

O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?



Lenio Luiz Streck

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em direito do Estado pela UFSC. Professor Titular da UNISINOS e da UNESA. Advogado.



Georges Abboud

Advogado sócio no escritório “Nery Advogados”. Mestre e doutor em direitos difusos e coletivos pela PUC-SP. Professor da graduação da PUC-SP. Professor do mestrado e doutorado da FADISP.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema: as razões pelas quais aplicar um genuíno precedente ou qualquer provimento vinculante é um ato hermenêutico. Riscos de uma teoria da aplicação dos precedentes que almeja pureza de sentidos. 2. Sistema vinculatório do NCPC. A imprescindível crítica hermenêutica para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes postos no art. 927 do NCPC. 3. A aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico. Do mesmo modo, nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação. A imprescindível superação do silogismo. 4. Os provimentos vinculantes também devem observar a integridade e coerência na sua aplicação. 5. Nota conclusiva: risco de uma teoria de aplicação dos precedentes no Brasil. Retrocesso para aplicação puramente semântica dos enunciados jurídicos.

1. Colocação do problema: as razões pelas quais aplicar um genuíno precedente ou qualquer provimento vinculante é um ato hermenêutico. Riscos de uma teoria da aplicação dos precedentes que almeja pureza de sentidos.

Desde a Emenda Constitucional 45 – que introduziu a súmula vinculante em nosso sistema – parcela da doutrina reitera a necessidade de se estabelecer uma teoria da aplicação dos precedentes no Brasil.

O escopo do artigo é demonstrar que é necessária uma compreensão hermenêutica, de cariz pós-positivista, do fenômeno jurídico para se assegurar uma aplicação íntegra, coerente e constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes elencados no art. 927 do NCPC.

A não compreensão de uma crítica hermenêutica do Direito pode fazer crer que o correto é a estruturação de uma teoria da aplicação dos precedentes no Brasil. Esse equívoco pode conduzir a um retrocesso para um modelo primitivo de positivismo, a partir do qual o texto passa a se equiparar à norma que, por sua vez, resgata uma natureza abstrata e não concreta, como se fosse possível um provimento vinculante conter em si a solução já pronta para os casos futuros.

O artigo tem por finalidade justamente evitar esses riscos e fornecer elementos teóricos mínimos para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes contidos no NCPC.

2. Sistema vinculatório do NCPC. A imprescindível crítica hermenêutica para uma aplicação constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes postos no art. 927 do NCPC.

Se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evo-

lução histórica, fato é que o CPC elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial.¹

Ocorre que, com a inserção do art. 927 – um dos pontos fulcrais do *stare decisis* (mediante leitura *dworkiniana*) – tem-se a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter *estável, íntegra e coerente*. Veja-se: o texto legal fala em “jurisprudência” e não em “precedentes”. E com toda razão, porque são coisas distintas.²

Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do “sistema de vinculação jurisprudencial” (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil.

A principal é a impossibilidade de se aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes, problemática que, aliás, já de há muito vem denunciada pela crítica hermenêutica do Direito (CHD), isto é, nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicada de forma dedutiva-subsumtiva-mecânica.

No sistema do *common law*, essa impossibilidade é mais evidente porque o precedente não nasce como precedente e ele não é previamente definido textualmente. No Brasil, as súmulas vinculantes e as decisões vinculantes têm sua *textitude* já definida.³

Todavia, sua aplicação pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensa atividade interpretativa por parte do julgador bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para se aplicar o provimento vinculante.

1 Ver: Lenio STRECK e Georges ABBOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 19 *et seq.*

2 Cf. Lenio STRECK e Georges ABBOUD. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, cit., *passim*.

3 Lenio STRECK. O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 83-128, 2005.



Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculante não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.

3. A aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico. Do mesmo modo, nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação. A imprescindível superação do silogismo.

Tendo em vista que a perspectiva do legislador e dos artífices do NCP – ao que tudo indica – foram os precedentes do *common law*, é importante demonstrar, ainda que sucintamente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, que é fundamental no sistema de *stare decisis*, a fim de se revelar o precedente jurídico que será fundamental para a solução de novos casos. Outrossim, a doutrina destaca a dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*)⁴ dentro do precedente.

4 Por todos, Geoffrey MARSHALL. *What is binding in a precedent*. Neil MACCORMICK, Robert S. SUMMERS e Arthur L. GOODHARD (org.). *Interpreting Precedent*, England: Ashgate, 1997, p. 503.

