

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GUILHERME SOARES CABRAL DE ASSIS

DISTINGUISHING E OVERRULING NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

**Juiz de Fora
2019**

GUILHERME SOARES CABRAL DE ASSIS

DISTINGUISHING E OVERRULING NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para a obtenção do grau de
bacharel no Curso de Direito, da
Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria

Juiz de Fora

2019

GUILHERME SOARES CABRAL DE ASSIS

DISTINGUISHING E OVERRULING NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Artigo apresentado para a obtenção
do grau de bacharel no Curso de
Direito, da Universidade Federal de
Juiz de Fora.

Aprovado em 19 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente artigo tem como escopo apresentar as técnicas de distinção e superação dos precedentes, *distinguishing* e *overruling*, e os conceitos da execução da sentença, bem como analisar a relação existente entre estes conceitos e a efetiva tutela jurisdicional prestada pelos tribunais superiores nos processos de execução. Para cumprir estes objetivos, foram utilizadas a análise bibliográfica e a jurisprudência dos tribunais superiores, optando-se pelo método hipotético/dedutivo, estabelecendo-se premissas e chegando a conclusões. Constatou-se que temos em nosso ordenamento jurídico um sistema híbrido, com elementos do *civil law* e do *common law*, que se influenciam. Concluiu-se que os tribunais vêm amadurecendo os conceitos da sistemática dos precedentes no processo de execução e aplicando bem as técnicas de afastamento e superação, a ponto de os precedentes firmados em Cortes superiores influenciarem na construção do processo legislativo, criando o ciclo de avanço do Direito.

Palavras-chave: Processo Civil. Precedentes. Execução. *Distinguishing*. *Overruling*.

ABSTRACT

The present article has the scope to present the techniques of distinction and overruling of the precedents. It also covers the concepts of enforcement of sentences. The analyses of the existing relationship between these concepts and the effective jurisdictional protection provided by the superior courts in the judicial enforcement proceedings will be addressed as well. The bibliographic analysis and the jurisprudence of the higher courts were used in order to fulfill these objectives. The hypothetical/deductive method has been chosen, establishing assumptions and arriving at conclusions. It was observed that there is a hybrid system in force in our legal system, with elements of civil law and common law, which influence each other. It was concluded that the courts have been maturing the concepts of the system of precedents and applying well the techniques of removal and overcoming, to the point that the precedents signed in higher courts influence the construction of the legislative process, creating the cycle of advancement of Law.

Keywords: Civil procedure. Precedents. Enforcement. Distinguishing. Overruling.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1- SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES	3
2- <i>DISTINGUISH</i> E <i>OVERRULING</i>	7
2.1- Distinção (<i>Distinguishing</i>)	8
2.2- Sinalização (<i>Signaling</i>)	9
2.3- Superação (<i>Overruling</i>)	10
3- EXECUÇÃO E PRECEDENTES.....	11
4- BREVE ANÁLISE FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DA CAUÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA E SUA REPERCUSSÃO NA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA	16
CONCLUSÃO.....	20
REFERÊNCIAS.....	22

INTRODUÇÃO

O direito processual brasileiro passa por um momento de crise e vem se transformando muito rapidamente¹. É fato que o modelo atual é incapaz de solucionar alguns objetivos da jurisdição, tais como proporcionar um processo justo, eficiente e seguro². Este artigo parte do processualismo constitucional democrático³ como concepção teórica e busca problematizar a questão do *distinguishing* e do *overruling* no processo de execução, com uma especial análise em relação à aplicação dos precedentes em Cortes superiores. Para alcançar esse escopo, é de essencial abordagem os conceitos e considerações acerca dos precedentes judiciais e da segurança jurídica, além de outros tópicos do processo de execução que naturalmente serão explorados, a fim de demonstrar as conclusões desta análise.

O presente trabalho, consideradas as inúmeras dúvidas que surgem tanto com relação à execução da sentença, quanto às técnicas de superação dos precedentes, tem o propósito de apresentar os conceitos supracitados e analisar a sua relação com a efetiva tutela jurisdicional prestada pelos tribunais. De forma específica, parte-se do raciocínio de que no Estado de Direito a jurisdição será prestada, concretizando de modo definitivo a sanção, quando da prática de atos materiais, ocorridos na fase executiva, o que será analisado à luz das técnicas de utilização dos precedentes.

No tocante à instituição dos precedentes, atribuiu-se à segurança jurídica grande relevância, principalmente na busca pela previsibilidade das decisões. Em decorrência do altíssimo número de demandas judiciais, os operadores do Direito e os jurisdicionados observavam com muita estranheza o fato de casos aparentemente análogos serem decididos de modos distintos. Visando minimizar essas dissimilitudes, foram produzidos diversos atos legislativos com o objetivo final de reduzir a insegurança jurídica⁴. Para tanto, o sistema processual foi sendo alterado, com foco na aplicação dos precedentes⁵. Não obstante, é evidente a adoção de técnicas discordantes entre si, não dando margem para a criação de padrões para as decisões jurídicas.⁶

¹PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 25

²Conceito de Ravi Peixoto que adotada uma visão pós positivista do Direito, o que vai de encontro com a sistemática dos precedentes. (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente...* Op. cit., p.26)

³Nesse sentido: VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.1.

⁴ASPETI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário.v.263. São Paulo: **Revista dos Tribunais Online**, 2017. p. 234.

⁵ASPETI, Maria Cecília de Araújo. Op. cit., p. 235.

⁶“O iminente colapso da atividade jurisdicional, prenunciado pelo altíssimo número de demandas judiciais, serviu de pretexto à estruturação do ‘precedente’ no CPC/2015. No art. 927, para partir de um exemplo,

Cabe esclarecer que precedentes judiciais⁷ são decisões tomadas num caso concreto, aptas a orientar o julgamento de caso presente ou posterior semelhante. Tal instituto, que será melhor abordado neste artigo, foi formado dentro de um sistema de padrões decisórios⁸ em que se exige a adoção do modelo constitucional de processo civil estabelecido pela Constituição de 1988 com a observância de uma participação qualificada, tanto subjetiva quanto objetiva⁹, distinguindo-se claramente dois momentos: o da formação do padrão decisório¹⁰ e o da sua aplicação. Junto aos precedentes, temos os enunciados de súmulas, formando os padrões decisórios que são emanados pelo Judiciário, recebendo, por imputação constitucional¹¹, eficácia vinculativa¹².

