

A fundamentação no NCPC: uma conquista democrática¹



Lenio Luiz Streck

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Há um filme que pode nos ajudar a entender a relação do novo com o velho e, sempre, o papel da linguagem, do objetivismo e do subjetivismo. Literatura e cinema parecem explicar melhor os fenômenos, principalmente no entremeio de uma crise. Aliás, crise quer dizer exatamente “quando o novo não nasce e o velho não morre”.

Estou finalizando um livro que será uma espécie de guia para entender a Crítica Hermenêutica do Direito, que criei faz alguns anos. Três juristas me entrevistaram. O juiz e professor Bianor Arruda Bezerra Neto, o mestre e doutorando em Direito Daniel Ortiz Matos e o advogado Diego Ribeiro, editor do blog *Tribuna do Jurista*. Das perguntas e respostas, sairá o livro. E um deles me perguntou

sobre a resistência de parcela da comunidade jurídica às inovações do CPC/2015. Lembro, na entrevista, da palestra que fiz no Congresso de Direito Processual Civil ocorrido em Belo Horizonte no primeiro semestre deste ano. Encerrei a palestra com a alegoria de um filme, que agora conto:

Trata-se da película *Os Deuses Devem Estar Loucos*, em que o piloto de um pequeno avião, sobrevoando uma aldeia de uma tribo “não civilizada”, descarta uma garrafa vazia de Coca-Cola. Os nativos olham para esse objeto estranho e não sabem o que fazer com ele. O primeiro problema é que há somente um objeto. E a tribo era enorme. Segundo problema: do que se trata? Afinal, não havia um *a priori compartilhado* — uso aqui o conceito que cunhei na Crítica Hermenêutica do Direito — acerca do sentido de “garrafa”. O estranhamento fez com que houvesse chutes de sentido. Mas a linguagem surge na falta, pois não? E alguns silvícolas (claro, silvícola na nos-

¹ Palestra proferida no TRF da 3ª Região, no dia 5 de outubro de 2015, por ocasião do Novo Código de Processo Civil, intitulada “Segurança jurídica e integridade e coerência da atividade decisória nos Tribunais”.

sa linguagem ocidental) usam a garrafa para ralar tubérculos, outros assopram e pensam que é um instrumento musical e outro dá o sentido de arma, porque o objeto estranho é atirado e fere um terceiro na cabeça. Depois dessas tentativas, os nativos decidem se livrar desse objeto-estranho-não linguisticizado, portanto, não compreendido. E elegem um deles — Zi — para levar o objeto e atirá-lo para fora do mundo, porque, para eles, o mundo tinha limites, era quadrado, e o tal objeto deveria ser descartado para o abismo do nada. E lá se foi o nativo, correndo para o fim do mundo. Que nunca chegou. Ele vê camadas de nuvens que cobrem/obnubilam a visão do horizonte. E lá atira o objeto-não-nominado. Que desaparece em uma espécie de “real-impossível-de-dizer”.

Moral da história que construo: o novo sempre perturba. O NCPC causa estranhamento. Há dezenas de livros apresentando interpretações das mais variadas. Uns dizem que o código é perigoso para a magistratura, havendo juízes já de malas prontas para outros países (Estados Unidos e Rodésia, ao que me foi dito por ocasião de dois congressos). Outros preparam o drible da vaca hermenêutica, despistando uma aplicação mais efetiva. O artigo 489 não é feito para o Brasil, brada-se em congressos e simpósios. Onde se viu exigir fundamentação esmiuçada?

Há os que propõem enunciados desviantes, como se os limites semânticos da nova lei nada valessem. Do mesmo modo como fizeram os nativos do filme, vão do ralador ao apito. Enfim, como se trata de uma lei, parece que os que se colocam contra o NCPC e, em especial, contrários ao dever de fundamentação, gostariam de eleger um jurista para correr até o limite do mundo e descartar o estranho objeto. Sim, esse objeto estranho, o NCPC. Quem seria o escolhido? Sua tarefa: atirar o NCPC na névoa solipsista que cobre a visão do horizonte.

