



TRANSCENDENTALIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC: EQUÍVOCOS ACERCA DO EFEITO VINCULANTE

*Diogo Bacha e Silva**
*Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia***

Resumo

O presente artigo busca delimitar o conceito de precedente a partir do novo Código de Processo Civil. Problematisa-se a noção de que precedente é um espaço de fechamento argumentativo e, desse modo, serve como meio de resolver definitivamente os casos jurídicos. A partir do modelo precedentalista anglo-saxão verifica-se que precedente é sempre início do processo argumentativo cabendo ulteriores desenvolvimentos pelas instâncias inferiores que poderão utilizar-se da técnica da *overruling* e *distinguishing*. Assim sendo, a noção que pretende dar aos precedentes a ideia de efeito vinculante é contrária aos pressupostos conceituais da própria noção de precedente e também do Estado Democrático.

Palavras-chave

Novo Código de Processo Civil. Precedentes. Efeito vinculante.

TRANSCENDENTALIZATION OF PRECEDENTS IN THE NEW CPC: MISCONCEPTIONS ABOUT THE BINDING EFFECT

Abstract

This article seeks to define the term precedent from the new Civil Procedure Code. Previous discusses the notion is-that it is an argumentative closing space and thus serves as a means of definitely solving legal cases. From the Anglo-Saxon model precedentalista it turns out that precedent is always the beginning of the argumentative process fitting further development by the lower courts that may be used in the overruling and distinguishing technique. Therefore, the notion that you want to give the idea of binding precedent effect is contrary to the conceptual assumptions of the very notion of precedent and also the democratic state.

Keywords

New Code of Civil Procedure. Precedent. Binding effect.

* Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM, professor e coordenador do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço/MG, advogado.

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Advogado. Membro do IBDP.

1. INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações dos acadêmicos processualistas é a forma como nossa práxis jurídica passou, ao menos na última década, a aplicar precedentes. Para que possamos levar a sério os precedentes em nossa realidade jurídica, respeitando o modelo constitucional de processo, temos muito o que aprender com as lições dos sistemas jurídicos de *common law*. Um grande passo foi dado com a inserção de capítulo no CPC Projetado dedicado aos precedentes. No entanto, certamente algumas ideias pré-concebidas do próprio significado e de como podemos lidar com precedentes, tal qual, por exemplo, a concepção de que precedentes servem para fechar a argumentação jurídica e diminuir a litigiosidade, irão levantar problemas face ao modelo constitucional de processo de nossa Constituição Federal de 1988.

Nosso intuito no presente trabalho é desfazer alguns equívocos e projetar discussões, tanto na concepção geral que grassa no ideário jurídico sobre precedentes como quanto na própria regulamentação no novo CPC.

2. OS PRECEDENTES NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: HISTORICIDADE AO LONGO DO DEBATE

A teorização sobre a história nos mostra que palavras não têm conceitos positivados, definidos de modo *a priori* pelo intérprete. Apesar das palavras carregarem conteúdos, sua transformação em conceito depende de uma teorização o que demanda um tempo para acontecer. Os conceitos, no entanto, são sempre constructos diacrônicos entre os significados lexicais utilizados anteriormente, separando-se de seu contexto situacional e analisando-se durante uma longa sequência temporal. É de se advertir que a semântica do termo sofre descontinuidade, de acordo com o contexto social produzido e o próprio intérprete que o lê. Nessa medida, o conceito surge para resolver um problema apresentado a determinada comunidade e, por isso, receberá sua forma de compreensão a partir do problema apresentado, ou seja, a compreensão do conceito está pré-determinada pelo problema a que se busca resolver. É dizer, não há conceitos pré-definidos, mas usos que a linguagem pode ter e que podem ser (re)apreendidos e (re)significados por uma certa comunidade em certo momento. Ao superarmos a filosofia grega que acreditava que as palavras expressavam essências que estavam nas coisas, bem como a filosofia da consciência que deslocou tal atribuição de significados à razão solitária, e chegando à atual quadra dos giros linguístico e pragmático da linguagem, podemos compreender, então, que não há essência nem nas coisas nem nas ideias, que, aliás, não há essências, mas usos e pressupostos contrafáticos de entendimento.

Dessa sorte é que o próprio conceito de precedente não consegue escapar da advertência feita por Reinhart Koselleck. Impossível, assim, compreendermos o conceito de precedentes, ao menos em nosso ordenamento, sem que perpassa ao longo de todo o contexto em que foram formuladas. Nossa compreensão de precedente, sem dúvidas, deita suas raízes nos assentos da era colonial, abandonados com o advento da República. Mas, é, sobretudo, com a adoção de súmula da jurisprudência dominante de Victor Nunes Leal, que concebemos os contornos iniciais do que tínhamos por precedentes jurisprudenciais, haja vista que o objetivo original das Súmulas eram, nas palavras de seu idealizador, um método de trabalho, uma forma de facilitar a atividade jurisdicional, ao permitir a consulta rápida aos enunciados da jurisprudência do tribunal julgador.

