

## Novo CPC: entre anarquia interpretativa, coerência e precedentes<sup>1</sup>

---

*Dierle Nunes é advogado, doutor em Direito Processual, professor adjunto na PUC Minas e na UFMG e sócio do escritório Camara, Rodrigues, Oliveira & Nunes Advocacia (CRON Advocacia). Membro da Comissão de Juristas que assessorou na elaboração do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados.*

*Lúcio Delfino é advogado, doutor em Direito (PUC-SP) e pós-doutorando em Direito (Unisinos).*

Recente pesquisa promovida pela UFMG e subsidiada pelo CNJ[1] intitulada “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário” constatou vários problemas na aplicação das atuais técnicas de causa piloto envolvendo os recursos extraordinários, dentre eles, a superficialidade de formação de julgados para as decisões mistas:

*[...] Em determinados casos a matéria debatida é, além de complexa, de grande extensão, abordando pretensões e questões normativas que são objeto de impugnação pelo Recurso Especial e outras questões que não são. Nesses casos, o sobrestamento ocorre in totum, sem separação de quais matérias serão analisadas posteriormente. O problema dessa hipótese surge, posteriormente, quando do rejuízo, uma vez que em alguns casos os pedidos ficam sem análise, pois a retratação envolve somente a adequação do entendimento do Tribunal ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça; ou, ainda, são julgados, o que faz com o que o acórdão aborde tanto pretensões que foram objeto da técnica de Recursos Repetitivos quanto pretensões que restaram sem apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Nesse último caso, em relação à pretensão que não tinha sido apreciada, caberia Recurso Especial, enquanto que em relação à pretensão sob a qual foi aplicada a técnica do art. 543-C não caberia outro Recurso Especial, mas somente Agravo Interno, o que gera um embaraço procedimental recursal.*

Este é só um primeiro problema a ser explorado em face da percepção do reforço do uso de precedentes no sistema brasileiro e das tendências de seu dimensionamento no Novo CPC.

Tais tendências tornam imperativa a análise dos problemas recorrentes no uso do direito jurisprudencial, com o fim de se buscar sua mitigação ou supressão. Aspectos que a reforma legislativa não resolverá.

---

<sup>1</sup> Publicado em: <<http://justificando.com/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-e-precedentes/>>.

Pontue-se que a nova lei não mudará, como os românticos acreditam, o quadro 'catastrófico' que a justiça brasileira está imersa. Ela representará um capítulo relevante deste enredo, sem poder olvidar os demais que envolvem desde a interpretação adequada, promovida pela doutrina[2] e tribunais, passando pela mudança do gerenciamento e infra-estrutura do sistema jurisdicional e o ataque às causas de uma litigiosidade tão plúrima e complexa, como é a brasileira da atualidade.

No entanto, no atual quadro é mais do que necessário se pensar no Direito Jurisprudencial em conformidade com o *Mootness principle*.

Como já explicamos em outra oportunidade (em ótima companhia)[3] "o denominado *Mootness Principle*, ou **princípio da vinculação ao debate**, que estabelece que os tribunais não podem discursar abstratamente sobre regras jurídicas hipotéticas, mas apenas estabelecer as regras que derivam especificamente da análise de cada caso concreto. Esse princípio implica uma especificação do âmbito do debate, a fim de permitir uma consideração de todas as particularidades e circunstâncias individualizadoras do caso concreto. Ele implica, também, que a decisão acerca de quais casos hão de ser regulados pelo precedente não é definitiva, já que é o tribunal futuro que deve decidir, no caso semelhante, mais ainda não expressamente regulado, sobre se o precedente judicial deve ser "estendido", pela técnica da analogia, ou "diferenciado", pela técnica do *distinguishing*. Ambas as operações constituem, portanto, uma argumentação em que se busca verificar qual deve ser a "regra do caso", por meio de uma ponderação de princípios. A ideia reguladora do processo de aplicação de precedentes é, como explica MacCormick, a exigência de *coerência*: "a característica geral da argumentação jurídica em que se baseia esta busca pelos princípios subjacentes [à *ratio decidendi*] me parece ser uma ... exigência ideal de coerência – ou seja, coerência normativa em sentido geral – em um sistema jurídico". Essa coerência, no entanto, só pode ser obtida por meio de uma argumentação pautada por um elemento de "princípio", o qual constitui a razão justificadora da analogia que o intérprete pretende estabelecer entre os casos que estão sendo comparados. A argumentação por analogia, portanto, "é em si uma forma de argumentação por princípios". A decisão de aplicar cada precedente a um novo caso concreto é, portanto, presidida e informada por uma argumentação fundada em princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias (*disanalogies*). É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente, em si mesma, implica um engessamento ou uma paralisia do processo argumentativo, pois o precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de um processo de argumentação por princípios."

Apesar de se tornar cada vez mais corriqueira a busca de estabilidade e vinculatividade mediante técnicas de padronização decisória (causa piloto) para se dimensionar a litigiosidade repetitiva que assola nosso país,[4] devemos nos preocupar com os modos como o direito jurisprudencial vem sendo aplicado.[5]

Dentro deste complexo quadro, um problema recorrente entre nós são as frequentes “brigas” de poder entre órgãos do poder judiciário.

A interlocução entre juízes no curso de um mesmo processo seria uma virtude de nosso sistema, mas esta não traz a permissão de uma anarquia interpretativa, que permitiria cada juiz aplicar entendimentos subjetivos, sem coerência e integridade,[6] que não auxiliarão em nada na busca de estabilidade decisória (não engessamento) que se busca.

Não podemos permitir que o afastamento do precedente (*departure*) continue sendo a regra, sob pena de aumento da litigância, necessidade de mais juízes e mais advogados e de ineficácia do sistema.[7]

O fenômeno de juízes desprezarem o(s) fundamento(s) determinante(s) (*ratio decidendi*) de um precedente, por evidente insurgência pessoal, sem integridade e coerência, como se estivessem num marco zero interpretativo,[8] em todas as instâncias,[9] vem se tornando uma praga sistêmica, que impede maior respeitabilidade do direito jurisprudencial em nosso país.[10]

Ademais, não se percebe a necessária utilização da “**técnica decisória da ressalva de entendimento**” (*disapprove precedent*) num sistema que pretende levar a sério o uso do direito jurisprudencial.

Isto porque a adoção de uma interpretação dinâmica do contraditório dinâmico (art. 5, LV, CRFB/88),[11] fortalecida no CPC Projetado como premissa interpretativa de todo seu sistema participativo/cooperativo[12] (art 7º e 10), exige que seus institutos (todos) permitam a indução de um perfil dialógico entre todos os sujeitos processuais.

O que não se percebe é que na medida que se busca delinear uma adoção adequada dos precedentes no Brasil, quando se pretende viabilizar a estabilidade decisória legítima, com o respeito adequado aos enunciados de súmula, jurisprudência e precedentes dos Tribunais (prioritariamente Superiores), faz-se mister pensar na possibilidade dos juízes de primeiro e segundo grau tornarem-se interlocutores importantes para os Tribunais Superiores no sentido de permitir um constante aprimoramento do direito.

Como lembra Carvalho e Tavares, “a técnica não é voltada especificamente para a primeira instância, ressalte-se, antes, constitui método de decisão estratégica no sistema de precedentes. Tem aptidão, assim, para influir concretamente na reformulação de entendimentos sem interferir negativamente na segurança jurídica e na expectativa das partes.”[13]

Tal se justifica pelo fato de que Novo CPC estabelecerá a necessidade dos juízes seguirem os entendimentos dos Tribunais Superiores, mas sem que tal aplicação possa se dar de modo mecânico e com impedimento de que o juízo prolator da decisão promova a possibilidade de melhoria do sistema, sob pena de

reduzi-lo a um autômato.

Ao ser o juiz um dos sujeitos do contraditório moderno e participativo,[14] ele também deve poder auxiliar na formação dos precedentes, seja concordando com sua aplicação, seja distinguindo e superando (quando possível), seja apresentando contrapontos (*ressalva*) para que o Tribunal leve em consideração novos argumentos, mesmo que seja instado a aplicar o padrão decisório das Cortes Superiores.

Ao se partir deste pressuposto, por exemplo, caso o órgão jurisdicional constate a existência de fundamento novo, não levado em consideração na formação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, aplicará o atual entendimento e explicitará as razões que determinariam novo entendimento, a *ressalva de entendimento*.

Nestes termos, seria possível, mediante esta modalidade de contraditório judicial, entre os órgãos do poder judiciário, viabilizar e fomentar a superação (*overruling*) e promover a manutenção do debate e da independência interna na magistratura. Os juízes, apesar de serem compelidos a seguir o entendimento dos tribunais, poderão continuar a exercer a reflexão sobre o acerto ou erro da jurisprudência, inclusive promovendo a provocação de um debate de aprimoramento (constante) do ordenamento jurídico.

Como informa Bustamante ao comentar o sistema inglês, a necessidade de respeito ao precedente não induz o juiz ou tribunal à impossibilidade do mesmo dialogar com a corte que formou o precedente:

“Fora da House of Lords, aliás, a prática de rever os próprios precedentes é ainda considerada expressamente proibida, de sorte que, se uma corte inglesa de apelação tiver posicionamento contrário ao seu próprio precedente, deve, ao invés de revê-lo, conceder *leave to appeal* e remeter o processo para a corte superior. Esse é, com efeito, o entendimento reiterado por Lord Bingham em um caso de discrepância entre os tribunais ingleses acerca da aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos: “Como Lord Hailsham observou, ‘em questões jurídicas, um certo grau de certeza é ao menos tão valioso quanto uma parte de justiça ou perfeição’. Esse grau de certeza é mais bem alcançado ao se aderir, mesmo no contexto convencional, a nossas regras sobre precedentes judiciais. Será com certeza ônus dos juízes revisar os argumentos convencionais dirigidos a eles, e se eles considerarem um precedente vinculante inconsistente, ou possivelmente inconsistente, com as *authorities* de Strasbourg, eles podem expressar suas opiniões e dar trânsito à apelação [*leave to appeal*], como a Court of Appeal fez aqui. *Leap-frog appeals* podem ser apropriados. Nesse sentido, na minha opinião, eles se desincumbem de seu dever estabelecido pelo Act de 1998. Mas eles devem seguir o precedente vinculante, como também fez a Court of Appeal nesse caso”.[15]

Ou seja, na opinião do Lord Bingham, que talvez seja um dos mais influentes juízes ingleses nos últimos 50 anos, nos casos em que a Corte de Apelação divergir

da Suprema Corte (principalmente em questões que se refiram à aplicação da lei ou da Convenção Europeia de Direitos Humanos) ela tem a obrigação de revisar e considerar os argumentos das partes, mas deve se ater à regra do precedente. Deve, também, se estiver convencida da pertinência do argumento, ela própria conceder o *Leave to Appeal* (que normalmente é dado pela Suprema Corte).

Esta possibilidade de diálogo entre juízes é uma das grandes virtudes dos países que usam precedentes com força gravitacional há bem mais tempo que nós.

Em adaptação a tal situação do *common law*, seria cabível aos juízes, entre nós, a aplicação do precedente com a ressalva de entendimento na fundamentação.

Em face disso, no III Fórum de Processualistas Cíveis do Rio de Janeiro de 25 a 27 de abril, se editou o enunciado 168 de seguinte teor: "(art. 521, § 1º) A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória. (Grupo: Precedentes)", ou seja, sem que caibam embargos declaratórios na hipótese em que o juiz apresentar seu entendimento dissonante acerca do caso para 'conversar' com a corte superior.

Deste modo, o magistrado não se portará de modo decisionista e com subjetivismo, mas poderá ressaltar seu entendimento dissonante acerca do modo como o Tribunal Superior vem tratando a matéria.

No entanto, ainda é muito comum os juízes desconhecerem esta técnica de julgamento e proferirem decisões embasadas em entendimentos pessoais e subjetivos (sem *distinguishing* ou *overruling*), que certamente desafiarão recursos com grande chance de êxito.

De tudo aqui narrado, percebemos que os problemas da aplicação do direito jurisprudencial no Brasil, ainda desafiam mudanças relevantes no modo como tratamos e aplicamos os julgados dos Tribunais.

Apesar do novo CPC trazer inovações da maior relevância para o trato da temática, ainda necessitaremos mudar de modo consistente práticas recorrentes que impedem a tão almejada estabilidade decisória legítima, na qual a coerência e a integridade se tornem pressupostos decisivos no uso do direito jurisprudencial.

Sabemos que o Judiciário acaba servindo a dois senhores, ora em sentido contramajoritário em prol de direitos fundamentais, ora como espaço de manutenção de ideais hegemônicos dos grupos dominantes (ativismo judicial seletivo).[16]

Assim, os precedentes e os Tribunais de precedentes precisam inclusive ser analisados com base neste pressuposto teórico e na ressalva emblemática, de Laura Nader, que as elites se esforçarão para restringir o acesso aos Tribunais quando eles se tornarem uma arena para a efetiva mudança social. [17]

[1] *Pesquisa Judiciária intitulada "A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário", financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), administrada pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (FUNDEP/UFMG), e concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a coordenação do Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Contrato de n. 17/2013) com participação dos Profs. Drs. Dierle Nunes, Misabel Derzi entre inúmeros outros pesquisadores. O relatório final da pesquisa se encontra em fase de redação.*

[2] NUNES, Dierle et al. *Doutrina não tem contribuído como deveria na aplicação do Direito.* Acessível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-30/doutrina-nao-contribuido-deveria-aplicacao-direito>

[3] DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas, NUNES, Dierle, NAVARRO, Ana. *O novo regime dos Recursos Extraordinários e a responsabilidade política dos tribunais: um problema em aberto para o legislador.* *Revista de Processo.* (No prelo)

[4] *Pontue-se que defendo, há bons anos no Brasil, que somente é possível resolver o problema da quantidade de processos ajuizados com o trato das causas das litigiosidades eis que o sistema processual, no mais das vezes, lida somente com suas consequências.*

[5] THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.* *Revista de Processo*, vol. 189, novembro 2010; NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória.* *Revista de Processo*, vol. 199, setembro 2011.

[6] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[7] SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. *Departures from precedent. In Interpreting precedents: a comparative study.* Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997. p. 519-520.

[8] Cf. STRECK, Lenio. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil.* Acessível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>

[9] *Vide recentes decisões do STF: BAHIA, Alexandre Melo Franco. BACHA, Diogo; IOTTI, Paulo. STF viola igualdade com decisões diferentes sobre renúncia.* <http://www.conjur.com.br/2014-mai-13/stf-viola-igualdade-decisoes-diferentes-renuncia-mandato>

[10] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Formação e aplicação do Direito Jurisprudencial: alguns dilemas.* *Revista do TST*, vol. 79, n. 2, 2013. Acessível em: [https://www.academia.edu/6267445/Dierle\\_Nunes\\_e\\_Alexandre\\_Bahia\\_-\\_Formacao\\_e\\_aplicacao\\_do\\_Dir.\\_Jurisprudencial\\_-\\_Revista\\_do\\_TST](https://www.academia.edu/6267445/Dierle_Nunes_e_Alexandre_Bahia_-_Formacao_e_aplicacao_do_Dir._Jurisprudencial_-_Revista_do_TST)

[11] THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e não surpresa.*

cit.

[12] Vide. NUNES, Dierle. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.  
NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

[13] CARVALHO, Mayara; TAVARES, Juliana Coelho. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes projetado*. In.: FREIRE, Alexandre (et al) (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Volume IV, Salvador: Juspodivm, 2014. (No prelo)

[14] *É preciso esclarecer que a afirmação de que o juiz é sujeito do contraditório não quer significar que ele seja, a semelhança das partes, um contraditor que defenda interesses parciais. Juízes por exemplo não levam para o processo fatos não aventados pelos litigantes. Não é papel deles operar designando oficiosamente provas até como forma de preservar sua imparcialidade. São sujeitos na medida em que constrangidos pelo contraditório. Sujeitam-se ao contraditório, têm deveres que decorrem desse direito fundamental processual. Mais que mera "alface", o juiz de hoje assegura o contraditório substancial, vale dizer: i) é sua função provocar o debate para sanar dúvidas existentes, indicar e fomentar a exploração pelas partes de vias interpretativas não enfrentadas ou ainda não adequadamente aclaradas ou amadurecidas (terza via interpretativa); ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo; e iii) cabe-lhe consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, mesmo que de ordem pública, assegurando a influência das manifestações delas na formação das decisões judiciais. Se o contraditório se reduzisse às partes o juiz poderia surpreender no momento decisório, algo impensável na atualidade.*

[15] BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses. 2012, p. 425-426.

[16] NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 86 et seq.

[17] NADER, Laura. *The life of the law: anthropological projects*. Berkeley: University of California Press. 2002.