

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

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

CRISTIANO BECKER ISAIA

DANIELA MARQUES DE MORAES

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

P963

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

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Daniela Marques De Moraes; Luiz Fernando Bellinetti - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-410-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O Novo Código de Processo de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, dada mesmo a complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, por ocasião do XXVI Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Brasília/DF, de 19 a 21 de julho de 2017.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi presidido pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pelo Professor Doutor Luiz Fernando Bellinetti (UEL) e pela Professora Doutora Daniela Marques de Moraes (Unb). Um total de 18 (dezoito) dos 20 (vinte) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em 5 (cinco) grupos.

No primeiro, o foco centrou-se no tema Processo civil, ações coletivas e direitos sociais, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância no universo do processo, tais como o sistema de class actions, mínimo existencial em ações de saúde, gestão de litígios de massa, entre outros. No segundo grupo destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Novos contornos da ação civil pública, vindo à tona principalmente questões relacionadas à possibilidade de julgamento fracionado nestas ações, bem como sua relação à técnica de reconvenção, além da vinculação à defesa de direitos previdenciários. No terceiro, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos à clássica relação entre Processo e jurisdição, momento em que se discutiram temas de extrema relevância, tais como ativismo judicial, sistema de precedentes e a função jurisdicional de agências reguladoras. O quarto grupo discutiu o Incidente de resolução de demandas repetitivas, o fazendo numa perspectiva crítica e também técnica, quando se vinculou o tema à análise econômica do direito, bem como à questão da independência do Poder Judiciário e sua relação ao incidente. O quinto e último grupo proporcionou o debate da Técnica processual, com ênfase principalmente à fase de liquidação de sentença, sentença estrangeira de divórcio consensual, estabilidade da tutela provisória, saneamento do processo, negócio jurídico processual e honorários de advogado no novo código de processo civil.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos pudesse reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre o

tema. Fica assim o convite à leitura, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Brasília/DF, julho de 2017.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti – Universidade Estadual de Londrina

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília

**(IM)POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL
PROFERIDO POR CORTE SUPERIOR**

**(IM)POSSIBILITY OF OVERRULING JUDICIAL PRECEDENTS PRONOUNCED
BY SUPREME COURT**

**Renata Carrara Bussab ¹
Claudio José Amaral Bahia ²**

Resumo

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/15, trouxe grande alterações e inovações processuais e procedimentais em relação ao Código de 1973, que vigorava anteriormente. Uma das maiores mudanças foi a introdução da observância obrigatória de precedentes judiciais, trazendo vários institutos do sistema jurídico inglês, Common Law, principalmente o distinguish e o overruling. Com a vigência da Lei 13.256/16, que alterou o Código de Processo Civil ainda na vacância, principalmente o sistema recursal, inviabilizou a possibilidade de superação dos precedentes de Cortes Superiores, ferindo drasticamente o direito fundamental de acesso à justiça.

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Sistema recursal, Impossibilidade, Superação, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The new Procedural Civil Law established by Law 13.105/15, brought great practice and procedural changes and innovations in relation to the Code from 1973. One of the major changes was the introduction of the compulsory observance of judicial precedents, bringing several institutions of the English legal system, Common Law, mainly distinguish and overruling. With the enactment of the Law 13.256/16, which changed the Procedural Civil Law still on vacancy, especially the appeals process, made it impossible to overrule Superior Courts precedents, affecting the fundamental right of access to justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedents, Appeals process, Impossibility, Overruling, Access to justice

¹ Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Advogada.

² Doutor em Direito do Estado - PUC-SP, Mestre em Direito – Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru, Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O processo civil clássico, por influência da Revolução Francesa e de um remarcado individualismo, foi concebido como meio de atuação neutra por parte do Poder Judiciário.

Ao magistrado competia apenas dizer a lei, ou seja, simplesmente atuar de acordo com a vontade do legislador, neutralizando seu convencimento diante do caso concreto.

É de se ponderar que a suposta neutralidade judicial é um mito que se sustentou por muito tempo sem muito resultado prático, pois, respeitadas posições em sentido contrário, impossível se mostra ao intérprete manter-se completamente equidistante daquilo que se desdobra dentro de um processo, eis que se valerá também de sua essência para julgar; o que se busca sempre é a imparcialidade em tal proceder, dentro dos limites e contornos impostos pelo devido processo legal.

O juiz exercia assim mero poder declaratório, limitando-se a dizer o direito aplicado à lide, como bem ilustra o pensamento de Montesquieu (1998, p. 170), na célebre obra *O espírito das leis*, a saber: “[...] se os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos Juizes, e viver-se-ia na sociedade sem se saber precisamente quais os compromissos assumidos”.

