

Opinião: ‘Ressalva de entendimento’ e aplicação dos precedentes

O Brasil incorporou com o Código de Processo Civil (CPC) um melhor gerenciamento e racionalização das decisões judiciais por meio de precedentes qualificados. Esse tema fica evidente com a leitura do artigo 926 e, inclusive, com o artigo 927, por positivar diversos tipos decisionais de observância



Levando em consideração que alguns precedentes (tipos

decisionais) são de observância e respeito quase obrigatórios, destacamos que o magistrado, em caso de discordância do precedente, tanto em primeira instância quanto em segunda instância, de acordo com o *disapprove precedent* (*ressalva de entendimento*), poderá fazer constar sua *manifestação de não concordância com o precedente, mesmo seguindo a decisão vinculativa*.

Verificamos que aqui não é o *overruling* (superação) ou um *voto vencido*, mas, sim, seguir o "precedente" vinculante, afirmando o motivo da desaprovação. É, assim, criar um forte *diálogo* argumentativo para fundamentar a necessidade de *alteração* do entendimento ou *superação* do "precedente" da forma que vem sendo aplicado.

Os motivos de desaprovar um precedente podem ser inúmeros: não aderência social; mudanças no contexto político, social ou econômico; incorreta compreensão do disposto no precedente relacionado às interpretações subsequentes; superação parcial ou total do precedente e tantos outros motivos relacionados.

Destacamos que, de todas as possíveis formas, a fim de proporcionar a necessária oxigenação do Direito, *esta é a melhor e que deve ser incentivada* (*ressalva*), porém, como adiante veremos, pode não trazer eficácia necessária para a superação de alguns precedentes qualificados.

Importante citar também que a Resolução do CNJ nº 106/2010, artigo 10, afirma, inclusive, que este fator é critério para promoção do magistrado:

"Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a indecência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único: a disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido o Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006)"



(grifo do autor).

O Enunciado 172 do FPPC, nesse sentido, destaca que *"a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória"*.

Os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem manifestar discordância com precedentes por força constitucional, pois é livre a manifestação de pensamento em um Estado democrático (artigos 1º, *caput*, e 5º, IV, da CF). Assim, o *disapprove precedent* é técnica para apurar o grau de aprovação do precedente e apurar o desgaste e necessidade de *superação* [2].

É esse instituto certamente uma técnica de *valorização e coerência*, ao mesmo tempo em que *"incentiva a evolução do direito, pois o juiz traz novos elementos que podem permitir a superação do entendimento pelo tribunal superior"* [3].

Taruffo afirma ser a opinião dissidente, inclusive, um dos grandes fatores que distinguem as cortes superiores [4].

Como afirmado, é esse ponto certamente, de todos, o mais *favorável para oxigenação* do direito (a ressalva). É ele permitido legalmente e enriquece a discussão sobre o assunto. Assim, configura-se ferramenta extremamente *útil* para evolução do Direito e dizer para as cortes que há não apenas no entendimento das partes necessidade de *superação* do entendimento — o assunto assim ganha importância para reforçar a necessidade de as cortes superiores manifestarem sobre o tema.

Embora deva ser incentivado (veja como exemplo a resolução do CNJ nº 106/2010), não cria a mudança imediata do precedente paradigma e não é um critério para o provimento do recurso em questão que objetiva o *overruling*. Entendemos, porém, que a existência de opiniões divergentes reforçará a eventual mudança de entendimento, que poderá ser de ofício pela corte de precedente ou eventual *reclamação* que venha questionar o assunto [5].

Sobre a *ressalva de entendimento*, apontaremos também algumas outras considerações pertinentes. Primeiro, os *embargos de declaração*, que não têm, certamente, condições de proporcionar *superação do entendimento*, em especial pela dificuldade criada com a aplicação do artigo 1.030 e do artigo 1.042 do Código de Processo Civil de 2015 (engessamento e impedimento de chegar nas cortes superiores).

Inicialmente, os embargos de declaração são usados para esclarecer *obscuridade*, ou eliminar *contradição*, suprir *omissão* e corrigir erro material. Pois bem. O Código de Processo Civil de 2015 inova e acrescenta que tem também cabimento nas hipóteses do artigo 489, §1º (veja artigo 1.022, §único, inciso II).

O artigo 489, §1º, inciso VI, por sua vez, considera não fundamentada uma decisão que *"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"*.



