



**FACULDADE ANTONIO MENEGHETTI
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LEONARDO ARGENTA DUTRA

**AS TÉCNICAS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* NO SISTEMA DECISÓRIO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2019



LEONARDO ARGENTA DUTRA

**AS TÉCNICAS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* NO SISTEMA DECISÓRIO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Antonio
Meneghetti como pré-requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Becker Isaia

RECANTO MAESTRO - RESTINGA SÊCA

2019



LEONARDO ARGENTA DUTRA

**AS TÉCNICAS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* NO SISTEMA DECISÓRIO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia
Orientador
Faculdade Antonio Meneguetti – AMF

Membro: _____

Prof. Ms. Lúcio André Muller Lorenzon
Membro da Banca
Faculdade Antonio Meneguetti – AMF

Membro: _____

Prof. Ms. Guilherme Volpato de Souza
Membro da Banca
Faculdade Antonio Meneguetti - AMF

Recanto Maestro - Restinga Sêca, 14 de novembro de 2019

AS TÉCNICAS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* NO SISTEMA DECISÓRIO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹

Leonardo Argenta Dutra²

Cristiano Becker Isaías³

SUMÁRIO: Introdução. 1 As Técnicas de Fundamentação: *overruling* e *distinguishing* na legislação brasileira. 2 Formas de Aplicação Prática das Técnicas. 3 Decisões do Superior Tribunal de Justiça e a Aplicação das Técnicas de Fundamentação. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: A partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 2015) o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar alguns institutos de interpretação que são oriundos dos sistemas jurídicos do *common law*. Eis que, apesar do sistema jurídico nacional ser primordialmente da corrente do *civil law*, o art. 479 do referido diploma, possibilita que os institutos do *distinguishing* e *overruling* sejam passíveis de aplicação no cenário judiciário pátrio. O *distinguishing* consiste na não-aplicação de um precedente quando um caso apresentar singularidades que afastem a aplicação deste e o *overruling* por sua vez é a superação do precedente em razão de modificações sociais que não comportam mais a modalidade de interpretação anterior. O problema consiste no modo como tais instrumentos técnicos são aplicados nos casos concretos, na medida em que não existem parâmetros suficientemente delimitados para o seu uso. Assim sendo o presente estudo tem como objetivo principal analisar a aplicação desses institutos no judiciário brasileiro em especial no Superior Tribunal de Justiça, em razão da sua pertinência com a temática escolhida; como objetivos específicos o trabalho são: analisar dos conceitos de *distinguishing* e *overruling*; investigar a possibilidade de aplicação desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro; verificar a aplicação do *distinguishing* e *overruling* no Superior Tribunal de Justiça. E para tanto, a metodologia utilizada é o da pesquisa bibliográfica com análise qualitativa, se servindo de livros, artigos, revistas e casos pertinentes da jurisprudência nacional.

Palavras-chave: *Distinguishing*; *Overruling*; Superior Tribunal de Justiça.

SOMMARIO: Dall'entrata in vigore del Codice di Procedura Civile (legge n. 13.105 del 2015) il sistema giuridico brasiliano ha iniziato ad adottare alcuni istituti di interpretazione che provengono dai sistemi giuridici di *common law*. Pertanto, sebbene il sistema giuridico nazionale sia principalmente di tipo *civil law*, l'art. 479 della suddetta legge, rende possibile che gli istituti di distinzione e annullamento siano applicabili nella scena giudiziaria patria. Il *distinguishing* consiste nella non applicazione di un precedente quando un caso presenta singolarità che ne precludono l'applicazione e il *overruling* a sua volta è il superamento del precedente a causa di cambiamenti sociali che non supportano più la precedente modalità di interpretazione. Il problema è come tali strumenti tecnici

¹ Trabalho de Conclusão do Curso de *Direito* da Antonio Meneghetti Faculdade.

² Acadêmico do Curso de *Direito*, da Antonio Meneghetti Faculdade.

³ Orientador, Docente da Antonio Meneghetti Faculdade.

vengono applicati in casi specifici, in quanto non vi sono parametri sufficientemente delimitati per il loro uso. Pertanto, il presente studio mira ad analizzare l'applicazione di questi istituti nella magistratura brasiliana, in particolare nell' Superior Tribunal de Justiça, a causa della loro rilevanza per il tema scelto; Gli obiettivi specifici del documento sono: analizzare i concetti di *distinguishing* e *overruling*; indagare sulla possibilità di applicare questi istituti nell'ordinamento giuridico brasiliano; verificare l'applicazione di *distinguishing* e *overruling*; nell' Superior Tribunal de Justiça. Pertanto, la metodologia utilizzata è la ricerca bibliografica con analisi qualitativa, utilizzando libri, articoli, riviste e casi pertinenti della giurisprudenza nazionale.

Parole-chiave: *Distinguishing*; *Overruling*; Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por escopo analisar a aplicação dos institutos do *overruling* e *distinguishing* através das decisões do Superior Tribunal de Justiça. Tais elementos foram inseridos no direito pátrio a partir do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015). Os institutos supracitados são técnicas de fundamentação nas decisões que servem para adequar as normas ao fato, visando uma decisão mais precisa quanto ao caso. É consabido que para decidir sobre determinadas situações jurídicas é necessário justificar, ainda que em foro internamente. Embora seja uma simples resposta de sim ou não, existe uma justificativa interior que precede a decisão, que na maior parte das situações é determinante, pois ela pode interferir, se fazendo necessária a fundamentação.

Assim sendo é necessário refletir: se há uma resposta padronizada por justificativas anteriores para a situação semelhante, o que se espera é que todos recebam as mesmas respostas, partindo dos fundamentos que embasaram as justificativas anteriores. Entretanto, o mundo dos fatos é subjetivo ao extremo, pois os instrumentos de prova e fundamentação não alcançam a atividade psíquica, dessa forma não sendo possível prever todas as variantes e peculiaridades de cada situação, fazendo com que, havendo algo novo ou diverso do que se encontrava padronizado e com respostas pré-estabelecidas, se possibilite fundamentos peculiares para a resposta da situação discutida.