Com a evolução do direito processual, o juiz supostamente deixa de ser apenas a *boca da lei (bouche de la loi)*, de apenas dizer a lei, para ter liberdade, dentro de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, de interpretar a norma e decidir o caso concreto de acordo com o livre convencimento motivado³, cuja discricionariedade vai sofrer duras e escorregadas críticas por parte de Lenio Streck, entendendo este que houve um movimento pendular acentuado, de um extremo ao outro, com o intérprete proferindo a solução de acordo com a sua consciência, o que não deixaria de ser arbitrariedade inaceitável.

Em continuidade, o momento de análise se deteve diante da explosão de conflitos de interesses que foram colocados para resolução do Judiciário, congestionando a otimização pretendida de algum tempo pelos gestores das questões forenses, galgados na ideia de tribunalização da justiça.

Alocou-se no seio do art. 5.º da CF/88 o inciso LXXVIII para firmar como direito fundamental a razoável duração do processo, novo fetiche que acabou por deixar passar ao

³ PORTANOVA, 2003, p. 136-137: “Não há temer pela subjetividade nesta nova mentalidade de ver o Direito. A subjetividade do juiz é algo infastável em qualquer julgamento e ao mesmo tempo condição de liberdade de todos, por isso essencial como garantia de autêntica moralidade”.

largo a qualidade que deveria (e deve) permear uma decisão judicial: é o tempo da petição 10 sentença 10, da exortação pública dos Tribunais para que os advogados escrevam pouco pois os juízes sabem o Direito, como se a arte jurídica e a hermenêutica fossem coisas simples e de somenos importância.

O Código de Processo Civil até então vigente (1973), foi revogado pela Lei 13.105/15, dando origem às novas regras processuais.

O último e atual movimento nesse imenso tabuleiro foi o aumento da transposição de institutos originariamente da tradição (e não apenas do sistema) da chamada *common law* para o ordenamento jurídico pátrio, a fim de colmatar a proliferação de processos por intermédio da sistemática dos precedentes judiciais, estratégia que começou a encorpar quando da adoção das chamadas Súmulas Vinculantes, introduzida por força da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Afirma-se que com a consolidação do uso dos precedentes judiciais, remarca-se a ideia de que o processo não é lugar para defesa de teses que se convertam apenas em caturrices jurisdicionais.

Veremos no decorrer do presente estudo que referida lei foi alterada ainda na vacância pela Lei 13.256/16, introduzindo, principalmente uma “simplificação recursal”, que, inclusive é um dos principais fundamentos do Novo Código de Processo Civil. Nesse contexto, além de manifesta e agressiva jurisprudência defensiva criada pelos Tribunais Superiores para evitar a todo custo julgamento dos recursos cuja competência a Constituição lhes impôs, uma série de medidas normativas eclodiram também no intuito de dificultar ao máximo a existência da atividade recursal, como se da atividade humana não fosse possível soçobrar erros dos mais diferentes níveis de repercussão na esfera do indivíduo e que obviamente podem ser corrigidos inclusive pela Suprema Corte.

Todavia, e aí que entra a diferença entre tradição (mais ampla) e sistema, não será pela simples introdução da obediência aos precedentes que a problemática envolvendo o Poder Judiciário estará revolvida; a uma, porque não faz parte da cultura forense pátria a resolução de litígios pela aplicação de decisões anteriores, vez que nossa tradição é marcadamente codificada; a duas, porque a existência da obediência do precedente, por si só, não garante a qualidade da decisão e muito menos acaba com a discricionariedade reinante no momento do julgamento.

É fato que o grande número de ações ajuizadas no Brasil, diariamente, vem trazendo uma certa necessidade de observação dos precedentes judiciais obrigatórios, porém, essa observância não pode limitar o direito fundamental de acesso à justiça.

A principal alerta do presente artigo é justamente acerca das alterações feitas pela Lei 13.256/2016, que o Código de Processo Civil de 2015, ainda em sua vacância, tendo como principal modificação no sistema recursal, para cumprir a chamada “simplificação recursal” citada na exposição de motivos do NCPC, principalmente no que diz respeito ao acesso à justiça dos jurisdicionados às Cortes Superiores.

De mais a mais, como se dará o procedimento de superação do precedente emanado de Corte Superior, mormente do STF, com o intuito de se evitar o engessamento do pensamento jurídico, observando a falta de cultura do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao respeito aos precedentes judiciais obrigatórios, no que concerne aos mecanismos essenciais de aplicação dos precedentes.