Como afirmamos, os embargos de declaração não são peça processual apta a possibilitar a *superação* do entendimento no Código de Processo Civil. *Porém, destacamos que devem ser eles peça para o juiz fundamentar eventual disapproval precedent (ressalva de entendimento) ou em corte superior já apontar sinalização diante da necessidade de eventual superação.*

Assim, entendendo o recorrente (parte ou advogado) ter elementos e fundamentos para superação do precedente poderá (e deverá) questionar o julgador *se a observância do precedente por ele afirmada em decisão é com ressalva de entendimento ou não.*

Outro ponto em destaque sobre o tema *é julgamento de alerta, ou técnica de sinalização*, advertindo sobre possível superação. Alertamos que apenas a corte com competência para "criar o precedente" pode realizar a sinalização de eventual superação, não tribunais recorridos. Tribunais recorridos ou julgadores podem apresentar argumentos para ressalva de entendimento, mas não julgamento de alerta.

Destacamos, porém, que a *técnica de sinalização (technique of signaling)* não é sinônimo de *ressalva de entendimento*. A *sinalização* pode ser realizada apenas pela corte competente para a superação do precedente, enquanto a *ressalva de entendimento* pode ser realizada por qualquer julgador.

Outro recorte importante sobre o tema é a *ação rescisória*. Há previsão de cabimento quando ligado à aplicação do precedente na aplicação do disposto no artigo 966, V, §5º e 6º. Todavia, certamente, essa previsão legal não tem qualquer razão para analogia e para ser aplicada também em tese de *superação*, ou seja, ser a ação rescisória meio para superar precedentes.

Importante observar, contudo, que a decisão proferida em ação rescisória, nesse ponto, poderia apontar em sua *ratio* ou *obiter dictum* a *sinalização* de eventual necessidade de *superação* de precedente ou, também, constar a *ressalva de entendimento* do "precedente" da corte superior.

Outro ponto relacionado à *ressalva de entendimento* poderia ser a *superação antecipada de precedente (anticipatory overruling)*. Somos contrários ao entendimento de autorizar a *superação antecipada de precedentes (anticipatory overruling)*, *alguns argumentos*: não seria de *competência* do tribunal (ou do juiz de primeiro grau) o referido posicionamento de revogação; não poderia ter análise de eventual modulação de efeitos; da decisão, se transitada em julgado, teria cabimento de ação rescisória (CPC, artigo 966, §5º); causaria grande instabilidade tendo um tribunal realizado a *superação* e outros tribunais aplicando o entendimento supostamente superado. Assim, melhor seria o tribunal (ou juiz de primeiro grau) fazer o *disapproval precedent, disapproving precedente ou ressalva de entendimento*.

Outro assunto relacionado é *reclamação*. Já afirmamos em outra publicação que entendemos pela possibilidade (e às vezes necessidade) de utilizar a reclamação como meio de *superação de precedentes* [\[6\]](#).



Assim, importante seria, como argumento para a *reclamação*, ter, nesses casos, sustentação em eventuais *dissapprove precedent* (ressalva de entendimento) de outros tribunais ou de próprios ministros de cortes superiores, ou em decisão de corte superior, já apontando *sinalização* diante da necessidade de eventual *superação*, ou *decisões furtivas* dos tribunais e das próprias cortes superiores na procura de afastar o precedente.

Em especial, destacamos a necessidade de ressalva de entendimento na aplicabilidade *dos tipos decisoriais ligados ao artigo 1.030, §2º, que impede a remessa dos autos em questões envolvendo recursos repetitivos e repercussão geral e o artigo 1.042, caput*, que no mesmo sentido determina que não é cabível o agravo *quando fundado na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral* ou em julgamento de recursos repetitivos.

Nessas hipóteses, os recursos excepcionais são protocolados no tribunal recorrido e, pela regra criada, o recurso ficaria *represado* no tribunal recorrido (exceto IRDR que não tem cabimento no STJ e STF), sem que os argumentos das partes fossem analisados.

Essas hipóteses, de recursos represados são, de acordo com o nosso entendimento, situações de engessamento do Direito. São situações em que *argumentos* necessários para *superações* são impedidos de serem apresentados para o STJ e STF e, assim, há engessamento e impedimento da parte requerer *superação*.

Nesses casos, a existência de *ressalvas de entendimentos* pode fortalecer fundamentos para eventual *superação* de entendimento.