Contaram-me também que um nativo-professor teve uma epifania e criou a se-

guinte tese: a de que o dever de coerência e integridade (artigo 926) é apenas uma norma programática, sem normatividade estrita. Vou poupar os senhores de declinar o autor da façanha. Genial, não? Vamos todos para Estocolmo receber o Nobel. Ou seja: o NCPC é uma lei que não deve ser obedecida. Por quê? Porque sim. E porque não “é boa”. Ah, bom. O legislador teria “se equivocado”. Já outros dizem que a retirada do livre convencimento (artigo 371) nada significa. Outra epifania epistêmica, pois não?

Ajudei a construir quatro dispositivos do NCPC: 10 (não surpresa), 371 (retirada do livre convencimento), 926 (dever de a jurisprudência ter coerência e integridade) e o 489 (fundamentação – menos o parágrafo segundo que trata da ponderação, é claro).

Aqui falarei dos seguintes: artigos 926, 927, 371 e 489. E situo a discussão a partir de minha teoria da decisão que está em dois livros meus: *Verdade e Consenso*¹ e *Jurisdição Constitucional de Decisão Jurídica*.² Nela, proponho cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão: preservar a autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional; o efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual à justificação; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.³

Assim, tentarei trabalhar os dispositivos do CPC seguindo a teoria da decisão. O primeiro deles é a obrigatoriedade de o judiciário preservar a autonomia do direito. O que é isto? É a força normativa da Constituição – ela é a arma contra decisionismos. Para isso, construí 6 hipóteses pelas quais um juiz pode

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 322.

deixar de aplicar uma lei:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichterklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de

texto ocorre uma *abdução* de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico.⁴

Fora dessas hipóteses, torna-se um direito fundamental que a regra-lei-princípio seja aplicada. Na verdade, é um dever do judiciário aplicar a lei se não estiverem contempladas algumas das hipóteses.

O segundo princípio-padrão: preservar a coerência e a integridade do direito. Pois bem; isso está em meus livros há tempos. Agora está no CPC, plasmado no artigo 926. Com efeito:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 347-348.

estável, íntegra e coerente.

§ 1º. Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Uma melhor leitura do art. 926 indica que o julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu, a não ser, é claro, que reconheça que os argumentos que construíram suas decisões anteriores estavam errados – ou simplesmente que, hoje, não fazem mais sentido. Não há compromisso com o erro. Arrependimentos institucionais fazem parte do jogo. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou “porque sim”). Isso altera, por exemplo, a fundamentação dos Embargos de Declaração. Um exemplo parafraseado de Dworkin, de seu *Império do Direito*:⁵ por algum tempo o judiciário vinha declarando que médicos, engenheiros etc eram responsáveis por danos causados por negligência, mas que os advogados eram imunes. Chega ao judiciário uma nova causa envolvendo, agora, a responsabilidade civil de causídicos. Por coerência, os advogados deveriam ficar imunes naquela causa. Afinal, é assim que as cortes vinham decidindo, inclusive a Corte Suprema. Só que, em face da *integridade do direito*, a tal imunidade feria a *igualdade*. Logo, a *coerência* deve ser quebrada pela *integridade*, passando também os advogados a responderem civilmente. Quer dizer: coerência e integridade são padrões que se combinam. Não há relação de oposição ou conflito, mas de complementaridade.

Outro exemplo, concreto, vem da ADI 2.591, em que o STF decidiu, corretamente, que o Código do Consumidor se aplicará às

instituições financeiras, acabando com significativa divergência jurisprudencial. Até seria coerente continuar a decidir pela não aplicação do CDC aos contratos bancários. Ou seja, pode-se ser “coerente no erro”. Mas não haveria integridade.

O art. 926 é potencializado pelo art. 10 em suas “garantias de influência e não surpresa” e estabelecendo um controle público do perigoso poder cautelar do juiz. A *coerência* e a *integridade* são, assim, os *vetores principiológicos* do CPC. Em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve respeitar a *coerência* e a *integridade*. Do primeiro grau a mais alta Corte do país. Nesse sentido, o próprio CPC (art. 927, V) manda que “juízes e os tribunais observarão [...] a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. O Poder Público deve ter uma só voz. E isso está diretamente relacionado com o terceiro, quarto e quinto princípios que estabeleço em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*.