Stare decisis et non quieta movere?

2. O SISTEMA COMMON LAW E OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A terminologia precedente, no mundo jurídico, pode significar uma decisão isolada ou até mesmo um conjunto de decisões, que tem a função de decidir casos passados e servir de parâmetro para, incidentalmente, solucionar novos.

O *Common Law* teve início no século XI, e a força vinculante dos precedentes passou a vigorar a partir do século XIX. Em relação à história Lenio Luiz Streck (2014, p. 22) esclarece que: “O *Common Law* inglês é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda”.

O sistema de precedentes do *Common Law* nada mais é do que uma decisão proferida pela Corte superior que deverá ser observada em casos futuros, semelhantes ou iguais a este já julgado.

Peter Panutto (2017, p. 109) complementa os dizeres acima, lecionando que: “*Common Law* é um sistema jurídico que possui como fonte primária do Direito os precedentes judiciais, ou seja, os casos já julgados, cuja decisão vincula todo e qualquer juízo, o qual deverá observá-los em julgamento de casos correlatos futuros”.

Ainda, Lenio Luiz Streck (2014, p. 39) ensina que:

O que deve ser dito, em síntese, é que, no regime do common law, o juiz está vinculado ao sistema de precedentes. Mas atenção: não se trata de vinculação de uma decisão ou uma sentença, e, sim, a uma série de decisões que ao longo da

história possibilitam a concretização de uma *rule of Law*.

As razões dos fundamentos, chamada de *ratio decidendi* é que vinculará o próximo julgamento, devendo ser afastadas as demais razões que não trazem alicerces fundamentais da decisão, ou seja, não deverá ser utilizado o *obiter dictum*.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 220) ensina o seguinte sobre o assunto:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondência no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com dispositivo. A *ratio decidendi*, no common Law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, fundamentação, do dispositivo e relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”.

Acerca das elucidações da *obiter dictum* continua o lecionador (2013, p. 231 – 236/237):

A discussão acerca do significado de *obiter dictum* é tão antiga, intensa e difícil quanto a travada sobre o significado da *ratio decidendi*. [...] Atribui-se tais denominações ao *obiter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas.

No caso concreto, o magistrado fica vinculado àquela decisão já apreciada por órgãos superiores, sendo que, quando da análise do caso, verificado que não se trata de fatos concretos iguais ou semelhantes, o magistrado deverá afastar a incidência do precedente por meio do *distinguish* (distinção), ou, em caso de casos semelhantes, porém com fundamentais avançadas, o magistrado superará o precedente em questão por meio do instituto do *overruling* (superação).

Por outras palavras, a Corte, em um caso concreto, pode deixar de aplicar um precedente, mesmo que vinculante, não o abandonando. Apenas naquele caso, **em virtude das circunstâncias especiais (condições especiais)**, é que não aplica o dito precedente, **de modo que o distingue no caso concreto**, cuja incidência se pugna quando do julgamento da *actio*.

Na hipótese de *overruling* ocorre a real superação do precedente, adotando-se novo posicionamento, mediante novos e contundentes argumentos apresentados a Corte, razão pela qual esta envidará maior carga na fundamentação a justificar a adoção do novel caminho, assemelhando-se, para alguns doutrinadores, a revogação de uma lei por outra superveniente,

guardadas as devidas proporções.

Tome-se como exemplo conhecida questão norte-americana: em 1865 foi aprovada a 13.^a Emenda à Constituição de 1776, abolindo oficialmente a escravatura; entretanto, era cediço que referido ato não seria recebido de forma unânime pelo povo estadunidense, situação essa que fez eclodir uma política racial discriminatória aparentemente velada mas manifestamente agressiva que recebeu o nome de *equal but separate* (iguais mas separados).

Por meio dessa “teoria” sustentava-se a constitucionalidade da separação de brancos e negros nos estabelecimentos públicos, escolas, ônibus, trens e outros que tais, desde que referidos lugares oferecessem a ambos as mesmas condições de utilização, respeitando, assim, a decantada igualdade proclamada pela Emenda 14, de 1868.

Tais políticas discriminatórias foram levadas ao crivo da Suprema Corte no ano de 1896 quando da análise do conhecido caso *Plessy vs. Fergusson*, tido como um dos mais tristes daquele Sodalício, eis que avalizada a atuação não isonômica e contrária a dignidade humana, figurando como precedente de obediência obrigatória por mais de 50 (cinquenta) anos, posto que a superação somente ocorreu em 1954 ao se proceder ao julgamento de *Brown vs. Board of Education*, momento em que se passou a considerar incompatível com a Constituição a segregação de alunos negros de escolas frequentadas por alunos brancos, em face da coloração da pele.

No Brasil, no século XIX, ainda no Império, tinha-se um sistema normativo de precedentes, muito menor e diferente do atual, inclusive no que diz respeito a estrutura do Judiciário.

Porém, havia a necessidade de se respeitar as orientações do Supremo Tribunal de Justiça. Além disso, em 1891, inaugura-se uma nova concepção do sistema jurídico constitucional, com a instituição do controle difuso de constitucionalidade, e, a partir disso, gera um sistema de precedente, em razão da análise das leis.

O doutrinador Luiz Rodrigues Wambier (2016, p. 694) faz alusão desse mecanismo já vigente no Brasil em sua obra, aduzindo que:

Considerando-se os pronunciamentos do STF em controle direto de constitucionalidade. Essa medida surgiu nos anos 1960 desde sua origem com eficácia *erga omnes*. O entendimento de que tais decisões têm eficácia vinculante no sentido estrito do termo (v. n.34.2.3, a seguir) sedimentou-se em meados dos anos 1990. Nos últimos anos, multiplicaram-se os mecanismos com tal finalidade. Ampliaram-se os instrumentos de controle direto de constitucionalidade e surgiram outros – alguns dos quais alheios à jurisdição constitucional. A essa tendência ampliativa correspondeu ao alargamento do significado do termo “precedente”. As decisões resultantes desses vários mecanismos, com frequência, passaram a ser chamados de “precedentes vinculantes” ou “obrigatórios”.

Embora os precedentes tenham ganhado força, no sentido literal da palavra, após a vigência da Lei 13.105/15, que instituiu as novas regras processualistas, é certo que, já havia um esboço no Código revogado, como, por exemplo, as súmulas impeditivas de recurso, a própria previsão de respeito às sumulas vinculantes, entre outros, segundo entendimento do doutrinador Luiz Rodrigues Wambier (2016).

O objetivo da adoção de sistema de precedente brasileiro é justamente a suposta diminuição de riscos aos jurisdicionados que buscam soluções de conflitos no Poder Judiciário, a fim de que traga a tão almejada celeridade processual, segurança jurídica e previsibilidade das decisões que já passaram pelo judiciário, promovendo inclusive a igualdade de tratamento perante ao judiciário.

Dessa maneira, a “justiça lotérica” perderia seu espaço no mundo jurídico, ficando o magistrado adstrito a solucionar o caso, de acordo com o julgamento de casos passados.

Para melhor elucidar, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p.219) leciona que:

A decisão vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividade. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Esse seria o modelo idealizado pelos brasileiros, atuantes no Poder Judiciário, que, não raras vezes, se depararam com decisões contrárias ou, então, com certa arbitrariedade/discricionariedade do magistrado em decidir determinado caso concreto.

Todavia, o sistema de precedente trazido pelo Novo Código de Processo Civil, talvez por despreparo em implementar esse sistema, se revela um tanto prejudicial em certos casos, como, por exemplo, a falta de acesso às Cortes Superiores em virtude do respeito aos precedentes por elas próprias criados.

A proposta do Novo Código de Processo Civil, sem dúvida, foi de trazer o modelo inglês de precedentes, mas, de uma forma remontada, trazendo grande relevância à jurisprudência das Cortes Superiores, aplicando integralmente suas decisões, sem oportunizar, de outro vértice, efetiva condição de superá-las, o que se mostra essencial dentro do jogo democrático, ainda mais ao se levar em consideração a envergadura das questões que acabam sendo assentadas nas ditas decisões estabilizantes.

Ora, questões candentes e até mesmo de aparência contrária ao texto constitucional se consolidadas devem apresentar a necessária abertura para a superação, como, ad

exemplum, nas questões envolvendo a possibilidade de antecipação do cumprimento da prisão pena antes do trânsito em julgado, da disseminação das prisões cautelares, da possibilidade de aborto até três semanas de gestação, a fim de que o Judiciário não venha a exacerbar seu natural papel contramajoritário, convertendo-se no novo tiranete de plantão.

Indiscutível a necessidade de reestruturar a forma de utilização e aplicação dos precedentes, para que a redução da litigiosidade e previsibilidade das decisões realmente sejam alcançadas, fortalecendo a credibilidade do Poder Judiciário pelos jurisdicionados e prestigiando os princípios da República, pautados no art. 3º da Constituição Federal, de modo a evitar-se prejuízos aos objetivos do Estado Democrático de Direito.

3. BLINDAGEM RECURSAL: EFETIVIDADE DAS DECISÕES OU NEGAÇÃO DA TUTELA?

O Código de Processo Civil foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, e, na *vacatio legis*, foi alterado pela Lei 13.256 de 04 de fevereiro de 2016, que trouxe mudanças no sistema recursal, principalmente sobre recurso especial e recurso extraordinário, numa clara demonstração de que os Tribunais Superiores continuam com a ideia fixa de não julgarem recursos, situação essa que preocupa, como dito alhures, no que se refere a possibilidade de superação de um precedente posto.

Para entender-se a nova sistemática processual recursal adotada pelo NCPC, se faz necessário, primeiramente, resgatar-se o procedimento tratado pelo Código de 1973.

Especificamente sobre o objeto do presente artigo, antes, quando da interposição do Recurso Especial ou Extraordinário, quando o jurisdicionado se deparava com uma decisão denegatória proferida pelo Presidente ou Vice-Presidente de Tribunal, era cabível a interposição de agravo de instrumento, com fundamento no art. 544 CPC/73; art. 313 do Regimento Interno do STF e art. 253 do Regimento Interno do STJ: ou seja, o agravo era interposto no Tribunal de origem, porém, remetido ao Tribunal superior.

Certo é que a interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário não visa reanálise de provas e, portanto, matéria de fato, mas sim, matérias exclusivamente de direito, sendo o Recurso Especial destinado a reexame de matérias que violem expressamente lei federal ou tratados, ou ainda de acórdãos que deem sentido divergente a interpretação do dispositivo legal, e, o Recurso Extraordinário tem como objetivo o reexame de decisões que violem a própria Constituição Federal.

Com a vigência das novas regras processuais, inicialmente trouxe mudança no juízo de admissibilidade desses recursos, disciplinado no art. 1.030. A redação original do Código de Processo Civil desse artigo e seu parágrafo único⁴ dizia que, recebida a petição de recurso, a remessa seria feita independentemente de juízo de admissibilidade. Todavia, com a Lei alteradora principalmente do sistema recursal (Lei 13.256/16), houve uma vasta gama de limitação de acesso às Cortes Superiores, principalmente no que diz respeito ao juízo de admissibilidade.

Em decorrência disso, embora o trâmite desses recursos tenha permanecido, foi introduzida uma ressalva em relação ao recurso de Agravo para questionar o juízo de admissibilidade, que agora é feito pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente do respectivo Tribunal, no tocante à aplicação do regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, que obstaculiza a remessa ao Tribunal Superior para reexame da negação na admissibilidade do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário.

Em se fazendo uma comparação com o Código revogado de 1973, o doutrinador Elpídio Donizetti (2017, p. 1704) esclarece o seguinte:

Se o juízo de admissibilidade fosse negativo, ou seja, se um ou ambos os recursos – no caso de interposição conjunta – fossem inadmitidos, o CPC/1973 permitia a interposição de agravo (“agravo nos próprios autos”) para o STF ou para o STJ, conforme tratasse de RE ou REsp (art. 544 do CPC/193). Esse dispositivo não encontra correspondência na nova legislação. Na verdade, pode-se dizer que o “agravo em recurso especial e em recurso extraordinário” serve como seu substituto.

Houve, sem dúvida, uma supressão de ritos recursais, em razão da observância obrigatória do sistema de precedentes judiciais, pois o acórdão que esteja em consonância com a decisão das Cortes Superiores, seja em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, não terá chance de ser reanalisado.

Com isso, a não possibilidade de reanálise do despacho denegatório do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário, traz expressa violação do art. 5º, XXXV da CF, que regula o direito fundamental de acesso à justiça, já que, o jurisdicionado não terá sequer a oportunidade de demandar nos Tribunais Superiores.

Para isso, precisa-se entender que o direito de acesso à justiça não é tão somente o direito de a parte ingressar no Judiciário para análise de seu caso, mas sim, e principalmente,

⁴ Redação original: Art. 1.030. Recebida a petição do recurso para secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.

o direito do jurisdicionado de ter acesso a um processo justo, assegurando o direito de duplo grau de jurisdição.

Em decorrência disso, fica evidente que, se a parte não obtém acesso às Cortes Superiores, em razão da “blindagem recursal”, instituída por repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos, certo que nunca haverá a superação de tais precedentes.

Isso quer dizer que a superação do entendimento definido ficará única e exclusivamente a cargo da própria Corte, que mudará ou atualizará seu entendimento quando arbitrariamente entender que há motivos próprios para isso, se entender, num critério discricionário de conveniência.

Fica claro que a revisitação do precedente perante aos Tribunais Superiores foi limitada pelo art. 1.042 CPC/15, após a modificação pela Lei 13.256/16, que trouxe a seguinte redação:

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, **salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. (grifo nosso)**

Suponhamos um entendimento ultrapassado pela evolução da sociedade: este somente será superado quando a própria Corte assim o entender, como um ato discricionário e autoritário, já que, a ela não poderá chegar nenhum recurso em sentido contrário, situação essa que certamente não se coaduna com os ideais democráticos do Pacto Social de 88 e nem foi querido pelos Pais Fundadores quando de sua redação.

Isso caracteriza um grande retrocesso do sistema processual brasileiro que tanto lutou pelas garantias do contraditório e da ampla defesa, e, em piscar de olhos, teve seu direito suprimido sob o duvidoso mantra da economia e celeridade das decisões o que, nem de longe, garante a estas a mínima qualidade, justiça e eficácia.

Em relação aos fundamentos básicos utilizados como evidência que deverá ser procedida a superação do precedente, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 403/404) esclarece que:

Os fundamentos mais importantes, apontados pela doutrina, para o *anticipatory overruling* são: i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.

O NCPC, em consonância com sua exposição de motivos, se preocupou muito em

garantir a efetividade das decisões de Cortes Superiores, pacificando e consolidando entendimentos e principalmente tendo como um dos fundamentos principais a simplificação do sistema recursal, e a duração razoável do processo.

A duração razoável do processo é um direito fundamental, previsto expressa no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela reforma processual da Emenda Constitucional 45/2004, expresso como: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e reproduzido pelas novas regras processuais, no art. 4º do Novo Código de Processo Civil: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Aqui deve-se fazer uma importante observação de que a duração razoável do processo não quer dizer uma aceleração ou supressão dos atos para que o processo “caminhe” rapidamente. Ao contrario disso, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2016, v. 1, p. 266), esclarece o seguinte:

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. (destaques do texto original)

Embora a proposta e intenção do legislador infraconstitucional seja boa, para garantir a tão almejada celeridade processual, a supressão de acesso às Cortes Superiores acaba gerando a inefetividade das decisões (fazendo um pensamento a longa distância e evolução rápida da sociedade) e, sem dúvidas, conseqüentemente a supressão dos direitos dos jurisdicionados de acesso à justiça.

Corroborando com esse entendimento, o doutrinador Elpídio Donizetti (2017, p. 1690) discorre exatamente acerca do cerceamento acerca da impossibilidade de acesso ao Tribunal que formulou o precedente. Vejamos:

O tribunal que faz o primeiro juízo de admissibilidade ficará também responsável pela aplicação do precedente já fixado por tribunal superior, se entender que o caso concreto se enquadra na tese firmada. Em que pese ser um indício de mais uma

tentativa de uniformização de julgamentos para casos semelhantes, essa novidade pode trazer um sério problema: dificilmente os recursos que ataquem precedentes normativos chegarão aos tribunais que formularam a tese. Dessa modo, restará inviabilizada, pela via recursal, a superação dos precedentes ou mesmo o aprimoramento pelo tribunal da tese jurídica já consolidada.

A título de elucidação, Nelson Nery Junior (2016, p. 892) explica que: “[...] o CPC de 2015 acabou chamando de “agravo em recurso especial e em recurso extraordinário”, e que, no Projeto do Senado, era chamado de “agravo de admissão” e, no projeto da Câmara, foi alterado para “agravo extraordinário””.

Ainda, como dito acima, o Código de Processo Civil Lei 13.256/2016, foi alterado na vacância pela Lei xxx, que foi responsável pela alteração, inclusive do artigo em questão. O artigo 1.042⁵, inicialmente aprovada pelo Congresso Nacional, não trazia a regulação acerca dos julgamentos dos Tribunais Superiores.

O doutrinador Nelson Nery Junior (2016, p. 892/893) esclarece que:

[...] o CPC de 2015, tal qual promulgado, havia abolido o exame de admissibilidade daqueles recursos perante os Tribunais de Justiça e Regionais Federais, cabendo sua realização ao STF e ao STJ, nos termos do então parágrafo único do art. 1.030. Essa é a razão pela qual, até o advento da Lei 13.256/2016, avolumaram-se (corretas) manifestações no sentido de que toda jurisprudência preexistente ao CPC de 2015 sobre o agravo do art. 544 do CPC de 1973, inclusive a sumulada, perderia, com sua entrada em vigor, seu fundamento de validade. Com a Lei 13.256/2016, o prévio juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, perante aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, foi reintroduzido no CPC de 2015, razão bastante para devolver ao recurso do art. 1.042 feição mais próxima – embora não integralmente coincidente em virtude da ressalva feita abaixo – com a do recurso previsto no art. 544 do CPC de 1973, com o objetivo precípuo de viabilizar o processamento de recuso extraordinário e/ou de recurso especial não admitido na origem.