Importa ressaltar que as bases para a compreensão do Direito brasileiro se dão através da análise do ordenamento à luz das tradicionais famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*. O Brasil seguiu o caminho de outros países pertencentes à tradição da *civil law*, tendo recebido muita influência do *common law*, de matriz inglesa¹³, como na já citada sistemática dos precedentes¹⁴. É relevante esclarecer que os precedentes existem em qualquer ordenamento e que a diferença consiste em sua influência no mundo jurídico, assumindo papel mais relevante, em geral, nos ordenamentos jurídicos que adotam o *common law*. Além do mais, nesta tradição busca-se a reconstrução da cadeia de julgados até o *leading case*¹⁵, primeiro caso a tratar do tema.

nota-se a enumeração de diversas técnicas e institutos a serem observados pelos juízes e tribunais. Entretanto, as referidas técnicas e institutos, se observados com atenção, são nitidamente díspares entre si, tanto pelo procedimento de formação quanto pelo produto final, revelando-se, portanto, o desígnio do legislador em não deixar escapar nenhuma possibilidade de incremento da padronização decisória (...)" (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p. 261-262).

⁷ “ De modo singelo, o precedente é compreendido como uma decisão que servirá de base para a decisão de um caso presente ou futuro. (...) O precedente judicial deve ser visto como princípio, de tal modo que não é possível concordar com um fechamento argumentativo quanto ao uso de precedentes judiciais. Cada precedente possui uma *ratio decidendi*, isto é, motivo determinante”. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p.414).

⁸Nesse sentido, vide: §5º do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015.

⁹“ A partir daí, então, busca-se determinar como o princípio do contraditório, elemento integrante desse modelo constitucional e responsável pela característica essencial do processo deve ser observado (...). Mais do que isso, é preciso também examinar como se dá a deliberação pelo órgão jurisdicional quando da formação do padrão decisório (...) e como se manifesta o ônus argumentativo que incide sobre todos os sujeitos do processo nos casos de afastamento do padrão decisório”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p.177-178).

¹⁰A doutrina de Alexandre Câmara tem tratado de precedentes e enunciados de súmulas como espécies do gênero padrão decisório. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op.cit., p. 177-182).

¹¹Artigo 102 e 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹²A eficácia vinculante está presente nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante.

¹³Como sustenta Fredie Didier Jr, “ temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como *brazilian law*” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 57).

¹⁴DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 58.

¹⁵“(…) *leading case* é conceituado como o caso paradigma que tenha constituído um precedente, ou seja, é uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam que cria o

Adiante, examinaremos os mecanismos de superação dos precedentes, vez que, como sabemos, não podem ser vistos como o fim da história¹⁶. Por conseguinte, não há aplicação mecânica, nem automática quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato do precedente judicial, sendo imprescindível o estudo da utilização e manejo dos precedentes, a fim de se evitar a rigidez do sistema¹⁷, em especial as técnicas do *distinguishing* (distinção) e do *overruling* (superação). É de fundamental relevância também a observância da técnica de sinalização, fortemente ligada à segurança jurídica, pois, diante do entendimento de que é necessária a superação do precedente, prepara a sociedade para que em breve haja superação de fato¹⁸. A conceituação destes métodos e procedimentos são cruciais para a compreensão de seus efeitos sobre o processo de execução.

Examinaremos julgados de Tribunais Superiores com o intuito de verificar a maneira como tem sido aplicada por eles a teoria dos precedentes judiciais e suas técnicas, assim como a repercussão dos precedentes e sua influência na elaboração legislativa no Brasil, com foco especial na questão da exigência de caução no processo de execução provisória (art. 520, IV, CPC).

Chega-se, então, à análise do tema central deste artigo, que é a sistemática dos precedentes judiciais aplicada ao processo de execução, onde buscou-se demonstrar a existência da boa aplicação dos precedentes no processo de execução frente a justa e qualificada crítica enfrentada. Por fim, é apresentada a conclusão, momento no qual buscou-se sintetizar os principais pontos abordados neste artigo.

1. SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES

Observamos, em relação à segurança jurídica, a existência de um mecanismo através do qual o Poder Legislativo, devido ao crescimento da complexidade social, aumenta a produção de leis, embora não consiga acompanhar a dinâmica social¹⁹. Essa deficiência do Poder Legislativo cria no Poder Executivo a necessidade de assumir

precedente, com força obrigatória para casos futuros”. (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.40-42).

¹⁶“Precedentes não podem ser vistos (...) como o encerramento da história institucional da resolução das questões nelas versadas. Este, aliás, tem sido um dos principais equívocos na análise de tendência ao uso de precedentes no Direito brasileiro. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.287).

¹⁷“Como relatado pela doutrina francesa, embora naquele país não haja a obrigação legal de respeito aos precedentes, a ‘vinculação de fato’ naquele país acaba sendo mais rígida do que em países do *common law* em face da ausência de técnicas de manejo dos precedentes. ” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.202).

¹⁸“Não modifica imediatamente o seu posicionamento, mas sinaliza que o fará em um futuro próximo. ” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 258).

¹⁹ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 31.

algumas responsabilidades legislativas, com a utilização das medidas provisórias. O Poder Judiciário, por sua vez, acaba, então, sendo provocado, a fim de suprir as deficiências dos outros Poderes da república. A absurda produção de textos normativos, nem sempre dos mais claros, e o aumento da atuação da magistratura tornam a previsão, dentro do Direito, quase uma loteria²⁰. O Direito, que deveria atuar como um ponto de partida na busca pela segurança, não vem conseguindo oferecer elementos para tanto.²¹

A segurança jurídica é analisada aqui com foco em seu aspecto normativo²². Sob este ponto de vista a doutrina acolhe a segurança jurídica como um princípio²³, sendo que a ideia de se ter um ordenamento jurídico seguro, que permita às pessoas alguma previsibilidade de seus próprios atos e omissões, geralmente é inserida como um valor-meio, de forma a garantir a “justiça ordem”²⁴, encontrando-se diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, sendo composto por diversos institutos, tais como o respeito aos direitos adquiridos, o devido processo legal e a irretroatividade da lei.