O *terceiro* princípio – o controle hermenêutico da interpretação constitucional – deve ser lido como a imposição de limites às decisões judiciais, ou, em outras palavras, como o enfrentamento do problema da discricionariedade (judicial). Junto a este, temos o *quarto*, o dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação. E também o *quinto*: o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição. Por que estão juntos? Porque nos três entram os artigos 489, 371, 927 e 926 do NCPC. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

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

I – [a sentença não estará fundamentada] se [ela] se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato

5 DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

O juiz deve sempre explicar a relação de causa e efeito entre um argumento que estiver usando e a causa em jogo. Isto é para evitar que o juiz diga: conforme o artigo tal, decido assim. Ele necessitará dizer qual é a *relação dos alhos com os bugalhos da causa*.

II – [a sentença não estará fundamentada se] *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

Esse pequeno inciso garante que o juiz ou tribunal *não use conceitos “ônibus”*, nos quais caibam dezenas de sentidos; por exemplo, ele não poderá proibir a caça com base no princípio da dignidade da pessoa humana (como já aconteceu, presidenta); ele terá que sempre explicar em que sentido está usando a expressão.

III – [a sentença não estará fundamentada se] *invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

Muito justo que o Parlamento tenha dito isso. Afinal, não dá para usar os motivos da ilegalidade de um tributo, válidos em um processo, em outro processo que nem trata desse tipo de imposto.

IV – [a sentença não estará fundamentada se] *não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

Talvez seja o mais importante para evitar as surpresas e aquela coisa de “de cabeça de juiz”. Não nos perguntamos, por vezes, algo



como “de onde o tribunal tirou essa ideia? Isso nem foi alegado!”.

Na Alemanha isso é assim já há muito tempo. Até o nosso Supremo Tribunal tem decisões referindo-se a essa garantia. Falo do dever do juiz de levar em consideração os argumentos relevantes das partes, que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas, como também o de considerá-las séria e detidamente em seu artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, do CPC.

Há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência.⁶ Sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Atenção: tal concepção significa que não se pode mais acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a

6 BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör. *Archiv für Civilistische Praxis*, Tübingen, J.C.B. Mohr, n. 153, 1954, p. 403.

fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.

Para fechar: no sistema alemão, o princípio, nos termos do artigo 103, parágrafo 1º, da *Grundgesetz* (Lei Fundamental alemã) inclui não só o direito de se expressar, mas também o direito a que essas declarações sejam devidamente levadas em consideração. Julgados do Tribunal Constitucional Federal (por exemplo, *BVerfGE* 70, 288 NJW 1987, 485) localizam esse dever como decorrência do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), apontando que ele assegura às partes o direito de ver seus argumentos considerados.

Já o inciso V diz que

[a sentença não estará fundamentada] se [ela] *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*;

Todos os alunos do primeiro ano de faculdade ouvem de seu professor: “- A sentença não é um silogismo; não basta fazer dedução; isso é do século XIX”. Pois bem. Agora, com o NCPC, temos a chance de garantir que isso que dissemos aos alunos é verdade, isto é, que uma sentença ou acórdão não pode se limitar a dizer “julgo conforme a súmula tal”, sem explicar as razões que ligam o enunciado ao caso concreto em jogo.

VI - Por último, [a sentença não estará fundamentada] se [ela] *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*.

Por que é de fundamental importância esse inciso? Para garantir que exatamente o

precedente que uma parte está usando, seja utilizado pelo Juiz; e se ele não serve para decidir aquela causa, *o juiz terá que dizer porquê*. Com isto, vai diminuir consideravelmente o número de recursos no país. Já se pode saber, com elevada probabilidade, se vamos ganhar ou perder a demanda. Isso, é claro, se o artigo 489 for levado a sério.

É claro que o novo CPC ficou com problemas que não consegui e não conseguimos alterar por pressão da comunidade instrumentalista do processo civil, como, por exemplo, o pior problema: a “ponderação” no art. 489, § 2º. Foi um erro técnico do legislador. Isso porque veja-se o problema da equivocada compreensão acerca da diferença (e não cisão) entre regras e princípio: no art. 489 § 2º do novo Código de Processo Civil⁷ fala-se em *colisão entre normas*, no entanto, essa questão traz um grande problema pela simples razão de que, como já dito anteriormente, *regras e princípios são normas*. Estabelece-se, desse modo, um *risco de estado de natureza hermenêutico*, dada a indeterminação de sentidos. Isto é, o sopesamento (ponderação) é o modo que Robert Alexy encontra para resolver os conflitos jurídicos em que há *colisão de princípios* (é *colisão de princípios e não, genericamente, de normas*) sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação). Em outras palavras, no sentido posto, não é possível haver ponderação no caso de “colisão entre normas”, senão haveria a possibilidade de uma “ponderação de regras” sem limites. Assim o novo CPC, além de desconsiderar a diferença entre regra

7 “Art. 489. (...) § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

e princípio, coloca-os genericamente como “normas”, que por sua vez, serão “ponderadas” por uma vulgata da teoria de Alexy.