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos

contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.

Embora não seja possível simplesmente “importar” irrefletidamente os conceitos teóricos formulados para (e por) uma tradição jurídica diversa, essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que já vem ocorrendo no Brasil desde muito antes do advento do CPC, e que Maurício Ramires⁵ chamou de “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”.

Não se trata apenas de evitar aplicar precedentes para “casos diferentes”, ou, menos ainda, de reconhecer que “cada caso é um caso”. Como afirma o mesmo autor, “o mero juízo de *identificação entre casos*, tida como *semelhança entre fatos*, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, uma vez que não existe a separação cirúrgica entre a “questão de fato” e a “questão de direito” imaginada pela dogmática corriqueira. É possível que um caso X apresente uma situação “de fato” mais diferente daquela do precedente P do que o caso Y, mas que o precedente P seja

5 Maurício RAMIRES. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 149.

aplicável ao caso X e não ao caso Y. A pedra de toque está na *applicatio*: “É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea”.⁶

De todo modo – e aqui já se pode fazer uma alusão aos dispositivos do NCPC que tratam dos precedentes brasileiros - é importante não perder de vista o elemento circular que perpassa ao exame dos aspectos em tela. Assim como no *common law*, aqui também não pode haver um exame estanque desses aspectos, como se fossem “etapas” ou “fatias” argumentativas. Todos os elementos são atravessados pela hermenêutica, que implica a facticidade dos casos. Impossível um precedente como se fosse “um conceito sem coisa”.

Portanto, lá como cá, inexistente aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Sob essa perspectiva que deve guiar a aplicação dos artigos 926 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu “DNA”. Por fim, para resguardar o devido processo legal, aos litigantes deverá ser assegurada manifestação acerca do provimento vinculante que incidirá no caso concreto.

Em termos simples, ao autor e ao réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá

ser aplicada determinada súmula vinculante ou acórdão paradigma, por exemplo, no bojo da lide por eles instaurada. Essa é a leitura consentânea com o art. 10 do NCPC (*proibição de decisão surpresa*). Se todas as matérias de ordem pública, para serem aplicadas, demandam prévia possibilidade de as partes se manifestarem, com maior razão, deve ser facultado às partes se pronunciarem sobre qual a correta forma de incidência do preceito vinculante em face de sua lide.

4. Os provimentos vinculantes também devem observar a integridade e coerência na sua aplicação.

A obrigatoriedade de aplicar de forma íntegra e coerente os provimentos vinculantes está colocada no próprio art. 926 do NCPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro *jogo limpo*. Nessa perspectiva a “*integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um ‘jogo limpo’ (*fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo ‘segundo minha consciência, decido de outro modo’. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva ‘porque quer’ (ou porque sim)”.⁷

6 Maurício RAMIRES. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, cit., p. 149.

7 Lenio STRECK. *O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? Ver: Integridade do Direito implica igualdade de tratamento e respeito às mudanças*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-31/integridade-direito-implic-igualdade-tratamento-respeito-mudancas>>. Acesso em: 09 dez. 2014.

Com efeito, o genuíno precedente do *common law* dinamiza o sistema jurídico, na medida em que ele é tanto o ponto de início do debate do caso concreto quanto o embasamento para a solução do caso concreto. Para que os provimentos vinculantes do CPC não engessem o sistema jurídico, sua interpretação e aplicação não pode ser mecânica e subsuntiva, pelo contrário elas têm que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram.

Assim, sempre que um precedente for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. Tanto assim é que todo juiz chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter o resultado interpretativo anterior ao teste de fundamentação racional – vale dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior. Essa lição, precisamos sempre ressaltar, é necessária para assegurar que o respeito aos provimentos vinculantes do CPC não configure uma submissão mecânica e cega ao que foi decidido pelos Tribunais Superiores.

As novas decisões que utilizarão como base um ou mais de um dos provimentos vinculantes do art. 927 não são frutos de silogismo. Pelo contrário, elas também constituem atos hermenêuticos.

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se proferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a

ser um elemento que proporciona um elo de ligação na cadeia discursiva.⁸

5. Nota conclusiva: risco de uma Teoria de Aplicação dos Precedentes no Brasil. Retrocesso para aplicação puramente semântica dos enunciados jurídicos.