Uma rápida análise da Constituição Federal de 1988 é suficiente para constatar o princípio da segurança jurídica no ordenamento pátrio desde o preâmbulo, valor destacado pelo Constituinte, e consagrado de forma expressa no artigo 5º, *caput*. Todavia, o simples conhecimento jurídico dos textos normativos não basta; apenas esta fundamentação não é suficiente, pois não tem caráter definitivo, mas subsidiário no objetivo de compreender também as outras formas de garantias propostas no texto constitucional²⁵. Nesse sentido, o princípio, atuará, conforme destaca Ravi Peixoto; “(...) na construção de outras regras, no entanto, esse conceito não traz, por si só, elemento para a sua aplicação no caso concreto.²⁶”.

²⁰É inegável que a sociedade moderna é hipercomplexa à medida que se tem um número permanente de mais possibilidades do que são suscetíveis de serem realizadas. (PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 31-32)

²¹Segundo Ferraz Jr; “A ligação entre o direito e a sua atuação como um complexo de expectativa normativa já era percebida desde sua institucionalização no período romano”. (FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015 apud PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 32).

²²É um fenômeno multifacetado, isso porque ela pode ser observada de três pontos de vista: como fato; como valor; como norma. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 46.)

²³ A diferenciação entre as regras e princípios está relacionada com a atuação na argumentação jurídica, sendo que os princípios atuam no plano reflexivo, mediante conformação e a reconstrução das regras. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 50).

²⁴ Idem, ibidem, p.51.

²⁵ Idem, ibidem, p. 70-80.

²⁶ Idem, ibidem, p. 51.

Sob outra ótica, observam-se alguns indicadores da segurança jurídica, aspectos materiais²⁷, fundamentais para compreender o seu conceito, entre os quais destacam-se: em primeiro lugar, a cognoscibilidade, que nada mais é que um elemento material da segurança jurídica relacionado com o conhecimento do direito por quem a ele esteja submetido²⁸. Evidentemente é o primeiro momento da segurança jurídica. Nesse sentido, complementa Ávila²⁹: “A cognoscibilidade tem por objetivo permitir aos sujeitos de direito a capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo”. Em segundo lugar, a calculabilidade e confiabilidade³⁰, que se refere a uma segurança de realização do direito. De acordo com Humberto Ávila; “o termo confiabilidade é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no Direito, ao passo que calculabilidade é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro”³¹.

Na mudança repentina de um posicionamento da jurisprudência, ao mesmo tempo em que há a preocupação eventual de modulação dos efeitos e aplicação do entendimento então superado (confiabilidade), tem-se a questão do espectro de consequências a serem atribuídas aos atos e fatos ora em julgamento (calculabilidade)³².

A segurança jurídica é fundamental para o funcionamento adequado de um sistema de precedentes no Brasil, o que exige, entre outras coisas, mudanças na maneira de se decidir³³, devendo ser ressaltado que nos chama atenção o fato de que os órgãos jurisdicionais brasileiros não examinam os precedentes adequadamente, pois utilizam o precedente como *principium* argumentativo³⁴.

Importante mencionar que se percebe muitos equívocos decorrentes da referência, num mesmo dispositivo do Código de Processo Civil (artigo 926), a três institutos distintos, que não podem, jamais, ser embaralhados: jurisprudência, enunciados de súmula e precedentes. Acontece muito de a jurisprudência, em um descuido, confundir

²⁷ Ravi Peixoto apresenta estes aspectos materiais como indicadores da segurança jurídica, classificando-os como: estático e dinâmicos, posteriormente apresenta também os aspectos objetivos, onde analisa o desenvolvimento analítico da segurança jurídica. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 51-70).

²⁸ Nesse sentido: Ravi Peixoto. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 51).

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 123.

³⁰ “Os elementos de confiabilidade e calculabilidade devem ser compreendidos à luz da constatação que o direito não é um fenômeno imutável” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 55-59).

³¹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p.341.

³² Análise feita por Ravi Peixoto quando demonstra que ambas atuarão em conjunto, porém, com preocupações e efeitos diversos entre si. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 59.)

³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.145.

³⁴ “No sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não ser repetido ‘aplicado’.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.18).

as noções ali mencionadas³⁵ e, em que pese os institutos terem concepções e utilizações muito próximas, estas não se confundem.

Existem várias concepções do que seria a jurisprudência, o que gera debate sobre o melhor conceito, para Peixoto a concepção de jurisprudência mais interessante é a que a compreende como um conjunto de julgados ou corpo de decisões^{36 37}.

Os enunciados de súmulas, persuasivos ou vinculantes, são apenas uma tentativa de enunciação destacada da razão de decidir do entendimento de um determinado tribunal, sendo, basicamente, uma forma de identificação pelos demais julgadores da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional sobre um determinado tema³⁸.

O que é diferente dos precedentes como conceituam Didier, Braga e Oliveira: “O precedente pode ser compreendido como uma decisão judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos³⁹.”

Os precedentes judiciais, conceitualmente, possuem dois aspectos: o primeiro faz referência a todo o ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A partir dele e das decisões posteriores é que será formada a norma geral, e, nesse sentido, ele atuaria como referência para as decisões subsequentes. O segundo aspecto refere-se a *ratio decidendi*⁴⁰ (razão de decidir), ou seja, a norma jurídica a ser desenvolvida com base na decisão interpretada; a construção dessa norma, é extraída, principalmente, da fundamentação e vai sendo consolidada por outras decisões que mantêm o mesmo entendimento.⁴¹ Porém, há cinco correntes sobre o que poderia ser compreendido como precedente judicial no CPC/15, seguindo explicam Aurélio Viana e Dierle Nunes⁴²:

Pela primeira, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronal Cramer, de um critério prioritariamente semântico. A segunda corrente, por sua vez,

³⁵VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p. 203.

³⁶Viana e Nunes apresentem outras duas acepções de jurisprudência: compreendendo-a como ciência do direito ou, noutro sentido, como conjunto de pareceres oriundos dos juriconsultos. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p. 203-204).

³⁷VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p. 204.

³⁸PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 158.

