento da interpretação jurídica e se mostra completamente contrária à garantia do devido processo constitucional. Trata-se, inclusive, de hipótese na qual o vice-presidente poderá, por inconstitucionalidade material da regra, promover a declaração de sua ilegitimidade constitucional *in concreto*.

E se o tribunal que forma o precedente é o único que pode superá-lo tecnicamente, a reforma da Lei n. 13.256/2016 seria inconstitucional caso inviabilize o acesso aos Tribunais de Sobreposição.

Por isso, concordamos com NUNES (2015, p. 05) quando afirma ser inconstitucional qualquer restrição ao debate processual e que promova o decisionismo e afaste as partes da construção dos precedentes judiciais pelo discurso:

Qualquer interpretação que busque destruir a necessidade do processo como estrutura garantística de aplicação e viabilização do exercício de direitos fundamentais seria inconstitucional, por impedir a participação e o debate processual na formação dos provimentos, além de cancelar as variadas formas de decisionismo, tão caras às diversas formas de discursos autocráticos (militares, econômicos, neoliberais, etc.).

Portanto, diante da necessidade de adoção de um modelo constitucional de processo, que afaste decisões solipcistas e discricionárias, a doutrina vem apontando diferentes interpretações aos arts. 1.030, §1º e 1.042, *caput*, do CPC/2015, que serão analisadas em seguida, juntamente com o posicionamento até aqui firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **5. As propostas de adequação constitucional aos artigos 1.030, I, *a* e *b* e 1.042, *caput*, do CPC/2015 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.**

Diante da sistemática recursal instituída pela Lei 13.256/2016, que alterou o Código de Processo Civil de 2015, surgiram na doutrina interpretações que visam a adequação da legislação ao modelo constitucional de processo, para preconizar o desenvolvimento dinâmico e democrático do Direito, para que o acesso às instâncias superiores não fique inviabilizado.

Segundo MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2016, p. 561), não se apresenta como adequado permitir que os tribunais locais deem a última palavra quando realizem o *distinguishing* de precedentes dos tribunais superiores, porque “do contrário, a última palavra a respeito pertenceria aos tribunais ordinários, que poderiam cancelar, por ausência de distinção, violações à Constituição e à lei federal”. Portanto, propõem que da decisão que julgar o agravo interno com base nos artigos 1.030, I, *a* e *b* e 1.042, *caput*, do CPC/2015, será cabível agravo ao respectivo tribunal superior. Veja-se:

“Note-se que a ressalva da parte final do art. 1.042, CPC, merece interpretação conforme a Constituição: como é a própria Constituição que defere ao STF e ao STJ a última palavra a respeito da existência ou não de violação à Constituição e à lei federal (arts. 102, III e 105, III, da CF), não é possível interpretar o art. 1.042, CPC, no sentido de vedação ao cabimento do agravo. Aliás, além de não ser hierarquicamente possível do ponto de vista normativo essa interpretação, também não o é do ponto de vista da coerência: se é o próprio legislador que institui a repercussão geral da questão no recurso que

impugnar o acórdão que contrarie precedente ou jurisprudência, sumulada ou não, do STF, como imaginar que é o tribunal local que fará o juízo a respeito da existência ou não de efetiva violação da orientação do STF?”. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 561).

Por outro lado, NUNES, BAHIA e PEDRON (2016, p. 1.371/1.372) concordam que as alterações promovidas pela Lei 13.256/2016 foram exageradas e demandam uma interpretação constitucional, para que não signifique o engessamento do Direito; entretanto, divergem de MARINONI *et al.* (2016) ao proporem que, da decisão que julgar o agravo interno para inadmitir recursos aos Tribunais superiores, caberiam novos recursos especial e extraordinário, com o seguinte fundamento:

“(…) a única interpretação conforme a Constituição nas hipóteses de inadmissibilidade dos recursos pela decisão atacada estar em conformidade com o precedente (incisos I, II e IV) será aquela que aceitar contra a decisão que julga o agravo interno (que busque a superação de entendimento) o cabimento de novo recurso especial embasado em negativa de vigência e contrariedade ao disposto no art. 927, §§2º a 4º, que prevê a superação, técnica essencial num sistema de precedentes para evitar o engessamento do direito, e novo recursos extraordinário embasado na norma de seu cabimento (art. 102, III, a).”.

Entendemos que este último posicionamento revela-se mais adequado, uma vez que o agravo nos recursos extraordinário e especial somente são cabíveis nas hipóteses taxativas previstas legalmente no CPC/2015. Deste modo, não havendo hipótese que admita a interposição de agravo contra a decisão que julga o agravo interno, não haveria que se falar nesta possibilidade.