Mais: o próprio artigo 371 torna contraditório o art. 489, § 2º do novo CPC. Vejamos: o que diz o atual artigo 371:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Portanto, o advogado terá que ter muito cuidado, assim como o juiz, é claro. Poderão ser anuladas decisões que invoquem o livre convencimento ou que implicitamente o façam; por exemplo: rejeito os embargos porque o juiz não é obrigado a declinar. Decisões do tipo: “O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei levando em conta sua livre convicção pessoal”. Do mesmo modo, inadmissíveis de agora em diante decisões como esta: “O juiz, na linha de precedentes do STF, não está obrigado a responder a todas as questões articuladas pelas partes. As razões de meu convencimento são suficientemente claras. Rejeito os embargos”. Portanto, proibir o livre convencimento é incompatível com a ponderação. E muito mais com o art. 926 que exige coerência e integridade.

A questão da prova no processo civil envolve os dois últimos princípios que elenco em meu *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, sobre a qual não abordarei neste presente texto. No novo Código Processual, ainda estão relacionados os artigos 927 e 928. *In verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assun-

ção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
§ 1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

- I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
- II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Georges Abboud e eu comentamos esses dispositivos no livro, ainda no prelo, denominado “Comentários ao novo CPC”, pela editora Saraiva. E também comentamos sobre a questão das súmulas e dos precedentes jurisprudenciais no livro *O que é isto – os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes?* Já na terceira edição, pela Livraria do Advogado.⁸

O precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário. O CPC quando se refere a precedente faz menção a um caso julgado pelos Tribunais Superiores, tal qual explicita a seguinte passagem do art. 926, § 2º, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Esse ponto evidencia que precedente não pode ser confundido com súmula, o que está correto e faz transparecer que há uma hierarquia entre súmulas e precedentes tendo prevalência a primeira. A súmula seria, assim, uma espécie enunciação do sentido a ser aplicado pelas demais instâncias. Já o precedente limitar-se-ia aos casos concretos que possibilitaram a consolidação da súmula.

Em outra passagem, o inc. IV do art. 988 dispõe que é cabível a reclamação para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”. Essas duas passagens legais demonstram que o CPC identifica o precedente como decisão do Tribunal Superior, sem o equiparar à súmula e tampouco à jurisprudência. Obviamente que o precedente do *common law* é também uma decisão do Tribunal Superior. Contudo, ele é mais do que isso. Ele é uma espécie de depuração histórico-hermenêutica de alguma decisão de Tribunal Superior.

Sendo mais analítico:

Sistema de precedentes. Sistema de vinculação do CPC. Se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evolução histórica, fato é que o CPC elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial. Ocorre que, com a inserção do art. 926 - 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, como explicitado nestes comentários.

Quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes 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.

Importante registrar que, obviamente, precedente não é súmula, súmula não é jurisprudência e jurisprudência não é precedente. Portanto, onde está escrito no CPC jurisprudência não se pode ler precedente. Essa mera equiparação é equivocada do ponto de vista doutrinário, pela simples razão de que precedente não é jurisprudência.

Aliás, nem toda decisão de Tribunal Superior se torna precedente, razão pela qual essa compreensão é fundamental para que possamos fazer uso constitucionalmente adequado da nova legislação processual.

A aplicação do acórdão paradigma oriundo do julgamento dos processos repetitivos ou a aplicação da jurisprudência propriamente dita, em nenhuma hipótese podem ser confundidos com o sistema de precedentes do *common law*. Necessidade de aplicar e observar a jurisprudência sempre foi necessário, inclusive o

8 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

“Código Buzaid” tinha já essa previsão; ocorre que precedente e jurisprudência não se confundem e não podemos correr o risco de só o Brasil passar a admitir que esses institutos são a mesma coisa. O precedente pode ser constituído apenas a partir de uma decisão que lhe seja subjacente (*e.g.*, *Marbury vs. Madison*). Outrossim, o precedente fornece regra jurídica universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a *análise da questão fática dos casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente*.