³⁹DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.2.

⁴⁰Na tradição do *common law*, as técnicas de extração e argumentação sobre *ratio decidendi* são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem parte da cultura jurídica há séculos. No *civil law*, apesar de os precedentes exercerem força, a dinâmica se dá de outro modo. Não há análise detalhada ou discussão profunda sobre questões dos casos anteriores. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., p. 414-415.)

⁴¹Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 108-110.

⁴²VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., p. 215-216.

defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo, de fato, vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação. A terceira corrente considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos ‘precedentes’ ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime de cada um dos ‘precedentes’. Pela quarta tese, a tentativa de estipulação de força vinculativa dos precedentes enumerados no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucional poderia agasalhar outras hipóteses de vinculabilidade(...). Os adeptos da quinta e última corrente, por sua vez, não se satisfazem com o rol dos precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios.

Faz-se oportuno, a título de conhecimento, trazer o conceito de *obiter dictum*, que é o que se afirma na decisão, mas que não é o decisivo ou necessário para o deslinde da questão⁴³. Contrapõe-se à *ratio decidendi*, técnica de extração e argumentação voltada para a comparação entre casos, que visa à análise do relatório, da fundamentação e do dispositivo, interpretando-os, delimitando os fatos, fazendo o detalhamento analítico do caminho percorrido pelo magistrado para justificar a decisão e diferenciar o que realmente é a razão de decidir⁴⁴.

A identificação da *ratio decidendi* constitui passo elementar na dinâmica do direito jurisdicional, exigindo dos sujeitos processuais a atuação voltada ao cotejo entre a *ratio decidendi* do caso precedente e fatos do caso presente.

Deste modo, chegando a uma conceituação que se baseia na fundamentação jurídica essencial, pode-se considerar como *ratio decidendi* os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução da demanda (fundamentos determinantes) ao contrário daquilo que não é o essencial para a decisão, e de determinada forma constituem meros *obiter dicta*⁴⁵.

2. DISTINGUISHING E OVERRULING

Ao contrário do que possa parecer em uma primeira análise, a adoção de um sistema de precedentes não resulta em uma simplificação das operações jurisprudenciais. A utilização deste instituto não será anunciada de forma completa e

⁴³ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle op. cit., p. 373-375.

⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. op. cit., p.184.

⁴⁵ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., p. 375.

única, sempre comportando técnicas de distinção ou superação, ou, em outras palavras, o julgamento dos casos não pode se dar mediante um grau zero interpretativo⁴⁶.

O descobrimento da *ratio* de um precedente constitui tarefa de reconstrução do passado e de atribuição do sentido. Conforme ensinam Viana e Nunes: “Deve-se ter em vista que o sistema jurídico que parta do aproveitamento das decisões do passado tende a se autodesenvolver, propiciando-se criação de técnicas que impeçam o uso irracional dos precedentes”⁴⁷.

2.1. Distinção (*Distinguishing*)

Diante do contexto apresentado, utiliza-se a técnica da distinção, ou *distinguishing*, como fundamento da aplicação ou não do precedente em determinado caso. Sendo assim, o CPC/15 destaca, em seu artigo 489, §1º, a necessidade de uma fundamentação pelo magistrado no eventual caso de utilização do referido método. A distinção é conceituada por Peixoto⁴⁸:

A técnica da distinção é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos. Caso elas existam, pode ser afastada a aplicação do precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado. Quando um dos sujeitos processuais argumenta com base em um precedente que, de acordo com ele, aplica-se ao caso concreto, deverá demonstrar a similaridade fática dos casos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, deverá demonstrar que existem fatos relevantes que impedem a sua aplicação.

A aplicabilidade do mecanismo do *distinguishing* demanda um grande desafio argumentativo e, se bem-sucedido, não haverá a aplicação do precedente invocado, ocorrendo a distinção. Sobre o exposto, Viana e Nunes⁴⁹ explicam:

Se a analogia constitui importante método de aplicação do precedente e se dá pela conclusão de existirem certos pontos de aproximação entre o caso passado e presente, o *distinguishing* se dá ao inverso, já que corresponde a uma contra analogia, na qual se identificam padrões de distanciamento entre o caso passado e o presente.

Quando há a utilização adequada de técnica de distinção, não ocorre uma separação da *ratio decidendi* originária, mas sim a criação de uma nova, aplicável a uma

⁴⁶RAMÍREZ, Frederico Arcos, Argumentación y certeza del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XIX, 2002, *apud* VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., p. 382.

⁴⁷“Nota-se que o raciocínio por meio de precedentes é constituído por comparações, analogias e contra-analogias em situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos, buscando-se compreender se determinado caso anterior deve servir de orientação para a decisão”. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., p. 383.)

⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 248.

⁴⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., p. 383.

situação diferente⁵⁰, podendo ser realizada por qualquer magistrado, não havendo problemas atinentes à competência, contrariamente ao que ocorre com a superação⁵¹.

A distinção entre casos, portanto, não é uma forma de se deixar de aplicar o padrão decisório, mas, ao contrário, uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir⁵².

2.2. Sinalização (*Signaling*)

A técnica da sinalização está fortemente ligada à incidência do princípio da segurança jurídica na aplicação dos precedentes. Sua função seria a de preparar os casos de superação de precedente quando o tribunal em questão percebe essa necessidade, mas constata a imprescindibilidade de uma preparação da sociedade, de forma a tutelar a confiança no entendimento do jurisdicionado⁵³. Desse modo, não modifica imediatamente o seu posicionamento, mas sinaliza que o fará em um futuro próximo⁵⁴.

Tratando com mais vagar sobre o tema, Peixoto destaca:

Trata-se de uma técnica de caráter preventivo, antecipando em uma possível revisão de posicionamento. Nesse sentido, a técnica pode ser utilizada em momentos em que a Corte não tem propriamente certeza da necessidade de mudança de posicionamento e, mediante a sinalização, ela permite que vários atores políticos possam se manifestar sobre a questão e incrementando o diálogo e permitindo a adequada maturação do tema⁵⁵.