De outro modo, concordamos com o aludido posicionamento de NUNES, BAHIA e PEDRON, uma vez que o acesso à instâncias superiores através dos recursos especial e extraordinário possuem não apenas respaldo legal, mas também, constitucional. Não bastasse isso, o acórdão que julga o agravo interno é proferido em última instância e, portanto, tem-se por cabíveis novos recursos extraordinário e especial, com fulcro nos arts. 102, III e 105, III da CR/88 (CÂMARA, 2016).

Entretanto, é importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem dado, nos últimos anos, indicação de que possivelmente não irá acolher nenhuma das interpretações mencionadas anteriormente, especialmente por argumentos de ordem consequencialistas, por entender que tais interpretações podem acarretar em um aumento no número de processos naquela Corte. Se por um lado é certo que o

Supremo Tribunal Federal não apreciou a matéria sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, por outro, é certo também que já tangenciou a questão na versão atualizada do CPC/73, que adotava uma sistemática similar.

Veja-se, por exemplo, a Reclamação 7.569/SP, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie, julgado pelo Pleno do STF em novembro de 2009. Neste julgamento, realizado na vigência do CPC/73, afirmava o Reclamante que seu recurso extraordinário fora inadmitido pela Presidência do Tribunal de origem, sob o fundamento de que em caso similar o Supremo Tribunal Federal já havia declarado a inexistência de repercussão geral da matéria. Diante deste quadro, a parte ajuizou Reclamação, para demonstrar que o caso concreto era distinto do paradigma utilizado pelo Tribunal local para inadmitir o recurso e, portanto, este deveria ser enviado para o STF, para que esta Corte analisasse se havia, ou não, repercussão geral desta matéria, sob pena de usurpação de sua competência.

Entretanto, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a via adequada para se questionar a distinção (*distinguish*) do Recurso Extraordinário interposto pelo Reclamante com o paradigma invocado para inadmiti-lo, seria o agravo interno, perante o Tribunal de origem. Até aqui, percebe-se que o entendimento adotado pelo STF, ao interpretar o CPC/73, foi idêntico ao previsto na atual redação do CPC/2015, que impõe o cabimento de agravo interno nestas hipóteses (v. art. 1.030, I, *a* e *b*).

Naquela oportunidade, a Relatora, que foi acompanhada à unanimidade pelo Plenário, apontou uma série de preocupações, indicando que caberia ao Tribunal *a quo* proceder ao *distinguish*, para evitar que o STF fosse abarrotado de recursos ou reclamações com tal fundamento. Registre-se trecho do voto condutor do acórdão:

“Poder-se-ia teorizar que, para a correção do erro e aplicação da decisão desta Suprema Corte ao processo sobrestado na origem, cabível seria a reclamação prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal. Entendo, todavia, não ser o caso, uma vez que a competência desta Corte somente estará desrespeitada no caso de uma indevida retenção do recursos extraordinário ou do agravo de instrumento sem que o Tribunal de origem realize a necessária retratação, nos termos do art. 543-B, §3º do CPC. Além disso, também não estaria sendo descumprida qualquer decisão emanada deste Supremo Tribunal.

Penso não ser adequada a ampliação da utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência desta Corte aos processos sobrestados na origem, isso acarretaria aumento da quantidade de processos distribuídos e desvirtuamento dos objetivos almejados com a instituição do mecanismo da repercussão geral”.

Portanto, diante desta decisão e de sua fundamentação, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, há muito, vem afastando a possibilidade de cabimento de Reclamação para realização do *distinguish*, mesmo que o tribunal de origem venha a incorrer em erro, com o intuito de evitar uma sobrecarga processual.

Na mesma data em que concluiu o julgamento da Rcl 7.569, o STF também proferiu julgamento em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 760.358, em que se discutia a possibilidade de utilização do Agravo de Instrumento (àquela época, era o recurso cabível para destrancamento de REsp e RExt inadmitidos), em face de decisão que, sob a ótica do recorrente, aplicava precedente do STF indevidamente.

Da mesma forma em que a Suprema Corte decidiu na Rcl 7.569, decidiu no AI 760.358-QO/PR, ou seja, entendeu que caberia ao Tribunal *a quo* realizar o *distinguish*, sob pena de se permitir que o Supremo Tribunal Federal reapreciasse um tema múltiplas vezes e isso resultar em um acúmulo de recursos. Naquela oportunidade, os Ministros discutiram explicitamente qual seria o “remédio” adequado nas hipóteses em que o Tribunal de origem aplicasse precedentes de forma equivocada. Entretanto, não apenas não apontou uma saída, como decidiu que o Agravo de Instrumento não seria o meio adequando – assim como a Reclamação – tendo a parte que se contentar apenas com o agravo interno no Tribunal de origem. Até porque, segundo o Ministro Relator, “*temos que confiar na racionalidade do sistema e na aplicação de nossas decisões pelas Cortes de origem*”. No mais, o Relator assim argumentou:

“Agora, uma vez submetida a questão constitucional à análise da repercussão geral, cabe ao tribunais dar cumprimento ao que foi estabelecido, sem a necessidade da remessa dos recursos individuais.