Com isso, a intenção era de aproximar o procedimento havido no CPC de 1973, porém, com a alteração, e a ressalva criada posteriormente, fica nítido que houve uma supressão de direitos dos jurisdicionados de levar o caso concreto aos Tribunais Superiores, e conseqüentemente, como já dito acima, a impossibilidade de superação dos precedentes criados pelo entendimento firmado em regime de repercussão geral em recurso extraordinário ou em julgamento de recursos repetitivos em sede de recurso especial.

Eis a lição propagada por Marcia Zollinger (2006, p. 37-42):

A doutrina atualmente compartilha o entendimento de que os direitos fundamentais

⁵ Redação original, caput do Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: [...]

apresentam duas dimensões – subjetiva e objetiva – sendo esta última especificamente importante para o desenvolvimento da categoria ‘deveres de proteção’ a partir da qual intentar-se-á compreender a proteção preventiva de direitos fundamentais [...]. A teoria do dever de proteção, ensejada pela perspectiva objetiva, vem impor ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões e ameaças provindas de terceiros, ou seja, extrapola-se a concepção tradicional de abstenção do Estado para concebê-lo também como obrigado a proteger e a promover efetivamente e positivamente os direitos fundamentais [...]. Esse dever de proteção dirige-se às atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado. O legislador deve editar normas, inclusive penais e processuais, que dispensem tutela especificamente preventiva aos direitos fundamentais. À administração, por sua vez, incumbe agir materialmente prevenindo e reparando lesões perpetradas por particulares contra os direitos fundamentais. Por fim, o Poder Judiciário tem o dever de, na prestação da tutela jurisdicional, adotar exegese normativa mais consentânea com a Constituição e que confira maior efetividade às disposições de direitos fundamentais, bem como exercer o dever de correção e aperfeiçoamento da legislação quando se trata de proteger os direitos fundamentais. Assim, o Estado deve assegurar em toda a sua atuação uma proteção ampla e efetiva aos direitos fundamentais.

Importante ressaltar, uma vez mais, que uma das maiores características apresentada nos países que utilizam o sistema *Common Law* é justamente a possibilidade de superar o precedente das Cortes Superiores por meio do instituto do *overruling*, não havendo qualquer limitação para isso.

É óbvio que em nome da estabilidade se sabe que a superação não é algo corriqueiro, banal, que acontecerá a todo o momento, pois, do contrário, de precedente não se tratará; entretanto, em face da inegável dinamicidade que envolve a vida humana jamais poderá se deixar fechada a possibilidade de atualização de decisões que tem por finalidade nortear e decidir o comportamento social.

Noutro giro verbal, tem-se que a função do precedente é assegurar e não robotizar e escravizar.

Lenio Luiz Streck (2014, p. 39), traz exatamente essa posição em sua obra, lecionando acerca do instituto do *overruling*: “[...] Para se afastar dessa decisão, o juiz deve, obrigatoriamente, proceder a exaustiva fundamentação, a fim de evidenciar que para aquele caso concreto não deve ser mantida aplicação do precedente, para tanto, lançará mão do *distinguishing* e do *overruling*”.

O Novo Código de Processo Civil introduziu o sistema de precedentes com o fito de aprimorar a segurança jurídica, a celeridade processual, a duração razoável do processo e outros meios garantidores de um processo justo, também na intenção de otimizar o sistema recursal sem a supressão do duplo grau de jurisdição e direito ao contraditório.

Entrementes, a figura do precedente, tal qual configurada, num momento futuro poderá tangenciar negativamente o devido processo legal em razão da dificuldade que será

verificada de sua atualização, abrindo espaço, inclusive, para se converter em instrumento antidemocrático, o que se cumpre a todo custo evitar.

Dentro do Estado democrático de Direito, a democracia tem por base o respeito às mais diversas e inusitadas opiniões (OMMATI, 2016). O sistema de precedente, basicamente, é formado sim pelas Cortes Superiores, e, em razão disso e aliados aos princípios do Estado Democrático de Direito, sem dúvida dá direito aos jurisdicionados a possibilidade de demonstração da necessidade de superação ou revisão dos precedentes. A não possibilidade de superação dos precedentes, e conseqüentemente a supressão do direito de acesso do jurisdicionado às tais Cortes, soou como um atentado à democracia popular, e conseqüente, violação expressa dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil, sendo um dos mais importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se constatou no decorrer do trabalho, houve a revogação do Código de Processo Civil de 1973, entrando em vigor as novas regras processuais, representada pela Lei 13.105/15, instituindo a observância do sistema de precedente obrigatórios editados pelas Cortes Superiores, ligados à ideia do sistema processual inglês *Common Law*.