As reformas processuais da década de 1990, buscando resolver, mediante modificações pontuais na legislação processual, a questão da “crise do Judiciário”, transformaram por completo a ideia de precedente em nosso sistema jurídico-processual.

No ano de 2010 uma comissão de juristas designada para elaborar um novo Código de Processo Civil apresentou o que se tornou o PL. n. 166 do Senado Federal. Em sua redação original o precedente não recebeu um tratamento sistematizado. No entanto, a partir do Livro IV — “Dos processos nos tribunais e dos meios das decisões judiciais”, Título I — “Dos processos nos tribunais”, começava-se a delimitar a compreensão do precedente na novel legislação. Logo no *caput* do artigo que inaugura o mencionado título visualiza-se o comando de que os tribunais deverão velar pela uniformização e estabilidade da jurisprudência. A forma como os tribunais velarão pela uniformidade e estabilidade da jurisprudência vem indicada nos incisos I a V, qual seja: os tribunais devem sempre editar enunciados sumulares de sua jurisprudência dominante; os órgãos fracionários dos tribunais devem seguir a orientação do plenário, da corte especial e de outros órgãos fracionários superiores; os órgãos vinculados aos tribunais devem obediência à jurisprudência do mesmo; a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve ser seguida por todos os tribunais e juízes singulares; e, por último, a modificação do entendimento da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, bem como a oriunda dos julgamentos repetitivos, pode sofrer modulação de seus efeitos temporais.

A perspectiva do que seja precedente na redação original do Anteprojeto do CPC assume relevo com os efeitos que jurisprudência e súmulas poderão ter no processo. Nessa medida, o art. 853 da redação original dispunha que o relator deveria negar seguimento ao recurso quando este estivesse em confronto súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal e, também, quando

afrontasse julgamento do STF ou de tribunal superior em julgamento de casos repetitivos. Ainda, o próprio relator poderia dar provimento ao recurso se a mesma decisão recorrida estivesse em confronto com súmula do STF, tribunal superior ou do próprio tribunal ou se a decisão se confrontasse com decisão proferida pelo STF ou tribunal superior em julgamento de caso repetitivo.

O relator do anteprojeto, Senador Valter Pereira, apresentou algumas modificações de redação ao projeto original. No art. 882 ficou consignado que “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência”. A inserção do termo em princípio teve o condão de alertar que nem sempre a segurança jurídica é alcançada pela aplicação do mesmo entendimento jurisprudencial. Principalmente em razão da complexidade de nossa sociedade, cada evento deve ser tratado como único e irrepetível e a decisão deve ser um momento não de fechamento, mas de abertura às amplas possibilidades do mundo da vida.

Também o relatório-geral do Senador Valter Pereira pouco modificou os efeitos processuais que súmulas e jurisprudências acarretam. Acrescentou, apenas, que poderia o relator negar provimento ao recurso que contrariar decisão proferida em resolução de demanda repetitiva e assunção de competência, qualquer que seja o órgão (art. 888, IV, c) ou poderia dar provimento quando a decisão recorrida contrariasse entendimento expresso em incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência (Art. 888, V, “c”).

A original inovação do Anteprojeto do CPC é, sem dúvida, o denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, regulamentado originalmente no capítulo IV do Título I do Livro IV. Tal instituto dá o contorno na forma como foi pensado o precedente para a novel codificação processual. Dizia o art. 895 que é cabível o incidente sempre que houver possibilidade de multiplicação de processos envolvendo uma problemática jurídica podendo gerar insegurança jurídica. A mera instauração do incidente já tinha o condão de sobrestar todos os processos que discutem a mesma questão (art. 899). Em que pese poder haver a participação no incidente das pessoas, órgãos e entidades que tivessem interesse na causa (art. 901), o julgamento do incidente forneceria uma “tese jurídica” que seria aplicada a todos os processos com identidade na questão de direito (art. 903). A não observância da “tese jurídica” ensejaria a interposição de reclamação (art. 906). No Relatório-geral apresentado pelo Senador Valter Pereira o Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva apenas teve sua numeração modificada, sem qualquer modificação no conteúdo.