Caso contrário, se o STF continuar a ter que decidir caso a caso, em sede de agravo de instrumento, mesmo que os Ministros da Corte apliquem monocraticamente o entendimento firmado no julgamento do caso-paradigma, a racionalização objetivada pelo instituto da repercussão geral, de maneira alguma, será alcançada.

Assim a competência para aplicação do entendimento firmado pelo STF é dos tribunais e das turmas recursais de origem. Não se trata de delegação para que examinem o recurso extraordinário nem de inadmissibilidade ou de julgamento de recursos extraordinários ou agravos pelos tribunais e turmas recursais de origem. Trata-se, sim, de competência para os órgãos de origem adequarem os casos individuais ao decidido no *leading case* (...). (Voto do Min. Gilmar Mendes, Relator).”

E, mais adiante, ainda asseverou que “é preciso encontrar uma solução que eventualmente não traga para cá todos os processos em que se discute a aplicação da decisão de mérito dada pelo Supremo Tribunal Federal”. Logo, foi expresso no sentido de que a revisitação da matéria decidida pelo STF deveria ser inviabilizada. Este também foi o entendimento da então Ministra Ellen Gracie, que chegou a afirmar que “É muito simples verificar se a hipótese em que foi reconhecida a repercussão geral é idêntica à do processo que temos em mão, ou se ela é diversa. Se é diversa, corrige o próprio Tribunal o equívoco em que incorreu”.

Ora, em verdade, verificar se a hipótese do paradigma é idêntica à do processo que temos em mão *não é tarefa tão simples*. Pelo contrário, conforme indicamos no item 2.1, esse processo de análise demanda a identificação da *ratio decidendi* do precedente, para que, em seguida, passe-se a analisar não só se os aspectos jurídicos, mas também fáticos, coincidem com o do caso a que se quer aplicar o precedente, por meio das técnicas de *distinguishing*. Entender o contrário, é chancelar a mera repetição de enunciados sumulares e de ementas, com aplicação automática de precedentes, sem justificar porque se aplicam a determinado caso; prática que o CPC/2015 tentou afastar, ao dispor que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V).

Muito embora não se tenha discutido a fundo o entendimento que propomos no presente artigo, com apoio em NUNES, BAHIA e PEDRON (2016) e CÂMARA (2016), de que seria cabível novos recursos extraordinário e especial do acórdão que julga o agravo interno, na aludida decisão o Ministro GILMAR MENDES já sinalizou o que tal entendimento também não deveria ser o adotado, sob sua ótica:

“O mesmo raciocínio se aplica a uma eventual tentativa de interpor recurso extraordinário da decisão proferida pelo tribunal ou turma recursal de origem no exercício do juízo de retratação. Evidentemente, não há interesse recursal em submeter ao STF questão constitucional que já foi decidida no mesmo sentido de jurisprudência da Corte em matéria de repercussão geral.”

Ao que parece, tal entendimento não apenas será mantido pelo Supremo Tribunal Federal, como será ampliado para as hipóteses em que forem ajuizadas

Reclamações tendo como base o acórdão que julga o agravo interno (e, não, a decisão monocrática proferida pela Presidência do tribunal local), conforme se verificam nas Rcl 11.427/MG e 11.408/SP, que, muito embora não tenham tido o julgamento concluído, já houve formação de maioria no sentido de não conhecer das reclamações<sup>8</sup>, justamente com base no precedente firmado na Rcl 7.569/SP.

Em que pese a tese proposta por NUNES, BAHIA, PEDRON (2016) e CÂMARA (2016), no sentido de que seria cabível novos recursos extraordinário e especial, seja coerente e correta do ponto de vista técnico, pelos argumentos evocados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos já julgados, percebe-se que a Corte tem rechaçado a possibilidade de voltar a reanalisar matérias por ele já julgadas, impondo ao próprio Tribunal de origem a palavra final sobre o precedente, inviabilizando o *overruling* e limitando, também, a realização do *distinguish*.

## 6. Considerações Finais

Diante de todas as considerações até aqui expostas, percebe-se que o legislador subestimou as técnicas do *overruling* e do *distinguish* no sistema de precedentes brasileiro. Não bastasse isso, o próprio Supremo Tribunal Federal tem cancelado esta restrição ao acesso às Cortes Superiores.