No mundo do direito, tais controvérsias são ainda mais presentes, exigindo uma resposta mais sofisticada e adequada por parte dos magistrados, figuras responsáveis por decidir como deve ser a aplicação do direito para o fato externo a norma. Não obstante, as fundamentações nas decisões são estritamente necessárias para que haja possibilidade de aprimorarmos e discutirmos se tal decisões fazem jus ao caso concreto. Diante disso, surge a necessidade de

técnicas e formas para as fundamentações das decisões, sendo cada uma estritamente necessária para a boa fluência da jurisprudência e dos precedentes a serem aplicados.

Embora o sistema jurídico brasileiro adotado seja o *civil law*, o legislador incorporou ao Código de Processo Civil, técnicas de fundamentação oriundas do sistema *common law*, que possibilitam ao magistrado analisar e decidir de acordo com as peculiaridades individuais do fato, de maneira diversa aos precedentes. Por meio das técnicas da distinção (*distinguishing*) e da evolução ou modificação do entendimento em relação aos precedentes através da técnica de superação (*overruling*), localizado especificamente no artigo 489, VI do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) é consentido ao judicante se abstrair de um entendimento jurisprudencial em razão das particularidades de casos que não se encaixam totalmente no entendimento consolidado nos tribunais nacionais.

Contudo, essas ferramentas servem também para dar sustentáculo a um protagonismo exacerbado dos magistrados, fazendo com que este não se vincule aos precedentes ou jurisprudências existentes ao caso, gerando assim, a possibilidade de um ativismo judicial com uma conseqüente insegurança jurídica. Portanto, o estudo também visa analisar se as aplicações das técnicas evitam ou facilitam a ocorrência do protagonismo judicial. Desta feita, ao longo deste estudo serão conceituadas as técnicas supra referidas, trazendo aspectos teóricos e discussões doutrinárias sobre o tema, permitindo um melhor entendimento dos institutos. Serão também investigadas as aplicações práticas das técnicas nas decisões, verificando de que modo as teorias estão sendo utilizadas.

Para tanto, com a finalidade de delimitação do tema, será feita uma análise jurisprudencial de decisões do Superior Tribunal Justiça (STJ), visto que este é o órgão competente para apreciar as formalidades legais das decisões dentro do sistema jurídico processual, quando não há tema que dependa de pronunciamento sobre direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. O estudo se faz de extrema importância para evidenciar o limite da livre convicção do juiz, em contrapartida ao sistema jurisprudencial, que é base para a segurança jurídica, buscando os parâmetros básicos para que o juiz, sim, possa ter a sua livre convicção, sem, contudo, comprometer a ordem jurídica.

1. AS TÉCNICAS DE FUNDAMENTAÇÃO: *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O sistema jurídico da *civil law* é adotado por toda a América Latina, Europa, quase toda a Ásia, e por cerca de metade da África. Bem como é a estrutura oficialmente adotada em nosso

País, muito embora, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004 - que remodelou o Poder Judiciário e instituiu a repercussão geral no recurso extraordinário e dos recursos repetitivos -, possa-se dizer que o Direito Brasileiro seja adepto ao método da *common law*. Aqui surge uma proximidade, ainda que inicial, entre o sistema jurídico do *civil law* e a tradição jurídica da *common law*, baseado nos precedentes judiciais. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

Por sua vez o sistema *common law* é a tradição jurídica que se desenvolveu nos Países de cultura anglo-saxônica e nesta tradição jurídica, o Direito é criado e aperfeiçoado pelos Tribunais e operadores do Direito, tomando por base, na interpretação das leis positivadas e codificadas, a cultura e os costumes adquiridos. Esse aperfeiçoamento ocorre principalmente através do sistema de precedentes, onde os casos que são levados ao sistema judiciário possuem uma enorme força para as decisões dos juízes em casos similares. Ressalta-se que na tradição jurídica da *common law*, existe a Lei, mas esta, diferentemente do que ocorre com o sistema jurídico da *civil law*, possui papel secundário (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015).

As teorias do *overruling e distinguishing*, que são originárias do sistema da *common law*, adentraram no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015. Tais teorias surgem como um instrumento que auxilia os juízes que se baseiam em precedentes a terem uma decisão mais justa acerca de casos específicos, medida necessária pela pluralidade de situações que existem na sociedade e que não merecem a vinculação a um precedente. Todavia, apesar do sistema jurídico nacional ter como o base o *civil law*, ou seja, diametralmente oposto ao *common law*, com a entrada em vigor do CPC de 2015, houve um ponto de contato para a aplicação destas teorias, que é o artigo 489 do referido diploma.

Com isso, os magistrados pátrios têm a possibilidade de decidir de modo contrário à jurisprudência majoritária, de modo regulamentado, com base na sua livre convicção, desde que fundamentadamente através das técnicas em sapiência. Entretanto, o problema surge quando o magistrado, pautando-se na sua livre convicção, fundamentado no já mencionado artigo 498 do CPC, age de modo arbitrário, desrespeitando toda uma construção jurisprudencial sólida em casos análogos, causando conseqüentemente insegurança jurídica. Uma pesquisa elaborada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) denominada “Quem somos. A magistratura que queremos”, demonstrou o modo de pensar dos magistrados, quanto à vinculação com a jurisprudência, a partir de então se busca identificar como isso reflete nas decisões. (VIANA, 2019)

Os magistrados exalam uma certa resistência quando se discute o procedimento de uso da livre convicção. Desde o projeto do CPC, já havia uma contramão por parte dos magistrados com as regras que determinavam as fundamentações nas decisões, quais eram as técnicas do *OVERRULING e DISTINGUISHING*. Fora enviado um ofício à presidente da época (2014/2015 – Dilma Rousseff), assinado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), pedindo o veto dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489, do parágrafo 1º do artigo 927, e os artigos 12, 153 e 942 do CPC.