Observe-se, pois, que os precedentes no projeto original vieram para resolver um problema quantitativo na distribuição da justiça e do questiona-

mento acerca da observância do princípio da isonomia. Se bem que a morosidade deve ser combatida, apenas o aspecto quantitativo não fará do poder jurisdicional um exercício de poder público mais democrático, assim como não se pode compreender que “isonomia” signifique nos dias atuais, mera repetição de decisões sem análise do caso concreto. Tratar um processo de forma a se submeter aos princípios constitucionais como um todo, sem selecionar previamente (uma certa compreensão) de apenas um deles, é uma exigência inafastável do “modelo constitucional de processo” próprio da Constituição de 1988. Ademais, a preocupação apenas com uma eficiência quantitativa e não qualitativa é não apenas violadora, por vezes, de exigências constitucionais, como também se mostra, outras tantas vezes, infrutífera em seu próprio desiderato. Hoje se sabe que decisões bem fundamentadas podem ser um bom mecanismo de redução da duração total de tramitação de ações.

O projeto foi enviado do Senado para a Câmara dos Deputados (PL.8.046/2010). Lá dedicou-se todo um capítulo para delimitar a noção de precedente. O capítulo XV, denominado do precedente judicial, começa com o **art. 520** estatuindo que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável e, segundo as noções do parágrafo primeiro, os tribunais devem editar enunciados sumulares de sua jurisprudência dominante, não podendo tais enunciados serem editados sem que se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§2º do art. 520). Parece-nos que o projeto do novo CPC quer nos fazer crer que precedente, jurisprudência dominante e súmulas acabam por ser tudo a mesma coisa — ou, ao menos, que funcionam todos da mesma forma. Também que a questão principal é, antes de tudo, proferir uma decisão e manter o mesmo posicionamento, conforme sobressai do art. 520.

Apesar de não conceituar claramente o que seja um precedente, o art. 521 nos fornece um roteiro seguro para extrairmos dali a compreensão de precedente no CPC Projetado. Os juízes e tribunais devem seguir as decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); devem, também, seguir os enunciados de súmula vinculante, acórdãos e precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e de recurso extraordinário e especial repetitivos (inciso II); seguirão, ainda, os enunciados de súmulas em matéria constitucional do STF e em matéria infraconstitucional do STJ e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nessa ordem (inciso III); se não houver enunciado sumular, os precedentes do plenário do STF em matéria constitucional, da Corte Especial e das Seções do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV).

Na sequência do artigo em comento, dos §§1º a 6º cuida-se de estabelecer a hipótese de *overruling* ou modificação do entendimento sedimentado e do *distinguishing*, ou seja, da não incidência do precedente quando houver

no caso novo características particulares. O *overruling* pode ser feito tanto com respeito às súmulas, vinculantes ou não, quanto com respeito às decisões dos tribunais na forma dos incisos do *caput* do art. 520. O *overruling* poderá ser realizado por motivos jurídicos, qual seja, a revogação ou modificação da própria norma que dá sustentação ao precedente, ou por motivos fáticos, sendo a alteração na situação econômica, política ou sociedade (§2º).

Em casos de revisão do entendimento firmado em assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos extraordinário e especial repetitivos, o órgão que houver firmado tal entendimento é quem será preferencialmente competente para proceder o *overruling* (§4º). Em casos de *overruling*, poderá haver a modulação dos efeitos temporais da decisão que supera entendimento superior, de tal forma a permitir uma transição tranquila entre entendimento anterior e novo entendimento (§5º). Em qualquer caso, é necessária a fundamentação adequada e específica do decisão que supera entendimento anterior, isto é, a decisão superadora deve expor as razões pelas quais se supera o entendimento anterior e, ainda, expor qual entendimento anterior está superado e qual ainda se mantém, indicando os motivos fáticos ou jurídicos para tal (§6º).

O *distinguishing*, por sua vez, ocorrerá quando o órgão julgador, diante de um caso, entender que este possui particularidades que exigem tratamento diferenciado (frente ao que foi dado no(s) caso(s) paradigma), ou, nos termos da lei, quando “se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa” (§5º do art. 521). Tal decisão de afastar a incidência de precedente deverá trazer a respectiva fundamentação (aliás, é bom lembrar, nos termos no CPC Projetado, mesmo quando o caso é de aplicação do precedente, também há necessidade de fundamentação). A redação do §5º do art. 521 é particularmente interessante, uma vez que traz uma regra geral sobre quando um juiz/ Tribunal poderá não ser seguir (isto é, proceder a um *distinguishing* quanto a) um “precedente ou jurisprudência”, aos quais em tese foi atribuída força “vinculante”. Isso pode ocorrer quando, por decisão fundamentada:

I. a comparação entre os casos passado e presente mostrar que este possui particularidades fáticas que demandam solução diferenciada;

II. a mesma comparação mostrar questão jurídica “nova”, porque não tratada no caso paradigma, o que ampliou a discussão para teses não ventiladas até então e, logo, demandam também solução diferenciada.

No primeiro caso, temos a distinção clássica, como normalmente é pensada, isto é, por mais que os casos sejam semelhantes, podem haver singularidades no atual que não podem ser desconsideradas. Voltamos aí à questão acerca de que o julgamento de um caso não pode ser feito “pinçando” do

mesmo um “tema” que seja similar/ idêntico ao de um caso precedente. Aliás, o mesmo deve ser observado na outra ponta: ao diferenciarmos “ratio decidendi” e “dicta”, mostramos que também quanto ao precedente não se pode “pinçar” uma parte qualquer do mesmo para fundar uma certa resolução do tema. No segundo caso o problema é ainda mais interessante: não é possível conceber que, por ocasião da elaboração de um precedente se tenham imaginado/debatido todas as teses possíveis sobre o tema; não apenas porque é virtualmente impossível que isso seja feito de uma só vez, mas também porque novas teses, novas formas de lidar com os mesmos temas surgem a todo tempo. Assim, há que se ter um sistema aberto à possibilidade de rediscussão da matéria sob outras bases, a partir de outras teses não avençadas à época. Isso é importante não apenas em razão do cumprimento do contraditório e ampla defesa, mas também porque possibilita o aperfeiçoamento do próprio precedente, que será enriquecido com novas perspectivas aumentando o leque de sua incidência no futuro. Vale lembrar, por fim, que a “distinção” tem uma particular importância de estudo haja vista que ocorre com mais frequência que a “superação”, ao menos em sistemas de “common law”,

Os §§7º e 8º do art. 521 são os que definem como compreender os precedentes no CPC Projetado. Diz o §7º que os efeitos (entenda-se como imposição do entendimento) decorrem dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) adotados pela maioria dos membros do colegiado. De outro lado, são apenas *obiter dicta*: os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo e também aqueles que não forem aprovados pela maioria dos membros do colegiado (§8º).

Tais dispositivos em que se extraem a própria compreensão do precedente no CPC Projetado referendam a ideia de que, para nós, precedente é uma medida com o intuito de resolver o problema quantitativo e isonômico na distribuição da justiça, como mencionado acima. Assim, não podemos pensar os precedentes a partir da necessidade de fecharmos a argumentação jurídica, de fornecer uma solução pronta e acabada para os problemas jurídicos que se defrontam os juízes e tribunais. Também por isso, questionamos a proposta do Novo CPC no sentido de que qualquer julgado, desde que emanado de um órgão jurisdicional superior, será transformado em precedente. Haveria aí, com efeito, uma possível imposição de cima para baixo de um determinado entendimento. Verifica-se que houve um trabalho muito frutífero na Câmara dos Deputados tanto no que se refere à consulta à comunidade especializada (ou não) — na medida em que, nesta Casa, o processo legislativo deu uma desacelerada face à “pressa” com que tramitou no Senado —, o que possibilitou valiosas alterações da versão então aprovada no Senado. A inserção de um Capítulo específico para os “precedentes”, se não resolve questões teóricas importantes — como, afinal, qual a diferença técnica entre precedentes e súmulas ou qual o sentido em ainda se falar em súmulas vinculantes,

considerando o que o Projeto coloca como sendo precedentes de observância *obrigatória* —, ainda precisa de maiores amadurecimentos, que poderão advir da doutrina e praxis judicial do mesmo.

Contudo, a inserção do “distinguishing” e do “overruling” não apenas no art. 521, mas em praticamente todas as passagens nas quais o CPC Projetado faz referência ao uso de precedentes (e outras técnicas de se lidar com a litigância repetitiva, como a repercussão geral etc.), somado ao reforço dado na Câmara ao contraditório substancial [...] como participação (art. 10) e à necessidade de se conceber a fundamentação das decisões como resposta à todas as questões postas pelas partes, incluindo aí que o uso ou desuso de algum precedente terá de ser fundamentado face as características do caso (art. 499), tornam a versão aprovada na Casa revisora dotada de um respeito maior ao que é um sistema de precedentes, mas, mais do que isso, um documento constitucionalmente adequado ao que se espera do processo no Estado Democrático de Direito.

3. A TENTATIVA DE SE DELIMITAR PRECEDENTE A PARTIR DO CPC PROJETADO

Ao retornar ao Senado Federal, a Casa Iniciadora retirou o capítulo destinado aos precedentes no Código de Processo Civil projetado e manteve, em regra geral, a disciplina inicial. Contudo, manteremos a redação do capítulo destinado aos precedentes já que toda a discussão será pautada na ideia que se formou a partir dele com os textos das jornadas

A promulgação do novo Código de Processo Civil pela Lei 13.105 em 16 de Março de 2015 faz com que a dogmática precise enfrentar os precedentes sob a luz do novo diploma processual.