Nos tópicos antecedentes, demonstramos a impossibilidade de se cogitar a aplicação de qualquer provimento vinculante sem um acesso hermenêutico anterior, com o intuito de evitar qualquer tentativa subsuntiva de sua operacionalização.

A explicitação desse aspecto é fundamental para evitarmos que não há enunciado linguístico que dispensa interpretação para sua aplicação, interpretação que, por sua vez, sempre deve observar a integridade e coerência.

Desse modo, aplicação de precedentes ou de provimentos vinculante não demanda uma *teoria processual própria*. Pelo contrário, o que é necessário uma correta compreensão do paradigma pós-positivista que deve estruturar a contemporânea aplicação dos enunciados linguísticos. Vale dizer, não compreender os aspectos hermenêuticos do pós-positivismo pode nos fazer incorrer numa repriminção de modelos de pensamento vinculados ao positivismo primitivo (exegético) que estaria defasado por mais de século.

Autores renomados sustentam a necessidade de uma teoria geral dos precedentes, como é o caso do insigne Fredie Didier, processualista que vem se mostrando preocupado com a vagueza e ambiguidade dos precedentes.⁹ Para ele, o STF utiliza-se de “má técnica na elaboração de súmulas” (*sic*), especialmente no caso da Súmula n. 11 (denominada de

8 Lenio STRECK. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 617 *et seq.*

9 Cf. Editorial n. 49 do site de Fredie DIDIER Jr. Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 14 ago. 2012.

“súmula das algemas”). Didier considera que, na elaboração de um precedente – considerado por ele como uma “norma jurídica geral” –, uma das questões mais importantes é a utilização de “uma técnica” para a “redação do preceito normativo jurisprudencial”. No fundo, a tese esgrimida por Didier representa parcela considerável do imaginário jurídico de *terrae brasiliis*.¹⁰

Como contraponto à pretensão teórica de Didier, pensamos que o problema já começa na expressão “técnica de redação de precedente”. Na verdade, Didier anuncia uma crítica à redação de uma súmula como sendo dirigida à “redação do precedente judicial”. Essa diferenciação já foi explicitada de forma concisa neste trabalho.

Há, no imaginário jurídico brasileiro, um certo fascínio pela exatidão da linguagem, como se estivessemos no auge do neopositivismo lógico e de sua lógica simbólica, que pretendia criar uma linguagem rigorosa para descrever os dados do mundo, mas sabemos que essa é uma empreitada que fracassou.

A partir daquilo que podemos chamar de um segundo giro – o ontológico-linguístico –, a questão das vagezas e ambiguidades foi assumida como algo inexorável à linguagem. Assim, parece que Didier cai nessa armadilha, quando critica a utilização de palavras vagas na elaboração dos “precedentes” (*sic*). Ora, as palavras não se dividem em categorias como “vagas” e “precisas”. Na redação de qualquer texto, é impossível escolher termos “precisos” que garantam a inexistência de “dúvidas” quanto a sua aplicação futura. Aliás, esse é um equívoco também cometido pela doutrina que entende que os princípios “abrem a interpretação”, face sua “abertura semântica” (*sic*). Ora, parece comezinho afirmar que *não há clareza que dispense a interpretação*. E, mes-

mo que Didier tivesse razão, faltaria explicar por que motivos a lei deveria ser formulada em termos que (ao contrário do precedente) *favorecessem* o surgimento de dúvidas. Só se fosse para dar (mais) discricionariedade ao intérprete, o que também denuncia uma postura positivista.

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a “degradação semântica” (*sic*). Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar *no próprio texto* uma “essência” que permita dizer qual seu “real significado”. É como se o texto contivesse uma “textitude”. Ou seja, “fica-se nos domínios do texto”.

Assim, se no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos.

O que outrora era creditado à lei, agora a crença deposita nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um *juiz-boca-fria-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêutico e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato.

Nesse contexto, fica evidente a importância de se compreender o conceito pós-positivista de norma e da necessidade do acesso hermenêutico para se evitar uma equivocada aplicação dos provimentos vinculantes. Essa percepção é fundamental para que se possa dar à lei e às decisões dos

10 Nesse sentido, ver: Lenio STRECK. Súmulas, vagezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? *Direitos Fundamentais & Justiça* - Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre: HS Editora, ano 2, n. 5, out./dez. 2008.

Tribunais Superiores o real poder que elas conseguem ter e nada além. Imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante

contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo.