

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULATIVOS: MUITO CUIDADO NESSA HORA!¹

Lúcio Delfino

Pós-doutor em Direito (UNISINOS). Doutor em Direito (PUC-SP). Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Advogado.

À moda do sistema jurídico anglo-saxão, a legislação processual trouxe para o Brasil a *técnica da superação* (ou *overruling*), cujo propósito segue rumo a: i) extirpar em definitivo da ordem jurídica provimento² obrigatório alvo de invencível desgaste pela dinamicidade social;³ e ii) substituir o provimento eliminado por entendimento normativo que preencha o vazio que até então havia sido deixado. Se o sistema normativo traz em si uma obsolescência notada de tempos em tempos, é preciso que esteja abastecido de ferramental capaz de, num só é único lance, varrer velharias do seu espectro e promover uma auto-dinamização em socorro às conveniências e necessidades da sociedade.

¹ Dedico estas reflexões a **Eduardo José da Fonseca Costa**, um amigo-irmão com o qual a vida me presenteou nessas andanças dedicadas ao estudo e à disseminação do direito processual civil. Agradeço aos processualistas Diego Crevelin e Georges Abboud pela colaboração na melhoria do artigo. **Artigo originariamente publicado em:** DELFINO, Lúcio. A superação de provimentos vinculativos: muito cuidado nessa hora! *Revista Consultor Jurídico*. 18/08/2016. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/lucio-delfino-superacao-provimentos-vinculativos-requer-cuidado>>.

² A expressão “precedentes” caiu no gosto da doutrina, mas não se apresenta tecnicamente adequada para definir o rol do art. 927 do CPC/15 – basta ver que ali tem-se também a figura das súmulas. Nesse sentido, os comentários de Lenio Streck e Georges Abboud ao art. 927 do CPC/2015: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

³ Como bem percebeu Diego Crevelin, a *repercussão normativa* é indispensável para que provimentos obrigatórios sejam alvo de superação. Em conversa pelo aplicativo Telegram, pontuou: “O fato de os julgadores mudarem de opinião sobre a interpretação de determinado instituto não pode, por si só, autorizar a superação; e, no extremo, tomar as mudanças sociais como dado suficiente para a superação pode dar ensejo à derrocada do direito pela opinião pública(da), não faltando Ministros dizendo ser necessário ouvir a voz das ruas para julgar ... O perigo é descambar para uma (sempre falaciosa) jurisprudência dos valores, além do risco de aniquilação do contramajoritarismo, ou seja, dos próprios direitos fundamentais.”

Questão fulcral, hoje no centro do debate doutrinário, diz respeito a quem pode superar provimentos obrigatórios. Seria mecanismo cuja utilização estaria liberada a todo e qualquer órgão judicial, ou seu manejo reservar-se-ia apenas àquele tribunal responsável por ensejar a criação do precedente obrigatório? Advirta-se desde logo que não está em jogo aqui puramente um problema formal de competência, porquanto a dúvida repercute outrossim na eficiência esperada de um modelo de provimentos obrigatórios.

A leitura isolada do art. 489, §1.º, VI, do CPC/15 sugere que a ferramenta estaria a disposição de qualquer juiz ou tribunal. Afinal, o texto normativo surge livre e solto impondo que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que 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.” À primeira vista, tem-se a impressão que o sistema processual fez mesmo opção por manter pujante a criatividade dos juízes. No imorredouro *puxar de cabelos entre estabilidade das decisões judiciais e mobilidade do Direito pela via jurisprudencial*, teria a última outra vez logrado êxito.

No entanto, uma reflexão mais penetrante recomenda não ser esta a melhor resposta exegética. E a razão principal está encimada sobre a tutela da isonomia e segurança jurídica, base justificadora da adoção de um modelo de provimentos obrigatórios, sintetizada na indagação, já clássica, formulada pelo mestre lusitano José Alberto dos Reis: *"que importa a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos?"*⁴

É fato o ímpeto do brasileiro pela valorização *quase sem peias* da criatividade dos juízes, a prevalecer continuamente sobre a estabilidade das

⁴ ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 5, p. 69. *Apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006. p. 305.

decisões judiciais.⁵ Com precisão cirúrgica, Eduardo José da Fonseca Costa leciona que falta a boa parte dos tribunais brasileiros a chamada “reverência aos antecessores”: cada novo juiz que ascende ao tribunal quer imprimir ali sua visão particular de mundo, não raro destoando de entendimentos majoritários pacificados há décadas, um personalismo individualista absolutamente incompatível com o ideário republicano.⁶ Nutrimos àquele fetiche pelo avanço, pela criação, pela mudança, cuja contrapartida denuncia perigoso desdém à história institucional que haveria de caracterizar as construções jurisprudenciais.

Dito isso, basta um passo para se perceber que o alargamento demasiado do manejo da superação, colocando-a à disposição de todo e qualquer juiz ou tribunal, tem real potencialidade de provocar a sua própria banalização, a ponto de fazer da regra a exceção e vice-versa. É dizer, *e sem desprezar a dimensão hermenêutica,*⁷ a regra, que é o respeito aos provimentos obrigatórios, tornar-se-ia exceção, ao passo que a utilização do *overruling*, algo excepcional, verter-se-ia em regra. Ao fim e ao cabo, nada menos que esquizofrenia jurisprudencial ao quadrado!

A aspiração hodierna é alterar o panorama de imprevisibilidade que

⁵ É digno de lembrança o raciocínio de Hermes Zaneti Jr.: “(...) a redução da discricionariedade dos juízes e tribunais aumenta a independência e a autonomia destes em relação aos demais poderes, pois a diminuição da subjetividade decisória evita a exposição de julgadores a pressões políticas e sociais de ocasião, já que estarão vinculados unicamente à lei e aos precedentes. Em verdade, tornam-se mais independentes, mais livres dos interesses políticos e privados contingentes, seja em razão de poderes extremos (Poder Executivo e mercado), seja em razão de poderes internos (visto que a cúpula do Poder Judiciário também é vinculada aos seus próprios precedentes).” (ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. Organizadores: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Versão eletrônica).

⁶ FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Código de Processo Civil Comentado*. Coordenação: Helder Maroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1120.

⁷ Por óbvio, não se está aqui a defender que provimentos obrigatórios promovem segurança jurídica e igualdade por prescindirem da dimensão hermenêutica. Provimentos são textos, por isso apenas pontos de partida para a construção da norma. Não se aplicam por mera subsunção. Sobre isso: 1) STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando. *Precedentes*. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Lucas Buriel. Salvador: Juspodivim, 2015.p. 175-182 e 2) LUNELLI, Guilherme. *Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

distingue a prática judiciária brasileira, com decisões em sentidos múltiplos para casos semelhantes. Não por acaso, o CPC/15 inflige aos tribunais os deveres de uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente (CPC/15, art. 926). Contudo, o tiro decerto sairá pela culatra se o *modus operandi* da superação caracterizar-se pelo descomedimento. Seria *dar com uma mão e tirar com a outra*.⁸

Portanto, a melhor solução, afinadíssima à lógica do empreendimento, está em excepcionar a técnica para que dela lance mão apenas o órgão judicial responsável pela produção do provimento obrigatório cuja superação se anseia atingir.⁹ É apostar numa prática judicial resistente a *viradas de ocasião*, que se não chega a engessar o Direito, impõe ao menos que o seu avanço se dê a partir de marchas mais lentas, em respeito à tradição e num agir segundo o qual se exija superior esforço argumentativo que justifique a guinada de entendimento.

Outra questão de primeira ordem está atrelada à eterna vigília contra

⁸ Seguimos o entendimento de Eduardo José da Fonseca Costa no sentido de que o art. 927 do CPC/15 faz referência a “precedentes” obrigatórios de distintas naturezas. Dois deles são *fontes primárias de direito* (CPC/15, art. 927, I e II) porque a sua qualidade vinculativa apresenta origem constitucional, enquanto os demais traduzem-se em *fontes de segundo grau* (CPC/15, art. 927, III, IV e V), pois a força obrigatória que os caracteriza advém do CPC/15 – uma lei ordinária federal, portanto. As primeiras vinculam a todos indistintamente, Judiciário, Administração Pública e cidadãos; as derradeiras detêm potencial vinculativo capaz de obrigar apenas e tão-somente juízes e tribunais. (*Op. cit.*, p. 1.126). Essa distinção, para além de justificar a *constitucionalidade* do modelo brasileiro de provimentos obrigatórios, também permite responder *quando e como* o julgador pode deixar de aplicar um pronunciamento judicial obrigatório. Indo direto ao ponto: i) independentemente da natureza do provimento obrigatório, o julgador não está obrigado a utilizá-lo caso se apresente contrário à Constituição (controle difuso de constitucionalidade); ii) em se tratando de provimento obrigatório de *segundo nível* (CPC/15, art. 927, III, IV e V), o julgador não está obrigado a aplicá-lo caso se apresente contrário à legalidade – aqui lei e provimento obrigatório não se equiparam, sendo a primeira superior ao segundo; iii) havendo confronto entre *lei* e provimento obrigatório de *primeiro nível*, a antinomia será solucionada de acordo com os critérios *hierárquico* (*lex superior derogat legi inferior*), *cronológico* (*lex posterior derogat legi priori*) e *de especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*). Importante: não há *overruling* nas circunstâncias acima indicadas – afinal, mesmo não sendo aplicado, o provimento continuará vivo, integrado ao sistema normativo, com potencialidade de obrigar órgãos judiciais que não enxergam nele ilegalidade e/ou inconstitucionalidade.