A par da discussão oficial do projeto de novo CPC ocorrido nas instâncias políticas, a academia busca, desde já, compreender as principais inovações processuais e a problemática advinda da aplicação de alguns institutos. A regulamentação dos precedentes levanta alguns questionamentos, seja pelo fato de que não estamos acostumados a aplicar e a pensar com precedentes, seja porque a positivação do que sejam precedentes vai de encontro à ideia de precedentes do *common law*.

Entre os dias 8 e 9 de Novembro de 2013, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sob a presidência de Teresa Arruda Alvim Wambier, promoveu o II encontro de jovens processualistas destinado a debater o projeto do novo CPC. Divididos em 13 temas, cada grupo de trabalho buscou debater e apresentar enunciados aprovados em cada grupo por unanimidade e que, submetidos ao plenário, também foram aprovados por unanimidade. A temática dos precedentes ficou por conta do grupo de número 12 sob a presidência de Dierle Nunes. Ao todo 105 (cento e cinco) enunciados

foram aprovados pela plenária ocorrida no dia 09 de Novembro buscando dirimir as dúvidas que surgirão dos dispositivos do CPC Projetado. Dentre os enunciados, dois referem-se à temática dos precedentes.

O enunciado de número 2, procurando conciliar a ideia de precedente com as garantias constitucionais do processo diz que: “Art. 10; Art. 521. Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Apesar do princípio do contraditório decorrer logicamente da própria ideia de processo, é salutar a orientação emanada do enunciado de número 2 da Carta de Salvador/BA. A decisão judicial ou o precedente formado não é fruto do decido conforme a consciência do julgador. O princípio do contraditório prega que a decisão deve ser fruto de uma participação dos sujeitos envolvidos.

Nessa esteira, o contraditório — principalmente para a formação do precedente — não pode ser visto em sua perspectiva formal. O contraditório deve ser visto como possibilidade das partes influenciarem a decisão judicial. Como defendem Dierle Nunes e Humberto Theodoro Júnior. Dessa forma, um precedente nada mais é do que o resultado dos debates entre os atores processuais e assim deve ser aplicado na práxis processual. A um só tempo, evitamos decisões judiciais solipsistas que não são legítimas em nosso modelo constitucional de processo e também evitamos precedentes formados como imposição de órgão superior. De igual sorte, tomando-se nesses termos o contraditório na formação do provimento, a utilização do precedente num novo caso também apenas pode se dar como resultado da participação dos sujeitos em discutir a pertinência do mesmo ao caso. Viola os dispositivos acerca do contraditório e da fundamentação das decisões a prática existente entre nós de “fundamentar” decisões citando-se isoladamente uma Súmula.

Ora, se a mera citação de lei não é capaz de cumprir a exigência constitucional de fundamentação, a mera citação de Súmula ou de precedente também não é. Para se considerar justificada uma decisão o julgador terá de mostrar como as circunstâncias fáticas do caso se ajustam à Súmula/precedente e, para isso, não é possível continuar-se a práxis desenvolvida no Brasil de uso de Súmula desvinculada dos casos que lhe deram origem. Uma Súmula é o extrato de um entendimento reiterado em vários casos; contudo, ela é apenas isso: o extrato de um entendimento, a ponta do *iceberg*, por assim dizer. Não é uma norma geral e abstrata, independente e autônoma, mas o resultado de um grupo de casos. Assim como a aplicação de um precedente, em países de *common law*, apenas é possível com a comparação entre as razões de fato e de direito entre os casos passado e presente, de igual modo a aplicação de uma Súmula deve guardar relação com os casos que lhe deram origem.

Não por outra razão o novo Código de Processo Civil no art. 489, §1º, IV bem aduz que não é considerada fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar como o precedente ou a súmula se amolda ao caso debatido.

O outro enunciado da Carta de Salvador referente à interpretação das normas relacionadas ao precedente é o de número 54. Tal enunciado diz que “Art. 521, § 6º. Pelos pressupostos do § 6º do art. 521, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”. A questão dos efeitos temporais do *overruling* é colocada nesse enunciado. Explícita o enunciado que, regra geral, o *overruling* tem eficácia prospectiva, isto é, a modificação de entendimento sedimentado somente poderá produzir efeitos a partir da decisão modificadora para os casos surgidos a partir de então. Entrementes, naquele caso concreto em que foi realizado o *overruling*, a modificação poderá ter efeitos retroativos ou em outro momento que entender pertinente a decisão proferida no processo. Essas foram as impressões iniciais dos precedentes no CPC Projetado.

De uma certa forma, o Código de Processo Civil de 2015 manteve a regra de que a mudança de entendimento em jurisprudência dominante terá efeitos *ex nunc*. Entretanto, em caso de alteração em virtude do interesse social ou de segurança jurídica, poderá haver modulação dos efeitos para *ex tunc*, a teor do art. 927, §3º do novo CPC.

No ano de 2014, ocorreu mais um encontro de jovens processualistas dessa vez no Rio de Janeiro. Dessa feita, no grupo presidido por Alexandre Freire, aprovaram-se o total de 12 (doze) enunciados relativos aos precedentes. O primeiro enunciado refere-se à possibilidade da utilização de reclamação em decisão de afetação de recursos extraordinário e especial repetitivos na oportunidade em que o relator definir a questão de direito com a presença de multiplicidade de processos com questão idêntica e sobrestar todos os processos pendentes, individuais e coletivos, em tramitação no território nacional (1. Enunciado: *cabera reclamação da decisão proferida nos julgamentos dos incisos I e II e do § 13 , do art. 1050*). A utilização da reclamação terá por objetivo a realização da distinção entre a questão de direito a ser submetida a julgamento de recurso repetitivo e o caso concreto sobrestado.

O segundo enunciado tem a seguinte redação: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. Conforme iremos tratar, tal enunciado é um equívoco que põe em xeque a própria a separação de poderes.

Logo no terceiro enunciado aduz-se que “em conformidade com o *caput* do art. 520, a interpretação do texto das súmulas deve ser realizada em conjunto com os precedentes que a formaram e com os que aplicaram posteriormente”. Como já defendemos, a súmula não pode ser tida como um texto que fecha a argumentação. É que sabemos, desde Gadamer, que vivemos em uma situação de variabilidade hermenêutica. A compreensão, interpretação e aplicação de uma norma ou texto só são possíveis diante do caso concreto. Por mais que a súmula queira pré-condicionar a interpretação da norma, é a partir dos casos, anteriores e posteriores, que a mesma ganhará sentido. Ademais, há aqui e no CPC Projetado, um avanço muito grande ao se estabelecer que o uso de uma Súmula deve estar atrelado aos casos que lhe deram origem, como dito acima. O novo CPC incorpora tal ideia no §2º do art. 926 ao aduzir que “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O enunciado de número 4 (quatro) preconiza que a operação de *distinguishing* pode ser realizada por qualquer juiz, independentemente da origem do precedente invocado (4. Enunciado: *a realização da distinção compete a qualquer magistrado, independentemente da origem do precedente invocado (art. 521, §5º)*). Ora, se a própria Constituição Federal admite que qualquer juiz ou tribunal possa afastar a aplicação da lei exercendo o controle difuso de constitucionalidade, o que não dizer de um precedente? Conceber qualquer alternativa diferente disso seria estranha à nossa tradição de “juízes constitucionais”, que poderiam, então, deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional, mas não um precedente, o que não faria sentido. O Enunciado também contribui para que não haja dúvida sobre a possibilidade real, fática e incontornável da variabilidade hermenêutica e, mais importante que isso, de que juízes decidem casos e não “temas”, logo, se os precedentes podem auxiliar é no fornecimento de mais razões de decidir e não na definição do julgamento. Diante de um precedente, temos um “*principium*”, não o “*fim*” da argumentação.

Ora, em que pese o art. 927 definir que os juízes e tribunais observarão a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados; é bem verdade que, nos termos do art. 489, §1º, inc. VI, o novo Código de Processo Civil possibilita que qualquer juiz ou tribunal possa fazer a distinção entre o texto de enunciado de súmula ou precedente que se pretende aplicável e o caso discutido.

No enunciado de número 5 (cinco), a propósito de interpretar quais os efeitos dos precedentes, o entendimento é de que “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 521 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos (art. 521 caput)”. No entanto, não se diz o que significa vincular. Os enunciados deixam a entender que vincular, se interpretada com coerência, seria impor os fundamentos determinantes (enunciado de número 2). Com a devida vênia, não se pode, ao menos em um Estado Democrático, pretender a imposição da fundamentação dos julgados.

Em continuação, o enunciado de número 6 (seis) apenas estabelece que é possível a superação do precedente também por erro na aplicação da norma, hipótese em que o tribunal que formou o precedente se equivocou na aplicação da norma ao caso concreto ou, ainda, a interpretou, diante do caso, equivocadamente. O enunciado de número 7 apenas trata de estabelecer a necessidade de fundamentação da decisão que não admite a participação de pessoas, órgãos ou entidades ou audiências públicas para formação do precedente.

No enunciado 8 diz-se que a fundamentação jurídica que puder resolver, sozinha, a questão sob apreciação do poder judiciário é considerada *ratio decidendi* (8. Enunciado: *todos os fundamentos capazes de individualmente resolver a questão jurídica induzem os efeitos do §3º do art. 521*). Após, o enunciado de número 9 diz respeito às sentenças de improcedência liminar. Quando a sentença de improcedência liminar do pedido for baseada em súmula do STF ou STJ, deve-se considerar que apenas a súmula em matéria constitucional do STF é capaz de permitir o julgador o julgamento de improcedência e a apenas a súmula com respeito à matéria infraconstitucional do STJ é quem permite o julgamento de improcedência.

Por fim, os enunciados de número 10, 11 e 12 tocam na própria conceituação do que seja precedente. O de número 10 diz que precedente só é formado a partir das questões submetidas à apreciação judicial, evitando a possibilidade de formação de precedentes-surpresa, isto é, que o precedente seja formado a partir das discussões a que as partes não puderam debater. Está relacionado com o próprio enunciado de número 2 de Salvador, acima citado. O enunciado de número 11 disciplina que “a decisão que aplica precedentes com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória” — como forma de possibilitar que o juiz, apesar de aplicar um precedente/súmula, também argumente em contrário a estes em sua decisão, o que pode contribuir para o sucumbente em seu recurso. O último enunciado aprovado no encontro do Rio de Janeiro diz que os próprios tribunais devem seguir seus precedentes.

Os Enunciados aprovados, ainda que com alguns equívocos (supra e infra), mostram um amadurecimento da doutrina acerca do que são e qual o papel dos precedentes no processo.

4. TRANSCENDENTALIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC?

Não obstante os ganhos que a regulamentação de jurisprudência e precedente destinado aos precedentes no novo CPC pode produzir na dogmática jurídica nacional, na verdade o que permitirá avaliar a qualidade da obra legislativa no que toca aos precedentes é, de outro modo, a forma como esta os compreende. Por isso é que os debates acadêmicos, tais como os realizados pelo IBDP e acima citados, muito contribuirão para a forma de aplicação dos precedentes quando da vigência do novo CPC.

Desde já, alertamos que qualquer tentativa de configurar nosso sistema processual como se estivesse caminhando rumo ao *common law*, apenas porque adotamos súmulas, vinculantes ou não, filtros recursais e jurisprudência dominante, desconsidera as matizes históricas, metodológicas e filosóficas de nosso sistema processual e também toda a construção do pensamento jurídico nacional.

O novo CPC estabelece, em seu art. 489, §1º, inc. V, *a contrario sensu*, que a observância dos precedentes deve ser feita a partir dos fundamentos determinantes. Sem embargo da diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* constituir em um importante papel no estudo analítico de uma teoria dos precedentes judiciais, é deveras relevante lembrarmos que não se pode reduzir toda a discussão jurídica de um caso concreto a apenas uma fundamenta jurídica, sob pena de empobrecermos o discurso jurídico. Ademais, há julgados com várias razões de decidir.

Uma pergunta, então, logo vem à tona: quem é que definirá o fundamento determinante de um precedente? Ao que tudo indica, nossos legisladores desconsideraram o fato de que a *ratio* de um precedente — ao menos assim é no *common law* — é definida no **processo argumentativo dos casos concretos posteriores** em que se discute a possível aplicação ou não do precedente, operando a chamada força gravitacional dos precedentes. Para nós, quem define o que é determinante ou não é o próprio órgão jurisdicional formador do precedente. Tal regramento do novo CPC pode ser explicado pelo fato de que, de maneira um tanto quanto singular e não encontrável em qualquer outro sistema jurídico, acredita-se por aqui que o Poder Judiciário produz teses jurídicas (*supra*) e não julgam os conflitos surgidos.

Sob este pano de fundo, não é de se estranhar que surjam interpretações tais como a do enunciado de número 2 aprovado no grupo de precedentes do encontro no Rio de Janeiro com a seguinte redação: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”. O enunciado repristina uma teoria que encontra, atualmente,

acirrada oposição no âmbito do próprio STF, qual seja, a de que os demais juízes e tribunais e a Administração Pública são vinculados, em ações de controle concentrado, aos fundamentos jurídicos que determinaram a decisão do Supremo em determinado sentido. Isto é, são os próprios fundamentos jurídicos que determinaram a decisão que deverão ser obedecidos pelos demais juízes e tribunais.

Tal entendimento é tributário de uma equivocada percepção do que seja efeito vinculante, instituto presente entre nós desde a EC. 3/93. A partir de Gilmar Mendes, e do acolhimento de tal tese em alguns julgados no âmbito do STF, passou-se a admitir com naturalidade que efeito vinculante significaria, portanto, que haveria um incremento objetivo nas decisões proferidas em controle concentrado, já que efeitos *erga omnes* significaria a extensão subjetiva do julgado, só restaria à extensão objetiva com o efeito vinculante, a partir do ensinamento de autores tedescos.