No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma. Ou seja, sem a similaridade fática, não se consegue aplicar a jurisprudência ou acórdão oriundo de recurso repetitivo ou de IRDR. Aliás, esse é o maior risco de uma aplicação equivocada da jurisprudência e dos recursos repetitivos uma vez que no afã de assegurar celeridade corre-se o risco de se sobrestar e solucionar equivocadamente casos concretos que não guardam similaridade fática com o acórdão paradigma.

Aplicação íntegra e coerente do provimento vinculante. 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.

Provimentos vinculantes. O CPC 927 elencou um rol de provimentos vinculantes. Da forma como descrito, podemos afirmar que haveria uma hierarquia entre esses provimentos. Isso porque as decisões do STF em controle concentrado são as únicas decisões que têm o condão de *nadificar* um texto normativo. Ou seja, na nomenclatura alemã elas tem efetiva força-de-lei. Em seguida, são

elencadas as súmulas vinculantes que além de possuírem assento constitucional são proferidas pelo órgão máximo do Judiciário (STF) e seu descumprimento corresponde à violação de questão constitucional. Os demais provimentos não possuem previsão constitucional e não poderiam ter adquirido efeito vinculante via legislação ordinária sem a correspondente emenda constitucional.⁹

As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. São as decisões oriundas do julgamento de ADIn, ADC e ADPF na modalidade principal.

Os enunciados de súmula vinculante. Adquiriram efeito vinculante com a EC 45 que instituiu o art. 103-A da CF.

Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Diferentemente dos acórdãos oriundos do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante, não há previsão constitucional que confira efeito vinculante a esses provimentos. Portanto, o inc. III do art. 927 é inconstitucional, devendo, em controle difuso ou concentrado, ser expungido do ordenamento.

Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. O inciso IV do art. 927 também é inconstitucional porque transformou por via legislativa todas as súmulas do STF e do STJ em vinculantes, algo somente possível via emenda constitucional. Flagrante violação da Constituição.

A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. O inciso V estabelece que a orientação do plenário ou do órgão especial deverá vincular os demais órgãos fracionários aos

9 MAUNZ, Theodor. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987, p. 14-15.

quais estiverem vinculados. A vinculação dos órgãos fracionários ao entendimento do órgão especial/pleno assegura isonomia e integridade nas decisões dos Tribunais, uma vez que evita entendimento dissonante entre seções, câmaras ou turmas. Trata-se de questão fundamental para assegurar segurança jurídica. Mister destacar que o próprio Pleno ou Órgão Especial também estão vinculados ao próprio entendimento, sendo necessário, extenso ônus argumentativo e motivacional caso queira alterar seu entendimento. Sendo assim – consequência direta da coerência e integridade –, o STF e o STJ também estão vinculados aos seus precedentes. Na hipótese de o STJ deixar de aplicar um precedente ou qualquer outro provimento vinculante, sem a suficiente motivação para tanto, ainda que sobre questão infraconstitucional, caberá recurso extraordinário contra esse acórdão em razão de violação do princípio da isonomia, porque a essa causa não foi dado tratamento igualitário que a cadeia decisória construída sob a égide de um precedente impunha. Na hipótese de esse descumprimento ocorrer no STF, será cabível recurso adequado para tentar conduzir a questão para o Pleno ou tão somente a própria ação rescisória. Obviamente que os órgãos fracionários também estão vinculados às súmulas emanadas de seu próprio tribunal.

De todo modo, cabe uma advertência de caráter constitucional: o dispositivo deverá ter uma leitura a partir de uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição), pela simples razão de que ele somente é constitucional se a orientação do plenário ou órgão especial não se confrontarem com orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Caso contrário, o CPC corre o risco de institucionalizar uma jurisprudência vinculante que, em determinados casos, pode ser inconstitucional.