O sistema inglês prevê institutos adequados que integram o procedimento e sistema jurídico do *Common Law*. Um dos institutos observados no presente estudo foi o *distinguish* e o *overruling*.

A título de esclarecimento foi dito que o *distinguish* é utilizado para que possa haver a distinção do precedente da Corte do caso concreto, para que não seja aplicado naquele caso concreto, por tratarem-se de casos distintos. Ao lado dele, há também a possibilidade de aplicação do *overruling*, que é justamente a fundamentação de superação do precedente da Corte Superior àquele caso concreto. Em outras palavras, supera-se o precedente, não por ser distinto do caso em apreço, mas sim por ser inaplicável em razão de aquele entendimento estar defasado ou então ultrapassado.

Foi exposto no decorrer do trabalho, principalmente acerca da alteração no sistema processual do Código em comento, feita ainda na vacância da Lei 13.105/15, que alterou bruscamente o sistema recursal do código, por meio da Lei 13.256/16, sob argumento utilizado na exposição de motivos, de haver necessidade de uma simplificação recursal, e conseqüentemente o alcance da tão almejada celeridade processual e segurança jurídica.

Com isso, houve a mudança específica do art. 1.042, que dispõe acerca do Agravo em caso de decisão denegatória de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário. Referida alteração trouxe a situação de que, caso a decisão seja firmada na aplicação de entendimento fixado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recurso repetitivos o Recurso de Agravo não será admitido, devendo, portanto, prevalecer a decisão da respectiva Corte Superior.

Conforme amplamente demonstrado, essa alteração é capaz de gerar sérios riscos aos jurisdicionados do caso em questão, visto que não haverá meios processuais competentes para questionar a aplicação do precedente. Em outras palavras, não haverá mecanismo processual para que o precedente seja superado ou até mesmo revisado.

Em virtude disso, a superação/revogação/revisão do precedente ficará tão somente a critério da Corte que o instituiu, inclusive no tempo que achar necessário, causando retrocesso social, pois, neste caso, o direito não evoluirá com a sociedade, mas sim, quando e como a Corte Superior entender ser o momento, em um juízo de discricionariedade unilateral, sem participação da sociedade especificamente, ferindo os fundamento e princípios do Estado Democrático de Direito.

Fato inconteste é que o Direito e a sociedade devem evoluir juntos, e para isso, o papel do Poder Judiciário é fornecer os mecanismos necessários para que essa evolução aconteça, e não suprimir mecanismos, negando a garantia do acesso à justiça, em virtude de uma sistemática recursal simplificada e uma duração razoável do processo altamente utópicas.

De acordo com os estudos fica fácil constatar a importância do Recurso de Agravo para estes casos, já que, é a partir das alegações e fundamentações é que saberá se o precedente deve continuar vigorando ou se deve ser superado ou até mesmo revogado.

A exclusão do direito do jurisdicionado ao duplo grau de jurisdição e acesso às Cortes Superiores, mediante a interposição do Agravo em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem dúvida, conclui-se que é um procedimento que fere manifestamente o direito fundamental de acesso à justiça, impossibilitando o jurisdicionado, no caso concreto, de levar seu inconformismo à Corte Superior, e a impossibilidade de poder participar da superação ou revogação do precedente.

Certamente, a intenção Novo Código de Processo Civil para o sistema jurídico brasileiro, era a reprodução do modelo de sistema jurídico inglês, *Common Law*, porém, quando da instituição do sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico pela nova lei processual, houve um deslize, e não foi observado a aplicação do instituto *overruling* para as situações expostas ao longo do estudo.

Portanto, que há um engessamento do Poder Judiciário direito, gerando um “empoderamento” das Cortes Superiores, já que não haverá possibilidade de revisão/superação/revogação do precedente pelo Tribunal competente pela sua criação, impedindo, assim, a oxigenação do direito da população perante ao próprio Poder Judiciário.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAPELETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2008.

DONIZETTE, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha. 13. Ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de processo civil comentado*. 2. ed. Savador: JusPodivm. 2017.

OMMATI, José Emílio Meduar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

PANUTTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do

Advogado. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, volume 2. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

ZOLLINGER, Márcia. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: Podivm. 2006.