Essa ideia, abraçada expressamente no III Encontro do Rio de Janeiro não pode ser sustentada em um Estado Democrático de Direito. É que, conforme nos ensinam Klaus Günther e Jürgen Habermas, a função jurisdicional deve ser realizada pela aplicação das normas válidas *prima facie*. Todas as circunstâncias e dados relevantes do caso concreto devem ser somados na reconstrução do caso, sob apreciação, para que se ache a norma concretamente aplicável à espécie.

Decisões judiciais que carecem da reconstrução jurídica à luz de todas as circunstâncias fáticas que o caso concreto oferece não encontram legitimidade sob o pálio do Estado Democrático de Direito. É que, de certa forma, a separação de poderes, como forma nuclear do constitucionalismo, implica a adoção da institucionalização de argumentação distinta para cada função. Assim, cabe ao Poder Judiciário a utilização de discursos de aplicação em sua função judicativa e não de justificação ou fundamentação.

A ideia de que os motivos ou a fundamentação da decisão judicial transcenderia o caso em que foi pensado para abranger casos futuros, ainda que análogos, acaba por não ser um discurso de aplicação e levanta grave problemática quanto à sua legitimidade no modelo de Estado albergado pela Constituição de 1988. Ora, uma interpretação não pode ser realizada sem se considerar as circunstâncias de cada caso. A imposição do entendimento jurídico de um caso para outro, simplesmente solapa o modelo constitucional de processo (supra), é dizer, o que o novo CPC inova a respeito do contraditório (art. 10) e da fundamentação da decisão (art. 499), ficaria prejudicado se o juiz, ao invés de se formar seu entendimento a partir do caso, o tivesse pelas razões dadas noutro caso.

Tem-se, assim, que a proposta enunciada na Carta do Rio de Janeiro de que os motivos determinantes é o que vincula nas decisões em controle

de constitucionalidade concentrado não encontra guarida em nosso Estado Democrático e deve, por isso, ser desconsiderada. A interpretação que fazemos do novo Código de Processo Civil deve ser consentânea às teorias jurídicas

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme delimitamos ao longo do texto, a proposta de regulamentação dos precedentes no CPC constitui em grande avanço. A comunidade jurídica não pode, todavia, bloquear o avanço conquistado em nível legislativo com ideias oblíquas sobre o próprio conceito de precedente. Nessa medida, reiteramos que precedente jamais pode ser concebido como um ponto final na discussão em juízo. As circunstâncias fáticas do caso analisado que determinam a produção do precedente são imprescindíveis e não se pode jamais esquecer que o precedente é formulado exatamente em função de tais circunstâncias. Logo, pois, para ser utilizado na solução de um caso novo, imprescindível a exaustiva correlação feita entre as circunstâncias e argumentos de um e outro casos para que o antigo possa ter *razões a ajudar* na solução do novo.

Nessa medida, medidas tais como a transcendência dos motivos determinantes não podem ser aceitas em um sistema processual que quer levar a sério seus precedentes, exatamente na medida em que considera a ideia de que com precedente pode-se acabar com a discussão jurídica, além de vulnerar as grandes inovações representadas pela renovação das ideias de contraditório e de fundamentação das decisões, que precisam presidir o uso de Súmulas e precedentes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE SILVA, Celso. **Do efeito vinculante: sua legitimação e sua aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

_____. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de (orgs.). **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-37.

_____. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 366-369.

_____. Peter Häberle e a Lei 9.868/99 Abertura ou Fechamento? Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Concentrado de Constitucionalidade. **LEX**, 2007 Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/120407.pdf>>.

_____. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ - Conflito entre Interesses Público e Privado**. Curitiba: Jurua, 2009.

_____; NUNES, Dierle. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. **Revista dos Tribunais**, v. 882, p. 45-60, abril de 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a incerteza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Trad. Jafferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I — traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso.** Trad. Manuel Jimenez Redondo. 6ª ed. Madri: Trotta, 2010.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos.** Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos.** Trad. Wilma Patrícia Maas. Rio de Janeiro: Ed. Puc-Rio, 2006.

_____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão.** São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 27, jun. 2005.

NUNES, Dierle **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: Jus Podium, 2007, v. 1.

_____; BAHIA, Alexandre. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 2.

_____; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: WAMBIER, Tereza A. A. (org.). **Direito Jurisprudencial.** Vol. II. SP: RT, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: Felipe Daniel Amorim Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RE, Edward D. Stare Decisis. **Revista Forense**, v. 327.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: WAMBIER, Tereza A. A. (org.). **Direito Jurisprudencial**. Vol. II. SP: RT, 2014 (no prelo).

_____. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo STF**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre . Como os Juízes Decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, v. 59, p. 61-88, dezembro 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso - Decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Ano XXV, n. 28, jan./jun. 2009, p. 177-206.

* Recebido em 15 jun. 2015.