Forma de não aplicação do precedente. Distinguishing e Overruling. O juiz, no regime do *stare decisis*, possui técnicas para se afastar dos precedentes, que podem auxiliar

na complexa compreensão do “sistema de precedentes” introduzido pelo CPC. São elas: o *distinguishing* e o *overruling*. No primeiro caso, há uma afastamento em razão de peculiaridades fáticas em relação ao precedente. Há um ônus argumentativo para se demonstrar que existem particularidades do caso concreto que não permite sua solução parametrizada pelo precedente. O *overruling*, por sua vez, é a rejeição ao precedente no caso concreto em virtude do resultado desarrazoado/injusto que acarretaria. Nesse sentido, Thomas Lundmark conceitua o *distinguishing* como o nome dado à decisão do juiz que não emprega a *ratio* de um precedente vinculativo, porque há detalhes naquele precedente que se consideram não iguais com o caso perante o tribunal.¹⁰

Entretanto, no Brasil não faz sentido falar-se de *overruling* para afastar a aplicação de precedente ou dos demais provimentos vinculantes, até mesmo porque não vivenciamos um genuíno sistema de precedentes, nem mesmo após o advento do CPC. O mais adequado é falar-se em controle difuso de constitucionalidade, que é um direito fundamental do cidadão de provimentos vinculantes nas hipóteses que sua incidência culminar em uma inconstitucionalidade para o caso concreto.

Modificação de jurisprudência e proibição de decisão surpresa. O § 1º do dispositivo ora comentado introduz louvável determinação para aplicação do art. 927 do CPC, porque impõe o respeito ao contraditório para a aplicação bem como para a modificação dos provimentos vinculatórios, inclusive pelos Tribunais Superiores (STF e STJ). Com a inserção do § 1º há importante vitória da democracia isso porque ficará evidente que não apenas as instâncias inferiores do Judiciário estão obrigadas a cumprir a

¹⁰ LUNDMARK, Thomas. Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe. In: *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 167.

criteriologia e apenas estes (juízes e tribunais não superiores) estavam obrigados a seguir a jurisprudência. A questão da não vinculação dos Tribunais Superiores em grande parte é sanada pelo parágrafo comentado, porque ele explicita que o “andar de cima” está jungido a sua própria jurisprudência. E não poderá mudá-la a seu talante. Devendo para tanto, assegurar contraditório prévio, assumir todo o ônus argumentativo para explanar nas razões o porquê da modificação e a depender da hipótese fundamentar a necessária modulação de efeitos da alteração jurisprudencial.

Modificação de jurisprudência e ônus da argumentação. Em regra, as Cortes Constitucionais estão vinculadas às suas próprias decisões, contudo, essa vinculação não é inexorável perante mutações jurídicas ou de alterações fáticas significativas. Sendo assim, o STF pode afastar ou rever suas decisões, porém, para tanto ele precisará arcar com o ônus da argumentação.¹¹

Modificação da jurisprudência e modulação de efeitos. Da mesma forma que tem se admitido para fins de controle de constitucionalidade, a modulação de efeitos deve garantir a proteção da confiança e os direitos do jurisdicionado na ocasião de modificação de jurisprudência. Essa lição referente à obrigatoriedade de os Poderes Público não surpreenderem o cidadão, por modificação de atos ou entendimentos, a partir da boa-fé objetiva consiste em lição similar à aplicação da *fairness* preconizada por Dworkin. A aplicação do direito deve ser um jogo limpo.

Modulação de efeitos e interesse social. Com acerto, o CPC mencionou o interesse social e não o interesse público como parâmetro para se admitir a modulação de efeitos. A modulação de efeitos pode ser fundada em interesse social, mas não no interesse público.

Por fim, é preciso dizer que este Código é o segundo aprovado na democracia conquistada pós-1988. Temos de levar o Direito a sério. E temos de levar o novo CPC a sério. É a obrigação de todos os juristas. Temos de olhar o novo com os olhos do novo. Caso contrário, transformaremos o novo no velho. Não devemos nos comportar como os aldeões que, de tanto estranharem o objeto que lhes caiu na aldeia, resolveram se livrar do objeto perturbador. Eles disseram que, provavelmente, os deuses estavam loucos para lhes mandar esse “presente de grego”. No nosso caso, creio que já temos maturidade e pré-compreensões suficientes para bem tratar desse novo objeto: o Código de Processo Civil.

11 ABBoud, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151. E também STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 779.

Referências

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf rechliches Gehör*. Archiv für Civilistische Praxis, Tübingen, J.C.B. Mohr, n. 153, 1954.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LUNDMARK, Thomas. Soft stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe. In: *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- M A U N Z , T h e o d o r . *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. München: C. H. Beck, 1987.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.