Caminhando para *nossas conclusões*, afirmamos que há, nestas hipóteses, um *ônus de argumentação forte por parte do julgador (fazer a ressalva)*, que poderia (e deveria) ser exercido pelo magistrado de primeiro grau ou tribunal, porém sendo de responsabilidade do julgador o forte ônus argumentativo para demonstrar a viabilidade e a necessidade de *superação do entendimento* firmado no precedente. Esses julgadores, fazendo a ressalva de entendimento, poderiam *influir* concretamente na formação do precedente e em sua *superação* [7].

De tal modo, qualquer peça processual com a finalidade de *superação* tem sentido se seus argumentos estiverem fundamentados em eventuais decisões de *dissapprove precedent* (ressalva de entendimento) de outros tribunais ou de próprios ministros de cortes superiores; ou em decisão de corte superior já apontando *sinalização* diante da necessidade de eventual *superação*; ou *decisões furtivas* dos tribunais e das próprias cortes superiores na procura de afastar o precedente, além, é claro, da própria necessidade de *superação*.

Por fim, a necessária publicidade é talvez um dos aspectos mais importantes e problemáticos nas *ressalvas de entendimentos*. Pois bem, sendo um consenso a necessidade de dar ampla publicidade aos precedentes das cortes superiores (e, também, dos tribunais nas hipóteses de IRDR e IAC), *questionamos se não seria hipótese de dar ampla publicidade às ressalvas de entendimento*.

Já afirmamos que a resolução do CNJ nº 106/2010, em seu artigo 10, afirma ser um critério para "avaliar efeito de merecimento" do magistrado aplicar a ele *"a jurisprudência sumulada do supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento"*.



Nesse sentido entende então o CNJ ser importante ressalvas de entendimento, devendo serem elas então incentivadas. Sugestão pertinente parece *se dar publicidade às ressalvas*, indexando-as aos respectivos precedentes. Assim, magistrado ou parte que fizesse uma ressalva ou tivesse acesso a uma, poderia clicar em botão criado e que deveria estar ao lado dos precedentes. Poderia então o advogado ou magistrado, ao ter acesso à página da corte superior na qual há o referido processo julgado, súmula ou tese, encaminhar a decisão judicial com a ressalva de entendimento, a corte superior, recebendo essa decisão, aprova o arquivo e as eventuais ressalvas vão sendo indexadas ao respectivo precedente.

Assim o diálogo é fortalecido, ganha a publicidade e, também, os operadores do Direito.

[1] Precedente será aqui referido de forma geral, sem entrar no mérito de ter ou não o Brasil adotado a técnica do *common law*. Não iremos discorrer também sobre diversas problemáticas a respeito da força vinculativa dos precedentes, se forte, média ou fraca, se cabimento de reclamação ou não. O assunto no presente artigo tem o recorte na *ressalva de entendimento*. Para mais profundidade sobre o tema, recomendo: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes*. Londrina: Editora Thoth, 2020.

[2] MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; — 3 ed.. rev., atual. e ampl. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 125 a 126; MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis* / Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85.

Neste sentido: "É muito difícil *dar provimento a esse recurso*, mas o STJ não nos dá abertura. É um caso grave e o medicamento ajudaria muito a paciente, mas nossos tribunais superiores não são sensíveis à causa. *Lamentavelmente, estamos impedindo que uma pessoa lute pela vida.*" (grifo nosso) Relator Rodolfo Pelizzari, Processo TJ SP nº 2073004-75.2019.8.26.0000.

[3] PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 205.

"The function of concurring and dissenting opinions is not confined, however, to their influence on the development of the law. Such opinions demonstrate the vitality and ability of the members of the judiciary." "A função de opiniões concorrentes e divergentes não se limita, no entanto, à sua influência no desenvolvimento da lei. Tais opiniões demonstram a vitalidade e capacidade dos membros do judiciário." (tradução livre) STEPHENS, Richard B. The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort, 5 U. *Florida Law Review*. 1952, p. 410.

[4] Michele Taruffo, Pavia, Institutional Factors Influencing Precedents. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)* (p. vii). Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Taylor and Francis. 1997 (Published 2016 by Routledge). Edição do Kindle.

[5] Entendemos que a reclamação pode ter essa finalidade. Ver em FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar*



precedentes. Londrina: Editora Thoth, 2020.

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

[7] CARVALHO, Mayara; TAVARES DA SILVA, Juliana Coelho. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. *In: Precedentes / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et. al.] – Salvador : Juspodivm, 2015, p. 740.*

Date Created

07/09/2021