O posicionamento dos magistrados trouxe na oportunidade, várias discussões por parte de doutrinadores do direito que criticaram a postura dos juízes, pois levantou-se a preocupação com a resistência da fundamentação das sentenças. Embora o apelo, o artigo 489 e seus parágrafos não foram vetados e entraram em vigência com o CPC, sendo na oportunidade objetos de estudo e análise desse trabalho. Para uma melhor visualização das técnicas na disposição do CPC, vejamos o que refere o artigo 489, § 1º, inc. VI, positivador das técnicas:

São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de **distinção** no caso em julgamento ou a **superação do entendimento**. (grifo nosso)

Como referido as teorias supracitadas têm origem no Direito estadunidense que é regido pelo *common law*, sistema jurídico oposto ao adotado no Brasil, no qual se fixou o sistema jurídico *civil law*, desde sua colonização por Portugal. Mas com o deslinde do tempo, foram sendo incorporados no nosso sistema jurídico alguns institutos do sistema *common law*, na tentativa de propiciar um sistema misto, ou seja, com aquilo que há de melhor em ambos os sistemas. Com essa incorporação, alguns pesquisadores sustentam que o Brasil se utiliza de um sistema híbrido, ou seja, ora positivista, ora consuetudinário, permitindo a interpretação extensiva dos fatos jurídicos. Diante da busca de evitar o congelamento e estagnação do direito em relação as lides da sociedade é que se deu margem a incorporação de fragmentos do sistema *common law* no direito pátrio, caso das técnicas em estudo.

Como disciplina o dispositivo do CPC, tem-se que há diferenciação quanto ao que é súmula, jurisprudência e precedente, sendo necessário conceituar individualmente os institutos para melhor compreensão e aplicação das técnicas estudadas, haja vista que muitas vezes os conceitos são confundidos, o que pode gerar dúvidas quanto a flexibilidade de cada um na interpretação do magistrado. No que concerne ao conceito de jurisprudência, está se trata de uma

pluralidade de decisões emitidas por tribunais colegiados de determinado tema de maneira ampla, sem que seja necessariamente sobre uma lide jurídica congênere. Nas palavras de Tucci e Cruz (2015, p. 02):

Em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência — que é polissêmico — geralmente indica uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal.

Entende-se, deste modo, que a jurisprudência é um conjunto de decisões colegiadas de determinado tribunal, que direcionam o entendimento sobre determinada matéria jurídica, ou seja, um compilado de decisões sobre determinado tema que juntos direcionam o entendimento a ser aplicado. A jurisprudência é um indicativo de entendimento, embora haja possibilidade de correntes diversas serem aplicadas. Tais entendimentos reiterados dos tribunais em um determinado sentido muitas vezes são invocados pelas partes, porém tal posicionamento corrente não é necessariamente vinculativo ao judicante, que é investido da prerrogativa do livre convencimento.

No que tange ao conceito de precedente se tem por uma decisão colegiada de um caso em concreto, sendo que tal decisão pode servir para outros casos, pois, a corrente doutrinária majoritária sustenta que o precedente isolado sem força vinculante na verdade é jurisprudência. Diante disso se compreende que precedente é uma decisão de uma situação jurídica específica que venha a ser usada como fundamento de decisões ulteriores, dando força vinculativa à decisão para o caso em concreto. Cabe frisar que o precedente sempre tratará de um caso fático com objeto próprio para decisão, e essa especificidade é característica marcante desse instituto jurídico.

O precedente judicial é composto de duas partes diferentes, sendo a primeira delas, as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e, a segunda parte, a tese jurídica que motiva a decisão judicial – a *ratio decidendi* –. Ademais, pode-se asseverar que um terceiro elemento compõe o precedente judicial, qual seja, a argumentação jurídica acessória – o *obiter dictum* –, que nada mais é do que os fundamentos utilizados para formar o precedente. (DIDIER JR., 2015). Preenchidos esses requisitos, o precedente poderá ser aplicado aos casos concretos que surjam após o seu trânsito em julgado. Colocam Tucci e Cruz (2015, p. 2) o seguinte:

Saliente-se, por outro lado, que os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o

núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser inferido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

No tocante à súmula se tem por conceito que é a materialização do entendimento majoritário, fazendo com que determinado Tribunal oriente através de enunciados que aplicação. Assim objetiva-se o entendimento majoritário do Tribunal fazendo com que tenha-se mais uniformidade e segurança jurídica nas questões postas à análise. Diferentemente da jurisprudência que pode ter diversas correntes, inclusive dentro do mesmo tribunal, as súmulas são fruto de um posicionamento específico do órgão judiciário específico, que após discussões, é firmado como oficial. Discorrem nesse sentido Tucci e Cruz (2015, p. 2):

Ao enfrentarem questões polêmicas ou teses jurídicas divergentes, os tribunais também produzem máximas ou súmulas que se consubstanciam na enunciação, em algumas linhas ou numa frase, de uma “regra jurídica”, de conteúdo preceptivo. Trata-se de uma redução substancial do precedente. A aplicação da súmula não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre a subsunção do caso sucessivo a uma regra geral.

Veja-se que a súmula é uma consolidação jurisprudencial buscando uniformizar e sistematizar a aplicação do direito, com o escopo de reduzir a insegurança jurídica e o descrédito da jurisdição. As súmulas levam tempo para serem editadas, pois há uma discussão intensa entre os magistrados do tribunal que venha a editá-la. Vale lembrar que a matéria deve ter grande relevância social, haja vista que o excesso de súmulas levaria a um escopo diverso do qual foi criada, podendo levar a uma insegurança jurídica ou uma justiça matemática, como se todos os casos fossem do mesmo modo. Superada a diferenciação dos institutos, passamos a conceituação das técnicas a serem estudadas propriamente ditas.

O *distinguishing*, como já mencionado, é uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independente daquela (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014). Assim, denota-se que, neste método, quando um caso aparenta ser similar ao outro, mas apresenta distinção essencial, o precedente deve ser afastado. Ou seja, é uma relativização de um precedente estabelecido em função de particularidades determinantes do caso. Contudo, esse afastamento é casuístico, mantendo-se o precedente válido no ordenamento jurídico.