⁹ Nesse rumo, Ravi Peixoto: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedentes e segurança jurídica*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Em reforço, defendemos que a superação de um pronunciamento obrigatório, *afora a via legislativa*, pode se dar apenas e tão-somente pela atuação do órgão judicial que o ensejou. Significa isso que não há *overruling* quando o órgão *ad quem* altera decisão judicial (baseada em provimento vinculativo) porque provocado por recurso (*reversal*). Conferir: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

rasgos autoritários perturbadores do esforço contínuo e sempre inacabado de construção do Estado Democrático de Direito.¹⁰ É habitual o uso de argumentos extranormativos, comumente empregados na seara parlamentar, como fundamento de decisões judiciais que superam provimentos obrigatórios. Por exemplo, aduz-se que o provimento “não pegou” (sociológico), que é injusto (moral), excessivamente protecionista ou libertário (ideológico). Contudo, em que medida argumentos de tal jaez (*de política*) se mostram legítimos para justificar a amputação peremptória de um provimento obrigatório da ordem jurídica?

São dois os caminhos possíveis: ou o órgão judicial faz uso incoercível e irrestrito de *argumentos de política*, ou apenas serve-se deles de forma setorial, como reforço a *argumentos de princípio* (=fundados na ordem jurídica).¹¹ A primeira opção indicaria que tribunais operam *no modo overruling* de maneira atípica, na condição de legisladores, fazendo escolhas decisórias a partir de raciocínios pragmáticos e finalísticos. Como é evidente, ter-se-ia nessa hipótese o incremento da discricionariedade por uma superação reduzida a espécie de *picareta normativizada*, hábil para abrir fendas enormes na ordem jurídica através das quais elementos exógenos ganhariam passagem incontente para um mundo que não é seu e no qual não são bem-vindos.¹² Resultado: recrudescimento de decisionismos e arbitrariedades judiciais a engordar o fenômeno da *canibalização do Direito*.¹³

¹⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016. p. xv.

¹¹ Sobre o paralelo *argumentos de política* e *argumentos de princípio*: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹² Para aprofundamento no ponto: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³ Na companhia segura de Lenio Streck, já denunciemos o fenômeno. Quando decisões judiciais são produzidas em atropelo à normatividade, apoiadas em argumentos pragmáticos direcionados a construção de algo novo à revelia do devido processo legislativo, o Direito simplesmente se canibaliza e passa a nutrir-se à custa da sua própria subsistência. Legalidade, segurança jurídica, devido processo legal e outros fundamentos do Estado Democrático de Direito são consumidos por uma justiça de cunho

Sem dúvida, uma tal solução encontra entrave intransponível na Constituição. É verdade que o Judiciário, vez por outra, funciona atipicamente praticando atos próprios dos Poderes Executivo e Legislativo, mas o faz somente quando autorizado pelo constituinte. E como não há permissivo constitucional validando tribunais a metamorfosearem-se de legisladores no exercício do *overruling*, é dever deles atuar nos limites da racionalidade legal, sob pena de patente atentado contra a separação de poderes. Trocando em miúdos: criando ou superando provimentos obrigatórios, o órgão judicial desempenha seu mister manietado à responsabilidade política que distingue sua função, atento à circunstância de que deve reverência à autoridade do Direito, empregando argumentos de política no máximo como reforço aos argumentos de princípio.¹⁴

Evoluir é aprimorar aquilo que tem se mostrado apropriado no âmbito do sistema normativo e recusar a subsistência do que é ruim. Partes podres são decepadas e energia é dedicada à implementação de estratégias orientadas a inverter aquele *estado de coisas* cujo relevo está sobretudo na nocividade de suas consequências. Mas todo cuidado é pouco para que os objetivos pretendidos, e o próprio alicerce que a tudo sustenta, não escapem da lembrança, pois do contrário agiremos como a mãe que deixa a torneira aberta com o bebê dentro da banheira para ir cuidar do jantar. Uma negligência tamanha pode custar muito caro ...

fortemente decisionista e consequencialista. Conferir: STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito. *Revista Conjur*. Acessado: 16/08/2016. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>.

¹⁴ Nem o Legislativo, criando ou superando leis (ou provimentos vinculativos), tem o respaldo de uma discricionariedade plena. Ali, argumentos de política, conquanto mais habituais, são manejados para justificar metas coletivas eleitas constitucionalmente. Ou seja, no limite, a atuação dos parlamentares dobra-se à Constituição Federal – afinal, o paradigma não é o Estado Legislativo de Direito e sim o Estado Constitucional de Direito.