Já Viana e Nunes definem a sinalização como:

O uso da técnica de sinalização obsta a imediata superação do precedente, que é preservado para um dado caso concreto, em nome da segurança jurídica. No entanto, o Tribunal deixa claro, informa, sinaliza que o precedente anteriormente forjado, que até então é tido como guia seguro do comportamento das pessoas, não tem a mesma força de outrora e pode ser revogado a qualquer momento⁵⁶.

⁵⁰PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 249.

⁵¹Afirmção feita baseando-se no enunciado nº 174, do Fórum Permanente de Processo Civil, que diz: “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.”

⁵²CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.145.

⁵³PEIXOTO, Ravi. op. cit., p.258.

⁵⁴Complementa Ravi Paeixoto: “Para o caso concreto da decisão de sinalização, há a manutenção do precedente que agora passa a deter caráter duvidoso.” (PEIXOTO, Ravi Op. cit., p.258)

⁵⁵PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 258.

⁵⁶VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., 415.

Outra vantagem apresentada pela doutrina⁵⁷ seria o próprio diálogo institucional, que permite a discussão sobre a superação ou não, podendo implicar na própria manutenção do precedente⁵⁸.

2.3. Superação (*Overruling*)

Overruling é uma espécie de hipótese de afastamento de uma regra jurisprudencial⁵⁹ (*judicial departures*), que significa a superação do precedente, ou, em outras palavras, a substituição ou modificação da *ratio decidendi* anterior⁶⁰.

Aprofundando no tema, complementa Bustamante:

A especificidade do *overruling* é que não se refere apenas à questão de aplicação do precedente judicial, mas aborda a ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. Por tais circunstâncias, as razões que embasam o *overruling* devem ser mais fortes que as usadas no *distinguishing*⁶¹.

Esta técnica é essencial para o sistema de precedentes, permitindo a evolução do sistema e evitando o engessamento; segundo Peixoto, “(...) [A]o contrário do que possa parecer, a superação do precedente, desde que usada com cuidado, promove o *stare decisis*⁶², ao em vez de enfraquecê-lo”⁶³.

A superação tanto pode ser feita através de um processo traumático, de forma abrupta, quanto pode se dar em consequência de uma mudança gradual das razões de decidir que, ao fim, resulta na alteração do entendimento firmado anteriormente.

Por fim, ao ser utilizada a técnica da superação, são criadas duas novas regras impositivas, como destaca Peixoto:

Utilizada a técnica da superação, são criadas duas novas regras impositivas: uma relativa ao entendimento superado e uma de natureza processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico⁶⁴.

Frise-se que apenas à corte compete fixar aquele entendimento e somente ela ou uma outra corte superior a ela poderá alterá-lo. Destarte, os tribunais inferiores não

⁵⁷ Com mais vagar sobre o tema: PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 258-264.

⁵⁸ Peixoto complementa: “Trata-se de mais um instrumento de tutela da confiança e caberá aos magistrados ponderar qual a que mais se adequa à situação concreta.” PEIXOTO, Ravi op. cit., p. 259.

⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p.387.

⁶⁰ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. op. cit., 414

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. op. cit., p.387.

⁶² A expressão completa é: *stare decisis em non quieta movare*. Significa algo como, manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido. No Brasil, adotou-se a construção de um sistema brasileiro de precedentes.

⁶³ PEIXOTO, Ravi. op. cit., p. 203.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 203.

podem superar precedentes das cortes superiores e mesmo a não-aplicação do entendimento firmado pelo tribunal competente não supera a norma precedente⁶⁵.

3. EXECUÇÃO E PRECEDENTES

Os Tribunais Superiores têm, em diversas ocasiões, tratado da questão dos precedentes. Não obstante, há incontáveis acórdãos que fazem clara referência a precedentes sem que o confronto entre o caso anteriormente julgado e o novo caso em exame seja feito de forma analítica⁶⁶. Diante disso, analisaremos julgados nos quais houve a aplicação das técnicas dos precedentes e teceremos as considerações necessárias.

Em relação à superação dos precedentes, temos um evidente ônus argumentativo⁶⁷ para as partes que pretendam demonstrar haver razões para um afastamento do padrão decisório previamente fixado, seja pela superação ou pela distinção. Da mesma forma, impõe-se também ao juiz da decisão⁶⁸ um ônus argumentativo para que possa afastar-se do precedente.

Para analisarmos um recente caso de grande repercussão, no qual foi utilizada a técnica de manipulação dos precedentes, precisamos entender alguns aspectos da execução no processo civil.

Segundo ensinam Wambier e Talamini⁶⁹, a classificação das espécies de execução quanto à estabilidade do título executivo ocorre da seguinte forma:

A execução definitiva é a que se embasa em título executivo judicial que já transitou em julgado ou em título executivo extrajudicial. Execução provisória funda-se em título executivo judicial que ainda não transitou em julgado (arts. 356, §2º, e 520, caput). A decisão que lhe serve de título executivo ainda não é definitiva, uma vez que sobre ela pende recurso. O recurso, entretanto, não tem efeito suspensivo.

Também apresentam a seguinte classificação quanto à origem do título executivo⁷⁰:

A execução será fundada em título judicial, art.515, ou em título extrajudicial, art 784. Tem-se o dito processo executivo, quando baseada em título extrajudicial; já a execução do título judicial ocorre sob a roupagem do cumprimento de sentença, que normalmente desenvolve-se em uma mera fase no próprio processo em que se formou o título.

⁶⁵ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 204

⁶⁶Alexandre Câmara apresenta um estudo sobre a formação e o emprego dos precedentes na prática forense brasileira. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.145-175.)

⁶⁷Nesse sentido: VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., 342-369.

⁶⁸ Vide: Artigo 489, inciso V, §1º do Código de Processo Civil/2015.

⁶⁹WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p.213.

⁷⁰Idem, ibidem, p.211-212.

Antes, relevante mencionar que os títulos executivos extrajudiciais estão elencados nos incisos do artigo 784, do Código de Processo Civil, e que, quando amparada em título extrajudicial, a atividade executiva desenvolve-se em processo próprio, Livro II da Parte Especial do CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Trata-se das chamadas medidas executivas atípicas, previstas no art. 139, IV, do novo Código, cláusula geral que confere poder ao julgador para a adoção de meios necessários à satisfação da obrigação não delineados previamente no diploma legal⁷¹.