No direito pátrio, o *distinguishing* especificamente se encontra no artigo 489, § 1º inc. VI, está exarado como “distinção” o que basicamente possibilita intuir o seu conceito. O método do *distinguishing* ou distinção tem como finalidade, nesse caso, distinguir por alguma particularidade do caso concreto, da aplicação das súmulas, jurisprudências ou precedentes invocados. Deste modo, não se reconhece que o caso incide nas situações análogas (em parte igual e em parte diferente), ou por alguma peculiaridade relevante para o caso em si é necessário julgá-lo de forma diversa. Nesse diapasão Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 874-875) elucidam:

Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação

Não se trata aqui de discricionariedade do magistrado para com o precedente, jurisprudência ou súmula invocada pela parte e sim de técnica de fundamentação, devendo o magistrado expor as razões pelas quais o caso em análise deve ser julgado de forma particular. A fundamentação nas decisões judiciais é uma obrigação *ex lege* do magistrado, e na hipótese de aplicação do referido instituto é necessário a sua explicitação sob pena de omissão. E nessa fundamentação o juiz deve demonstrar o senso de responsabilidade e de prudência em aplicar o *distinguishing*, pois trata-se de uma medida excepcional e não mais um modo de demonstrar que é possui a prerrogativa do livre convencimento. Nas lições de Marinoni (2013, p. 325):

[...] Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm. Ademais, reconhece-se, na cultura do *common law*, que o juiz é facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes.

Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. [...]

Veja-se que não há uma revogação do precedente, e sim uma inaplicabilidade diante do fato jurídico permitindo com que se tenha uma resposta de jurisdição mais adequada. Não há modificações parciais quanto ao julgado paradigma, apenas a não aplicação, ou seja, o fato seria uma exceção da sistemática do precedente ou julgado. Após a aplicação do *distinguishing*, o precedente será válido normalmente para outros casos que não exijam a distinção, sendo que

em nenhum momento ataca-se a juridicidade ou a qualidade do entendimento já consolidado pelos tribunais. Na hipótese da verificação acerca da justiça do precedente existem outras ferramentas no ordenamento jurídico para sanar esse possível quadro. No entendimento de Miranda Oliveira (2014, p. 36):

A regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida (...); ou (2) se utiliza o argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado a hipótese de se concluir que o fato *subjudice* não pode ser subsumido no precedente.

De acordo com o decurso natural do presente estudo, passamos no item subsequente para a análise do o conceito da técnica do *overruling* ou superação do entendimento, uma das técnicas de fundamentação utilizada pelas cortes superiores para modificar ou superar determinado entendimento firmado na jurisprudência. A técnica do *overruling* ou superação do entendimento está atrelada ao conceito de queda de um entendimento anterior. O instituto do *Overruling* dentro do sistema jurídico de sua origem, *common law*, tem como objetivo possibilitar decisões diversas aos precedentes anteriores, em ocasiões específicas, como conceitua José Medina (2016, p.1159)

(1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.

No mesmo entendimento, disciplina Marcelo Souza (2007), trazendo que a adaptação às novidades do cotidiano pela sociedade traz como consequência a superação de alguns entendimentos, mas para tanto é necessário estar presente falhas e inadequações que tornem impossível manter o precedente em vigência, sob pena de autossabotar a doutrina dos precedentes vinculantes. Como supracitado por Marinoni, a técnica pode ser aplicada quando há modificação de entendimento no direito o que torna o precedente inconsistente; quando a aplicação do precedente não pode ser executada, em exemplo, quando há vícios ou conflitos com a norma constitucional e quando o precedente está desatualizado em relação à sociedade em que ele causa efeitos. Seguindo essa linha de raciocínio, Thomas de Bustamante (2012, p. 395) discorre que:

O que justifica a própria autoridade da jurisprudência é a racionalização do Direito positivo, sua sintonia com as ideias de correção, justiça, imparcialidade. Portanto,

ainda que se reconheça a existência de razões de autoridade que militam a favor da vinculação ao precedente judicial – visualizando o precedente como uma fonte normativa que encontra sustentação tanto nessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais, sendo que em caso de conflito entre esses dois tipos de justificação é necessária uma ponderação entre eles – essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case law* deve englobar também o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar sua evolução, ainda que sob certos limites.

Logo, tal instituto é aplicado, buscando um aperfeiçoamento às decisões ou às correções dos entendimentos anteriores, assim dando mutação ao entendimento em favor da sociedade. Trata-se de uma lógica natural de atualização dos fatos da vida social, que em regra são regulados pelo advento de leis que possam rever os conceitos de justo ou injusto, porém no instituto em apreço é consentido ao juiz tomara para si essa tarefa na aplicação do caso concreto. O entendimento majoritário dos doutrinadores é de que este instituto somente pode ser aplicado pelo STJ e STF, como coloca os doutrinadores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 616)

Apenas cortes supremas podem superar os próprios precedentes. Em outras palavras: apenas o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e O Superior Tribunal de Justiça, em matéria federal, podem superar os seus respectivos precedentes. Igualmente quando a ordem jurídica outorga força vinculante à jurisprudência (nos casos de jurisprudência formada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência), apenas a Corte que formou a jurisprudência vinculante é que pode dela se afastar, ressalvada, obviamente, a competência das Cortes Supremas para formação do precedente.

É importante, nessa perspectiva, compreender que cabe a doutrina e aos tribunais sinalizar de alguma forma as mudanças de entendimento para que o jurisdicionado não seja surpreendido por uma revogação. Vê-se, contudo, que quando o precedente deixa de ter congruência social, daí advindo distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, o *overruling* fica muito longe de poder constituir uma surpresa injusta (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014). Assim, compreendidos os institutos, vislumbra-se como deveria ser aplicado esses na praxe forense, ao passo que se explica como em teoria, as partes dão encadeamento à utilização das técnicas. Assim, faculta-se o aprendizado à utilização dos institutos para determinada tese que venha ser desenvolvida no campo prático.