Ora, ao inviabilizar o acesso aos Tribunais Superiores quando já tiverem tratado da matéria em sede de repercussão geral ou demandas repetitivas, impede-se que o precedente seja revisto ou, até mesmo, que tenha sua tese confirmada e reforçada. Não bastasse isso, impediu o legislador que o próprio tribunal prolator do precedente avalie a sua aplicabilidade em casos concretos, o que pode significar, em último caso, no afastamento indevido de precedentes – e, portanto, uma verdadeira afronta à vinculação do precedente – ou, então, sua aplicação indevida em um caso distinto, o que também poderia gerar injustiça por ausência de isonomia.

De toda forma, a Constituição da República assegura, de forma expressa e literal, o cabimento de recurso extraordinário e especial em face de decisões proferidas em última instância, o que significa, conforme proposto por NUNES, BAHIA, PEDRON (2016) e CÂMARA (2016) que seria cabível novos recursos em face do

---

<sup>8</sup> Até a presente data, acompanharam o Ministro Ricardo Lewandovski (Relator), no sentido de não conhecer da Reclamação, os Ministros Ellen Gracie (aposentada); Gilmar Mendes; Roberto Barroso. Não vota a Ministra Rosa Weber, que sucedeu a Ministra Ellen Gracie. Por ora, os autos aguardam voto-vista de Luiz Fux.

acórdão que julga o agravo interno de negativa de seguimento com base no art. 1.030, I, a e b.

Entretanto, merece destaque o fato de que o Supremo Tribunal Federal, não obstante tenha apreciado a matéria sob a vigência do CPC/2015, tem indicado, nos julgamentos anteriores – e até mesmo naqueles ainda em andamento –, que tal interpretação possivelmente não será adotada.

Portanto, caberia ao Supremo Tribunal Federal adotar o posicionamento de verdadeiro guardião da Constituição, papel que esta lhe atribuiu, para que supere os argumentos de autoridade e promova a constitucionalização do processo, até porque, conforme leciona LEAL (2011, p. 02),

“Nas democracias processuais plenárias, o recurso não é meio, instrumento, remédio ou poder que possa permanecer referido a súplicas ou apelos por um novo pronunciamento estatal sobre temas pelo próprio Estado já decididos, mas direito fundamental (co-fundante da constitucionalidade democrática teorizada) que não pode ser simplesmente afastado a pretexto de celeridade ou de inconsistência dos fundamentos tradicionais que a própria dogmática bülowiana apresentou para se referir ao duplo grau de jurisdição”. (LEAL, 2011, p. 02)

Não havendo tal mudança de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, a alternativa que se apresenta é que o Poder Legislativo, no âmbito de sua competência, promova alteração no CPC/2015, para adequá-lo ao devido processo constitucional, para assegurar que as decisões judiciais sejam devidamente legitimadas, constantemente, pelo discurso e coparticipação dos interessados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOTELHO, Cristiane Miranda; FIORINDO, Regivano. Deliberação nas Cortes Superiores. Julgamento *per seriatim* e *per curiam*. Importância da fixação da ratio decidendi. Delineamento de técnicas processuais de distinção – distinguishing. Exame de caso paradigmático julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*, vol. 258/2016, ago/2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#\\_ftnref3](http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes#_ftnref3)> Acesso em 30 de abril de 2017.
- CONJUR. Ministros de STF e STJ criticam mudança no juízo de admissibilidade do novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-20/ministros-stf-stj-criticam-mudanca-juizo-admissibilidade>> Acesso em 5/6/2017.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- LEAL, André Cordeiro. *Inconsistências do Direito ao Recurso como meio de acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*. Texto publicado nos Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte/MG nos dias 22, 23, 24 e 25 de Junho de 2011.
- MACÊDO, Lucas Buril de. O Regime dos Precedentes Judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 237/2014, nov/2014.
- MARINONI, ARENHART e MITIDIERO. *Curso de Processo Civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. In FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015, no prelo. Disponível em:

<[http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle\\_e\\_Bahia\\_Precedentes\\_no\\_CPC\\_2.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/4E/17/09/12/FD17D410B7C917D40D4E08A8/Dierle_e_Bahia_Precedentes_no_CPC_2.pdf)> Acesso em 25 de abril de 2017.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários aos artigos 1.029 a 1.035. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 10/2015, ago/2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. O Sistema de Precedentes no CPC Projetado: engessamento do direito?. *Revista de Processo*, vol. 232/2014, jun/2014.

STRECK, Lenio; ABOUD, George. Comentários aos artigos 927 a 928. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.