A partir destes conceitos, analisaremos uma situação na qual há evidente uso da técnica do *distinguishing*. Trata-se do julgamento do REsp 1782418/RJ, realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), relativo a uma execução de título extrajudicial. Como veremos, os Ministros deram provimento ao recurso, pois já teriam sido realizadas várias tentativas de localização de bens passíveis de penhora, todas infrutíferas, e, principalmente, pelo fato de não haver sinais de ocultação patrimonial.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO.

DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018.

2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.

3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção

⁷¹ Voto da relatora em: REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019.

indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

7. Situação concreta em que o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal.

8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor - à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos - o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão.

9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

Diante da citada ementa redigida pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, o entendimento jurisprudencial adotado pela Corte foi o da aplicação da técnica do *distinguishing*. Essa constatação é feita partindo-se do princípio de que há naquele tribunal precedente fixado formado no sentido de aceitar como legais as medidas coercitivas atípicas, tuteladas pelo art. 139, IV do CPC, como forma de garantir o cumprimento da execução.

Anteriormente, a matéria que trata da legalidade da aplicação de medidas atípicas foi submetida à análise do STJ em um julgamento de recurso em *habeas corpus* impetrado em face de decisão da Justiça Estadual de São Paulo, que determinou a suspensão do passaporte e da carteira de motorista de um devedor inadimplente, RHC 97.876/SP, formando um importante precedente.

Ao se debruçar sobre o caso o STJ entendeu que a apreensão do passaporte foi desproporcional e não razoável, ofendendo o direito constitucional de ir e vir do devedor. Todavia, com relação à CNH, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a suspensão do documento seria devida, na medida em que não haveria afronta ao direito de locomoção, pois, ainda que o devedor não esteja autorizado a conduzir um automóvel, o seu direito de ir e vir está garantido.

O STJ confirmou o precedente, determinando a possibilidade de suspensão do direito de dirigir do devedor inadimplente, aduzindo que essa medida coercitiva não impede o direito de locomoção (RHC 88.490/DF e HC 428.553/SP). Sendo assim, a Corte indica que a suspensão ou a apreensão da carteira nacional de habilitação de devedor inadimplente é medida aceitável como forma de induzir a cumprir a obrigação de pagar.

Este precedente foi replicado por diversas vezes⁷² no Tribunal⁷³, inclusive para lembrar a fundamentação estabelecida como *ratio decidendi*, destacando os argumentos limitadores da adoção das medidas atípicas no *leading case*, caso precedente:

II - Cabível a impetração de habeas corpus tendo em vista a restrição ao direito fundamental de ir e vir causado pela retenção do passaporte dos pacientes. Precedentes: **RHC n. 97.876/SP**, HC n.443.348/SP e RHC n. 99.606/SP.

Nota-se, pela cronologia dos julgados e pelo padrão decisório do STJ, que o precedente inicialmente estabelecido continua em vigor e sendo aplicado. Porém, no caso do REsp 1782418/RJ, tendo em vista sua peculiaridade, verifica-se que existem diferenças relevantes entre este e o caso precedente, em especial pelo fato de não haver no processo sinais de que o devedor estivesse ocultando patrimônio. A Ministra, então, teve o ônus argumentativo para aplicar o *distinguishing* e ser afastado o acolhimento do precedente. Fundamentou a Ministra Nancy Andrichi⁷⁴:

Tive a oportunidade de esclarecer, quando do julgamento do RHC 99.606/SP (3ª Turma, DJe 20/11/2018) que, como obstáculo à adoção dos meios atípicos e coercitivos indiretos na exequibilidade de obrigações de pagar quantia, parcela respeitável da doutrina aponta como óbice uma possível violação ao princípio da patrimonialidade da execução. Todavia, não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas sim, capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida. A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de

⁷² Em pesquisa realizada em 21/05/2019 tinha como resultado 17 referências ao precedente.

⁷³ (HC 478.963/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

⁷⁴ REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019

caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado têm como característica substituírem a dívida patrimonial inadimplida, nela sub-rogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos.

Conforme se verifica em toda a narrativa apresentada, o fato de a medida atípica tornar-se uma ação meramente punitiva, já que não havia sinais de ocultação patrimonial, fez com que o caso analisado naquele recurso fosse distinto do *leading case*, configurando, assim, a perfeita aplicação da técnica do *distinguishing*, pois não correspondia com a *ratio decidendi* do *leading case*.

A despeito de toda a crítica elaborada por Câmara⁷⁵, muito fundamentada sobre as decisões que se limitam a citar aquelas proferidas em casos anteriores sem indicar os motivos, confundindo a decisão construída com apoio em precedentes com a decisão em que são citadas ementas de outros acórdãos⁷⁶, há em curso uma mudança, inclusive para os magistrados, em especial os de Cortes Superiores. Os órgãos jurisdicionais estão iniciando uma busca pela decisão valendo-se de técnicas adequadas ao emprego de precedentes, havendo um incremento do ônus argumentativo⁷⁷, ou seja, maior necessidade de os sujeitos processuais assumirem as suas responsabilidades argumentativas na própria construção compartilhada da decisão judicial. Percebem-se, também, alterações ainda maiores nas bases fundamentais de compreensão do processual direto brasileiro, o qual vem se tornando um misto entre as tradições do *civil law* e do *common law*, como ocorre na adoção da sistemática dos precedentes adotada pelo Código de Processo Civil/ 2015.

Neste cenário contemporâneo, o Poder Judiciário vem a todo momento buscando adaptar-se às novas responsabilidades e aos novos encargos argumentativos e já apresenta, como no exemplo do *distinguishing* supracitado, grande evolução na temática dos precedentes. Deve-se destacar que gradativamente vem sendo abandonado o padrão constatado por Câmara⁷⁸. De alusão ao termo “precedente” sem sequer serem mencionados os fundamentos determinantes da decisão anteriormente proferida.

Ainda assim, o que o autor não menciona e que se pode constatar a partir de um estudo mais aprofundado das decisões é que, a despeito de haver volumosa aplicação equivocada já há em órgãos jurisdicionais brasileiros o bom uso das técnicas de utilização dos precedentes, fato este que tem uma forte tendência a se robustecer devido

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.145-175.

⁷⁶ Idem, ibidem, p.174.

⁷⁷ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., 301-399.

⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 145-175.

à maturação da temática dos precedentes judiciais, positivada com mais detalhes somente em 2015 com o novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a boa aplicação em Tribunais Superiores é observada antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 53.068-MS acontecido na Segunda Seção, na sessão ordinária de 22 de março de 2006, deliberou pela alteração do enunciado da súmula n. 309, pois concebeu superado o entendimento anterior da Corte, que determina que o prazo inicial para se pleitear, através da execução, três prestações alimentares, seria da data da citação. Dizia a súmula alterada: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”.

A respeito, fundamentou a Ministra Nancy Andrighi:

Admitir-se que o devedor possa afastar o decreto prisional, na ação de execução de alimentos, com o pagamento das três últimas parcelas anteriores a sua citação, é premiar e incentivar a má-fé daquele que se esquivava de cumprir a obrigação de prestar alimentos.

A súmula n. 309 passou então a ter a seguinte redação: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Diante da argumentação da Ministra vemos que há *overruling* no caso, pois, partindo da sua fundamentação, temos que o entendimento anterior premiava aquele que se evadia da citação com o objetivo de postergar o pagamento e esgueirar-se do processo de execução de alimentos. Nesse caso, a substituição ou modificação da *ratio decidendi* anterior, caracteriza o *overruling*.

Percebe-se, mais uma vez, através da análise da alteração da súmula 309 do STJ, que o tribunal aplica corretamente a sistemática dos precedentes, cumprindo o ônus argumentativo a ser observado pelas partes processuais. Ora, mesmo sabendo que a superação se dá por força da atuação do próprio STJ, Tribunal que firmou o precedente, é sinal de que há maturação nesta temática que vem sendo cada vez mais protagonista no cenário jurídico brasileiro.

4. BREVE ANÁLISE DA FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DA CAUÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA E SUA REPERCUSSÃO NA CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer expressamente a possibilidade de fracionamento do julgamento, e, mais ainda, ao dispensar a caução no cumprimento provisório da decisão de julgamento antecipado parcial do mérito.

Segundo leciona Theodoro Jr.⁷⁹: “O credor beneficiado pelo julgamento antecipado parcial não depende, para executá-lo, da complementação da prestação jurisdicional sobre o restante do objeto litigioso”. Sendo assim, é viável, a critério do credor, promover o cumprimento provisório da decisão, independentemente do restante da prestação jurisdicional, ou seja, da análise pelo juízo quanto ao mérito dos demais pedidos.

Porém, nem sempre foi assim, e podemos constatar que a sistemática dos precedentes influenciou diretamente na elaboração dos artigos 520, 521 e 522 do Código de Processo Civil. Para fins de posterior comparação, veja o que determinava o Código de Processo Civil de 1973, após as alterações da lei 11232/05:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (...)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

(...)

§ 2o A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II - nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Já no ano de 2013, no julgamento do REsp 1.318.917-BA⁸⁰, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira do Superior Tribunal de Justiça, caso que ganhou notoriedade por flexibilizar as regras da caução em execução provisória, o entendimento do tribunal fixado no julgamento já era admitido por alguns ministros em decisões monocráticas. Os argumentos utilizados para a resolução do referido caso culminaram na edição de

⁷⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016. p.832.

⁸⁰REsp 1.318.917-BA, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12/3/2013.

informativo de jurisprudência nº 0520, estabelecendo, assim, importante precedente naquele tribunal, que, a partir de então, passou a flexibilizar cada vez mais a necessidade da caução em execução provisória.

Publicou o Tribunal, em 12 de junho de 2013, através do referido informativo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA SITUAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA EXEQUENTE PARA A APLICAÇÃO, EM PROCESSO COLETIVO, DA DISPENSA DE CAUÇÃO PREVISTA NO ART. 475-O, § 2º, I, DO CPC.

No âmbito de execução provisória em processo coletivo, para a aplicação da regra constante do art. 475-O, § 2º, I, do CPC - que admite a dispensa de caução para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado -, deve o magistrado considerar a situação individual de cada um dos beneficiários. Primeiramente, além de o STJ já ter admitido o cabimento de execução provisória no âmbito de processo coletivo, essa espécie de execução deve ocorrer nos termos da lei processual geral (CPC), diante da lacuna da legislação específica, o que implica possibilidade de aplicação das regras constantes do art. 475-O do CPC em processos coletivos. Nesse contexto, cabe mencionar que, nos termos da lei processual geral, a execução provisória depende, em regra, de caução prestada pelos exequentes (art. 475-O, III). Contudo, se atendidos os requisitos estabelecidos pelo § 2º, I, do art. 475-O - crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, crédito de até sessenta salários mínimos e exequentes em estado de necessidade -, a caução poderá ser dispensada. Desse modo, admitida a aplicabilidade do art. 475-O aos processos coletivos, pode-se aferir o modo de aplicação dessas referidas regras processuais - em especial, da regra do art. 475-O, § 2º, I, do CPC - a esse tipo de processo. Nessa conjuntura, à luz da interpretação sistemático-teleológica, a aplicação da regra constante do referido § 2º, I, do art. 475-O do CPC deve considerar a situação individual de cada um dos beneficiários do processo coletivo, e não apenas de um autor coletivo. Isso porque, se, em vez de uma execução provisória coletiva, fossem promovidas diversas demandas individuais, seria possível a cada um dos substituídos o cogitado levantamento de valores sem o oferecimento de caução, desde que atendidos os requisitos do referido artigo. Ora, se a aplicação do art. 475-O, § 2º, I, do CPC não considerar a situação individual de cada exequente, será mais conveniente, nesses casos, o ajuizamento de diversos processos individuais, e não de um único processo coletivo. Pelo contrário, a tutela coletiva deve ser prestigiada como forma de garantir a efetividade do acesso à justiça. Em situações como esta, não permitir o levantamento de valores em dinheiro sem contracautela, levando-se em conta a situação individual de cada beneficiário, implica conferir menor efetividade ao processo coletivo em relação ao individual, o que contraria os propósitos da tutela coletiva. De mais a mais, na ponderação entre o risco de irreversibilidade da medida de levantamento de quantias em

dinheiro sem caução e o risco decorrente do não atendimento da necessidade alimentar dos destinatários da ação coletiva, deve prevalecer o interesse dos hipossuficientes. REsp 1.318.917-BA, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12/3/2013.