2. FORMAS DE APLICAÇÃO PRÁTICA DAS TÉCNICAS

Conceituadas as técnicas e estando essas com devido amparo legal no CPC, pode-se usar dos institutos no campo prático, impondo que as lides jurídicas complexas tenham uma análise mais aprofundada, pois, como visto, poderia cair na sistemática do precedente e a sentença não visualizar peculiaridades do caso que ensejariam uma resposta jurídica diferente. A possibilidade de aplicação dessas práticas leva a uma elasticidade maior ao magistrado nas

suas decisões, ou seja, aplicar do melhor modo a legislação ao caso concreto, todavia tal discricionariedade deve ser parametrizada para uma aplicação coerente e que não leve à impropriedades. Ao primeiro passo, tem-se no artigo 489, § 1º, inc. VI, o seguinte texto:

São elementos essenciais da sentença:

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - **deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.** (grifos nossos)

Nota-se que a não observância deste dispositivo resulta na não fundamentação da sentença ou acórdão. Ainda cabe ressaltar que é necessário a parte invocar o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, não considerando invocado o precedente ou jurisprudência pela simples citação do mesmo na petição (o que ocorre corriqueiramente) é necessário fundamentar e requerer com pedido específico a aplicação ou não do enunciado, jurisprudência ou precedente, ou então demonstrar inequivocamente que a análise de tal precedente ou jurisprudência pode influenciar na conclusão da lide de modo determinante.

Tal medida é necessária, pois o juiz pode deixar de apreciar teses ou argumentos que não agregam ao feito ou na resolução da lide. Se assim fosse, a parte poderia invocar qualquer matéria à causa como defesa e o magistrado deveria apreciar, um a um, os argumentos sob pena de ter sua decisão cassada, o que logicamente tornaria o judiciário ainda mais moroso. Invocado alguns dos institutos adequadamente e o magistrado não se manifesta, mostra-se adequado os embargos de declaração por omissão e demais recursos até o esgotamento das medidas recursais cabíveis.

Isso posto, depreende-se que ao magistrado cabe, ao aplicar a *ratio decidendi*, comparar o caso pretérito com o *sub judice*, analisando as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao constatar uma distinção material é obrigação do julgador aplicar a técnica do *distinguishing*, explicitando os motivos da decisão de não aplicação do precedente. Assim sendo, o primeiro passo ao magistrado é o que NUNES e HORTA (2015) denominam *distinguishing within a case*, ou, distinguindo no caso precedente - nesse primeiro passo são separados, no precedente e, os argumentos materialmente relevantes para que a norma seja definida; a segunda etapa, por sua vez, consiste no *distinguishing between cases*, a distinção entre os casos - em que, embora perceba - se que isso ocorre em todos os casos em maior ou menor grau, consiste em valorar as distinções para que defina - se se é relevante a distinção a ponto de que não seja aplicada a *ratio decidendi*.

O precedente, portanto, deve ser aplicado até seus limites, regulando, nesse sentido, os casos por ele abrangidos. A adstrição dos limites do precedente deve ser cautelosamente observados pelo magistrado para não gerar equívocos quanto ao uso do *distinguishing*, pois caso não haja qualquer pertinência entre o caso apresentado e o precedente invocado será tão somente uma não aplicação por inadequação. Essa força vinculativa do precedente é que, ao mesmo tempo em que vincula casos futuros, justifica a utilização do *distinguishing* para casos com circunstâncias diferentes. Possuindo sempre como objetivo a unidade e a coerência do sistema.

O *overruling*, a seu turno, consiste na superação do precedente, ou seja, a norma de precedência torna-se inválida. "O *overruling*, portanto, é a superação do precedente judicial quando se constatar que: (a) a ratio decidendi proclamada não fora correta, ou que, (b) por mudanças da sociedade, aquele entendimento deixou de ser correto" (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2014, p. 238). Cumpre lembrar que, em regra, na Inglaterra os precedentes são revogados com efeitos *ex tunc*, enquanto nos Estados Unidos, a utilização de efeitos prospectivos é mais utilizada, fazendo com que este último sistema se torne mais flexível. Ainda, contudo, verifica-se que a modulação dos efeitos, que exigem fundamentação para tanto, são mais complexas que a simplificação em efeito *ex tunc* e *ex nunc*.

Didier Jr, Braga e Oliveira (2015) explicam que os efeitos podem ser aplicados de forma retroativa pura - abrangendo todos os fatos passados, inclusive os já julgados, cabendo ação rescisória; retroativa clássica - abrangendo os fatos passados, excetuando os já julgados; prospectiva pura - abrangendo exclusivamente fatos posteriores, não sendo sequer aplicado aos litigantes do caso em análise; prospectiva clássica - abrangendo fatos novos, incluindo a aplicação no caso discutido; prospectiva a termo - em que é fixada uma data ou condição para início da aplicação do novo entendimento. Ainda cabe frisar que é de se atentar a aplicação de ofício desses institutos, pois há risco do magistrado estar propiciando um exacerbado ativismo judicial, fato é que as técnicas podem ser aplicadas de ofício, visto que as cortes modulam ou reformulam entendimentos, ou se na própria prova produzida evidencia-se uma distinção da aplicação de determinada súmula ou precedente.

Muito embora haja o recurso de embargos de declaração para que se provoque o magistrado a manifestar-se por não ter aplicado determinado entendimento positivado, este pode visando a celeridade processual e a eficiência no serviço da jurisdição, fundamentar em sua sentença aplicando corretamente as técnicas de interpretação. Ainda a ponto de curiosidade temos um fato trazido por Fernando Martines (2018) que houve uma repreensão por parte do

STJ ao TJ-SP, e ainda fora levantado um dado de que 40% dos *Habeas Corpus* do STJ se originam pelo motivo de que o TJ-SP não segue enunciados de súmulas. Nas palavras de Martines (2018, p. n.p):

O presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, repreendeu publicamente o Tribunal de Justiça de São Paulo pelo fato de a corte paulista desrespeitar sistematicamente súmulas do STJ e não conceder Habeas Corpus. A bronca foi dada nesta segunda-feira (17/9) em evento organizado pela ConJur para debater os 30 anos da Constituição.

Já no final da primeira mesa de debate, o advogado Davi Tangerino afirmou, da plateia, que 40% do HCs do STJ nascem do fato de o TJ-SP ignorar súmulas, e questionou se seria o caso de pensar em uma reforma do sistema de precedentes.

Tal situação demonstra que os magistrados resistem ao que fora imposto pelo nosso sistema *Civil Law*, não seguindo o entendimento sumulado, o que gera além da insegurança jurídica, uma contribuição para a morosidade e congestionamento do judiciário, parte-se então ao ponto chave desse estudo, pois se passa a analisar as decisões a partir da ótica do STJ sobre a aplicação das técnicas estudadas. Tal resistência se dá em razão do princípio do livre convencimento do juiz, porém, tal princípio não é absoluto, sendo que o magistrado nos casos em que deve aplicar os institutos supramencionados deve agir com extrema prudência, pois tratam-se de medidas excepcionais.

3. DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE FUNDAMENTAÇÃO

Ao início importante destacar os critérios para seleção dos casos analisados, visto que não se revela possível dentro das normas institucionais analisar todos os casos apreciados pelo STJ. Parte-se da análise das decisões que analisaram a técnica do *distinguishing*, para tanto foi utilizada a palavra-chave: “*distinguishing*”, no dia 10 de outubro de 2019. Nesse termo, foram encontrados cento e vinte e um acórdãos e um acórdão de afetação, utilizando-se do critério da relevância jurídica no que tange à repercussão geral foi escolhido o acórdão denominado Proposta de Afetação n. 1.707.066, que trata do Tema 1022. A discussão gira em torno das hipóteses de cabimento de agravo nos processos de falência e recuperação judicial. A caracterização do *distinguishing* se dá pois existe a peculiaridade do rito da lei de recuperação e falência específicos ao caso e que não preveem tal recurso, sendo reconhecida que na outra oportunidade de análise do rol de possibilidades do agravo de instrumento por parte do STJ,

não fora decidido como se procederia nas situações de procedimento da lei de recuperação e falência (BRASIL, 2019, p. 1-10).⁴

A aplicação ou não do *distinguishing* se faz necessária ao apreciar a controvérsia, vez que já existe um precedente que analisou a possibilidade de interpretar extensivamente, analogicamente ou exemplificativamente o rol do artigo 1.015 do CPC, que fora o Tema 988/STJ. Na fundamentação do caso em apreciação, foi reconhecido o *distinguishing*, sob o argumento de que a tese firmada no Tema 988/STJ não tratou sobre procedimentos especiais, tal como o da Lei 11.101/2005, que possui procedimento especial norteado por aparelhado recursal próprio, e o cabimento do agravo de instrumento envolve outros pontos de análise.

Nesse sentido foi o voto da Exma. Sra. Ministra Nancy Andri ghi relatora do processo, que aponta a necessidade da aplicação da distinção, trazendo pontos que identificam a razão da aplicação da técnica. Para a ministra a decisão da corte sobre a interpretação analógica ou extensiva do artigo 1.015 do CPC não é capaz de abarcar as situações levantas perante a legislação de ritos e procedimentos especiais, sustentando que a distinção se dá nesse ponto, onde havendo procedimento especial no caso de processos falimentares e recuperacionais sem previsão expressa é possível receber analogicamente o recurso de agravo de instrumento (BRASIL, 2019, p. 1-10).⁵

Tem-se, portanto, um caso de utilização da técnica, por parte do STJ, dentro dos parâmetros estudados, utilizando-se da técnica para fundamentar a decisão de apreciar a possibilidade do agravo de instrumento nos processos de recuperação judicial e falência. Analisado uma aplicação de modo correto, parte-se para a análise de um julgado ao qual a técnica não foi corretamente aplicada. A fim de estabelecer um filtro quanto ao erro da aplicação utilizou-se como palavras chave: “*distinguishing*” “inválido”, com esses termos foram encontrados quatro acórdãos e cinco decisões monocráticas, sendo que para análise foi mantida a segmentação de acórdãos e o critério utilizado foi da decisão mais recente.

A pesquisa foi realizada dia 03 de setembro de 2019, assim a decisão mais recente tratou da aplicação invalida do *distinguishing* em matéria de direito administrativo, publicado dia 20

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Proposta de Afetação n. 1.707.066**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgado em 17 set. 2019, publicado 23 set. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Proposta de Afetação n. 1.707.066**. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgado em 17 set. 2019, publicado 23 set. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

de agosto de 2019, Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.776.447. Tal recurso ataca a decisão do Exmo. Sr. Ministro Sérgio Kukina relator que conheceu recurso especial e determinou o retorno dos autos à corte de origem, para retratar a decisão que estava em desconformidade com o entendimento firmado em recurso repetitivo. A controvérsia tratava da autorização de cobrança de tarifa de esgoto, sendo que através de entendimento do STJ em recurso repetitivo, autoriza-se a cobrança parcial quando há a prestação, ao contrário do que é permitido em decreto (BRASIL, 2019, p. 1-6).⁶

O acórdão recorrido no entendimento do STJ violou o entendimento firmado, visto que não foi reconhecido nenhum elemento de distinção do caso já julgado pela corte, o que fez com que o STJ determinasse o retorno dos autos para a retratação, decidindo em conformidade com o que fora firmado no Tema 565/STJ, sendo que o recorrente insistiu dizendo que a decisão não violava o entendimento do STJ, pois, estavam corretas as interpretações e a aplicação do *distinguishing* por parte dos desembargadores.(BRASIL, 2019, p. 1-6).⁷ Percebe-se que a aplicação da técnica de forma equivocada ou de maneira a tentar fundamentar a livre convicção por mero capricho, acaba por esbarrar nas cortes superiores. Tal conduta revela uma pretensão de autonomia exacerbada, fato que não deve ocorrer constantemente. Por lógico uma decisão que não obedece determinado precedente vinculativo ou enunciado de súmula desafia recurso, o que posterga ainda mais o transito em julgado da decisão, alongando a duração do processo.

Parte-se para análise de casos que contemplem a técnica do *overruling*, para tanto utilizou-se como palavra-chave: “*overruling*” e “superação”, com esses termos encontrou-se trinta e oito acórdãos e quatrocentos e setenta e quatro decisões monocráticas, dentre estas, foram escolhidas duas decisões. A primeira demonstra a aplicação da técnica por parte do STJ no Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.406.916, onde se analisou a possibilidade de comprovar a tempestividade do Recurso após a interposição. O acórdão sustenta que a comprovação da tempestividade deve ser no ato de interposição, não sendo cabível a parte comprovar posteriormente. Sustenta a corte que o entendimento era aplicável no código de

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.776.447**. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 15 ago. 2019, publicado 20 ago. 2019 Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.776.447**. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 15 ago. 2019, publicado 20 ago. 2019 Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

processo civil de 1973 e que após a entrada em vigor do CPC esse entendimento foi superado, pois, há dispositivo específico para tanto. (BRASIL, 2019, p. 1-10)⁸

Percebe-se que a técnica se evidencia, restando claro uma modificação de entendimento ou até mesmo a queda de um entendimento anterior, o caso em tela exemplifica evidentemente a aplicabilidade do *overruling* acertadamente. O dispositivo legal do CPC é claro no sentido de que o feriado local precisa ser comprovado na interposição do recurso, o que faz com que a comprovação posterior não seja admitida sob pena de tornar-se inutilizável o dispositivo criado pelo legislador.

Na fundamentação do Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino relator do caso em análise, este sustentou que havendo previsão legal específica para o caso que determina a comprovação no ato da interposição, não se permite a comprovação posterior da tempestividade. Tal previsão trouxe a superação do entendimento firmado anteriormente, ou seja, a própria lei instituiu novo procedimento. (BRASIL, 2019, p. 1-15)⁹ A aplicação da técnica nesse caso foi pela revogação expressa em norma do entendimento, de certo modo uma atualização do ordenamento. Não podem as cortes após um novo modelo de procedimento manter uma sistemática própria pautada em entendimento jurisdicional. Tal feito causaria a instabilidade de procedimento e a insegurança jurídica.

Sacramentada a aplicação da técnica de maneira correta, passa-se a análise de um julgado ao qual o STJ deixou de aplicar a técnica, por não ser o caso em que possibilitava a aplicação. No Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.334.550, a análise foi para verificar a possibilidade do STJ decidir sobre dispositivos infraconstitucionais o que modificaria o entendimento já firmado. Ocorre que os ministros relataram que não há possibilidade da Corte alterar entendimento fixado em matéria idêntica analisada pela Corte Suprema, o que fez com que não fosse aceita a tese da superação do entendimento. (BRASIL, 2018, p. 1-8)¹⁰

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.406.916**. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Severino. Julgado em 30 set. 2019, publicado 3 out. 2019 Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803151543&dt_publicacao=03/10/2019> Acesso em: 6 out. 2019

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.406.916**. Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Severino. Julgado em 30 set. 2019, publicado 3 out. 2019 Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803151543&dt_publicacao=03/10/2019> Acesso em: 6 out. 2019

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.334.550**. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 25 jun. 2019, publicado 1º jul. 2019 Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801866510&dt_publicacao=01/07/2019> Acesso em: 6 out. 2019

Este caso nitidamente demonstra quando não aplicar a técnica, vez que se trata de um entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no tema 699/STF, em que a parte pleiteava uma não aplicação do entendimento sustentando que o entendimento era equivocado, e alternativamente sustenta que apenas se discute a aplicação de dispositivos infraconstitucionais, ou seja, o primeiro argumento trata de “*overruling*” e o segundo de “*distinguishing*”. O relator do processo sustenta que o alegado se enquadra no tema discutido pela Corte Suprema, deste modo, obstaculizaria a aplicação tanto da superação quanto da distinção. Em suma, o fundamento para a não aplicação das técnicas é de que primeiro se trata de tema do STF, onde já houve a análise minuciosa do caso, segundo, foge da competência do STJ aplicar o *overruling* sobre o entendimento fixado pela Suprema Corte. Esses fundamentos apresentados exemplificam como deve ser a sistemática processual, não há nesse caso a pretensão de protagonismo do STJ ao tentar enfrentar matéria já discutida por corte superior, é consabido que o posicionamento individual dos magistrados por vezes se sobrepõem aos precedentes firmados fazendo com que seja preciso recursar até as cortes superiores para chegar ao entendimento fixado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo do trabalho, as aplicações das técnicas são necessárias para um bom fluir do entendimento jurídico e o respeito com as regras processuais. A fundamentação é a chave para que o convencimento do magistrado seja de acordo com o devido processo legal. Não obstante, a maneira que o magistrado julga determinada causa pode impactar a corrente jurisprudencial ou até mesmo abrir precedente dentro de casos repetitivos. Os institutos que são técnicas de fundamentação, servem como base para o magistrado decidir sobre casos de maior complexidade lidando com a especificidade da controvérsia de modo justo e eficaz.

Portanto, a utilização das técnicas estudadas, quais sejam *overruling e distinguishing*, dão sustentáculo para que o magistrado julgue de maneira mais justa e funcional ao conflito a ele posto. As técnicas estudadas são base para o livre convencimento do magistrado perante os fatos, dar resposta mais eficiente ao caso. Assim se permite que o direito possa acompanhar à evolução da sociedade e dar resposta adequada a casos que a lei não pode prever seus fatores de conflito. Os magistrados utilizam a técnica de modo sutil ainda, alguns de forma acertada outros de forma equivocada, entretanto as técnicas são pouco usufruídas pelas partes, se revelou pela quantidade pequena de acórdãos que tratam do tema especificamente. Muitas vezes os

magistrados são quem referem a possibilidade nos julgados, embora o código diga expressamente que deve ser invocado pela parte.

Muito embora tenha se constatado isso, a problemática foi respondida com a demonstração da aplicação dos institutos, sendo que cada um dos modos de decisão se vê efeitos diversos. É possível elencar os efeitos da aplicação ou não aplicação das técnicas, primeiramente, tendo o magistrado aplicado a técnica de maneira correta e eficiente, tem-se o escopo da prestação jurisdicional e da segurança jurídica mantidos na íntegra. Assim, o magistrado consegue manter o livre convencimento distante do excesso de protagonismo e do ativismo judicial, pois, se a lei assim o permite o julgador estará de modo responsável aplicando a justiça. Não há a sede de se sobrepor ao entendimento já firmado, fazendo com que a justiça seja mais célere e igualitária pois dá uma resposta igual ao caso que adentra os mesmos parâmetros.