O legislador, no momento da elaboração do novo Código de Processo Civil, limitou a exigência da caução, devendo ser mantida apenas quando verificado que a dispensa pudesse gerar manifesto risco de grave dano, de difícil e certa reparação⁸¹.

Um dos redatores do anteprojeto do CPC/2015, Ministro Luiz Fux, que na oportunidade era membro do Superior Tribunal de Justiça, já manifestava seu entendimento com relação à necessidade de uma efetiva execução provisória⁸²: “ (...) a tutela antecipada efetiva-se via execução provisória, que agora se processa como definitiva (art. 475-O do CPC de 1973), conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal.” Em situações semelhantes, sempre que não envolvia real possibilidade de grave dano, de difícil e certa reparação ao executado, foram formados alguns precedentes, flexibilizando-se a exigência de caução no processo de execução provisória⁸³.

O uso do direito jurisprudencial na elaboração da lei, por expressa disposição enunciativa, guarda conexão com a *teoria dworkiniana* da integridade e coerência do direito⁸⁴. Diante da influência dos precedentes, elaborou-se no CPC a seguinte redação:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

(...)

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

(...)

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I - o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II - o credor demonstrar situação de necessidade;

III - pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042 ;

III – pender o agravo do art. 1.042; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p.700.

⁸²REsp 1.098.028-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9/2/2010.

⁸³ GRECO, Leonardo. Execução Civil – Entraves e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro, 2013. p. 443.

⁸⁴ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Op. cit., 218-225.

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.
Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Hodiernamente, tem-se que a dispensa de caução é decorrente da busca pela efetividade e celeridade processual e, por consequência, a obtenção de êxito na prestação jurisdicional em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Nota-se que a proposta interpretativa dos precedentes, adotada na questão da exigência de caução na execução provisória, repercute nos enunciados sobre o tema no Código de Processo Civil. Desse modo, mais uma vez podemos notar um ciclo que se retroalimenta entre a sistemática das tradições do *civil law*, e a influência dos precedentes oriundos do *common law*. Temos, então, uma mudança na tradicional lógica legalista brasileira, influenciando de maneira clara na discussão legislativa, inspirada pelos precedentes fixados anteriormente pelos tribunais superiores, ainda que não se utilizasse, no Brasil, antes de 2015, o conceito de precedente⁸⁵.

Relevante ressaltar que a padronização de entendimentos entre lei e precedentes repercute em mais segurança jurídica, mostrando-se compatível com o modelo processual previsto na Constituição Federal, o que permite a produção de resultados processuais em tempo razoável. Nesse contexto em específico, as Cortes Superiores não têm apresentado bons resultados, e a morosidade do processo resulta numa verdadeira anarquia interpretativa. Entretanto, como vimos, a sistemática dos precedentes propriamente dita é nova e os desafios estão sendo encarados em sua maioria pelos Tribunais.

CONCLUSÃO

Ao longo do artigo, buscou-se apresentar os conceitos essenciais para a compreensão da temática dos precedentes aplicada ao processo de execução. Obviamente este trabalho não teve a pretensão de cobrir toda a temática nem de se aprofundar demasiadamente em apenas um aspecto. Pretendeu-se cobrir o que foi entendido como lacuna, com a análise das técnicas de superação e distinção aplicadas ao processo de execução.

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 130-143.

Ao analisar a relação das técnicas dos precedentes judiciais com a efetiva tutela jurisdicional prestada pelos tribunais, foi possível notar que as críticas feitas por Câmara, são, em parte, pertinentes pois, de fato, verifica-se, em diversas decisões, a mera citação dos precedentes ou a sua citação sem a análise profunda da *ratio decidendi* presente no *leading case*, conforme apresentado por Câmara, no entanto, há, principalmente em matéria de execução, uma aplicação razoavelmente boa das referidas técnicas de superação dos precedentes judiciais, o que aparentemente não é tratado pela doutrina.

Infere-se que é absolutamente necessária a adoção de técnicas que busquem alcançar a duração razoável do processo, sendo os precedentes o mecanismo processual com o inequívoco objetivo de imprimir celeridade e uniformização na solução de demandas de massa. Destarte, a utilização dos precedentes judiciais pode corrigir injustiças históricas, como, por exemplo, no citado caso do devedor de alimentos que se evadia da citação, deixando o seu próprio filho em situação de vulnerabilidade. Porém, não é admissível que tenhamos uma jurisprudência acabada e definitiva, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, aberto a mudanças e novas alternativas, fator essencial à democracia moderna. Nesse contexto, as técnicas do *distinguishing* e *overruling* são fundamentais para a construção de soluções, tratando-se de relevante instrumento para o avanço da interpretação e do direito aplicáveis aos casos concretos.

Por fim, constata-se que o sistema de Direito brasileiro só pode ser assimilado através da análise do ordenamento à luz das tradicionais famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, pois tem-se em vigor em nosso ordenamento um sistema híbrido, como constatou Didier Jr., que busca o melhor de cada um dos sistemas, decorrente do fenômeno da circulação de modelos jurídicos globalizada, ao contrário do que defende Zaneti Jr. em o valor vinculante dos precedentes. Conclui-se também, que os precedentes firmados em Cortes superiores têm influência no processo legislativo, mesmo que de forma indireta, o que pode ser exemplificado pela redação dos artigos 520, 521 e 522 do CPC/15, tratando-se da exigência de caução na execução provisória de forma mitigada, no mesmo sentido que os precedentes fixaram anteriormente.

REFERÊNCIAS

- ASPETI, Maria Cecília de Araújo. **Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário.**v.263. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2017. p. 233-255.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2011.
- BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. **Teoria do precedente judicial.** São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério.** 1.ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** 17 ed. Salvador: JusPodivm, v.1. 2015.
- _____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.
- GRECO, Leonardo. **Execução Civil – Entraves e Propostas.** Revista eletrônica de direito processual – REDP. Volume XII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro, 2013.p. 443.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: Juspodivm. 2015.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2016.
- VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** v. 3. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.