Por segundo, tendo o magistrado aplicado a técnica de maneira fundamentada, mas apenas para justificar que seu entendimento diverge do posicionamento das cortes superiores, torna-se um sujeito protagonista causador de efeitos prejudiciais as partes e ao próprio judiciário, pois posterga a aplicação dos entendimentos superiores gerando morosidade ao processo e contribuindo para a insegurança jurídica, apenas por utilizar das técnicas para fazer valer sua vontade. Essas atitudes vão ao encontro do que a pesquisa da AMB trouxe, onde maior parte dos magistrados pensa que não deve se vincular a decisões superiores. Embora a pesquisa revele isso, as decisões em grande parte seguem o fluxo do posicionamento da Corte Superior.

Por terceiro, quando o magistrado não aplica as técnicas ou se omite a fundamentar o motivo da não aplicação do que foi requerido pela parte, se revela o protagonismo exacerbado e a insegurança jurídica, visto que tornará a sentença nula por ausência de fundamentação, que deve ser arguida pela parte demonstrando que o invocado tem força de alterar o entendimento aplicado aos casos análogos. Tal conduta, errônea ao nosso entendimento, do magistrado demonstra uma inaplicabilidade dos institutos e das normas processuais, fato que também reflete na morosidade da jurisdição, além disso, tais condutas levam ao descrédito do poder judiciário.

Por fim, concluiu-se que é possível o magistrado decidir com base na sua livre convicção desde que o caso propicie a ele elementos de diferenciação aos demais casos análogos, ou quando em instâncias superiores os magistrados entenderem que é preciso atualizar o entendimento por conta da evolução jurídica ou dos aspectos da sociedade, desde que aplicada as técnicas estudadas de maneira responsável e coerente com os precedentes já fixados. Utilizando

as tais técnicas os magistrados garantem a prestação jurisdicional e a contribuição social que a justiça tem. É importante frisar que muito embora os magistrados de primeira instância e os desembargadores aplicarem de acordo com suas convicções e fundamentações, esses necessariamente precisam convencer as Cortes Superiores de sua aplicação.

Percebeu-se que para as teses diante dos institutos estudados se concretizarem é preciso um ciclo de convencimento, partindo da parte requerente ao juiz de primeiro grau ou desembargadores, mas não necessariamente, pois pode somente ser reconhecido os institutos nas próprias Cortes Superiores, o que vai de encontro com que parte dos autores falam, de que a as técnicas somente podem ser aplicadas pelo STJ e STF. Também se percebeu que os magistrados aplicam as técnicas de forma correta e incorreta, alguns buscando eficiência a prestação jurisdicional, outros protagonismo, sobreposição de entendimento e livre convencimento, mas o que se vê é grande dos magistrados seguir os precedentes sem reconhecer os institutos do *distinguishing e overruling*, visando manter a ordem e segurança jurídica do que já se tem uniformizado.

As situações postas revelam que embora existam as técnicas elas são pouco utilizadas, o que mantem certos entendimentos engessados. Isso se dá, pois, as técnicas foram incorporadas recentemente e poucos exploram na *praxis* jurídica, pois como abordado, a simples indicação de jurisprudência não é invocar, fazendo com que na maior parte dos entendimentos se mantenham. Em sendo assim, dominar tais institutos e saber quando usá-los pode ser uma ferramenta importante que possibilitará uma aplicação do direito de maneira mais afinsa e mais justa ao caso.

Como solução, a alternativa que pode ser elencada é a melhor demonstração e a invocação das técnicas pelas partes envolvidas, visto que os magistrados não iram, embora possam aplicar a distinção ou superação de entendimento de ofício. A parte precisa identificar pontos de especificidades no caso e invocar de acordo com que já se tem julgado, ou até mesmo que se possa julgar diferente tal caso. Somente com a postura ativa das partes para com as técnicas é que teremos decisões mais afinadas ao tom do caso em análise, pois o juízo não irá colocar sua credibilidade em jogo a favorecer determinado sujeito, é necessário fazer com que salte aos olhos uma resposta diversa das demais para que realmente aquele que necessite e faça jus da possibilidade de incidência dos institutos, tenha uma resposta moldada ao seu caso.

REFERÊNCIAS

ARRUDA Alvim Wambier, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-45.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.406.916.** Terceira Turma. Relator Ministro Paulo de Tarso Severino. Julgado em 30 set. 2019, publicado 3 out. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803151543&dt_publicacao=03/10/2019> Acesso em: 6 out. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial n. 1.776.447.** Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 15 ago. 2019, publicado 20 ago. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Proposta de Afetação n. 1.707.066.** Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 17 set. 2019, publicado 23 set. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702831924&dt_publicacao=23/09/2019> Acesso em: 6 out. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1.334.550** Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 25 jun. 2019, publicado 1º jul. 2019 Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801866510&dt_publicacao=01/07/2019> Acesso em: 6 out. 2019

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil.** 10. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v 2.

MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; et. al.. **Novo código de processo civil comentado.** 4.ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; et. al.. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: RT, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p.389-402.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. págs. 325-326.

MARTINES, Fernando. Presidente do STJ repreende TJ-SP por ignorar súmulas e não conceder HC. **ConJur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/stj-repreende-tj-sp-nao-seguir-sumula-nao-conceder-hc>. Acesso em: 2 out. 2019.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**, v. 38, n. 216, p. 13-34, fev. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing noCPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no CPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Ação de indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de acidente do trabalho: questões de direito material e processual. **Revista do TST**, Brasília, vol. 72, n. 2, maio/ago. 2006, p. 24. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/3647.htm>> Acesso em: 22 mai. 2019.

ROUVER, Tadeu; VASCONCELLOS, Marcos. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **ConJur**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 30 de set. 2019

SOUZA, M. A. D. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba, Juruá, 2007 p.150-151

TUCCI, Rogério Cruz e. **Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula**. Julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em: 11 set. 2019.

VIANNA, L. W. *et al.* Quem somos – A Magistratura que queremos. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, 2018. <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf> Acesso em: 15 ago. 2019