



Lúcio Delfino: Superação de provimentos vinculativos requer cuidado

À moda [1] 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 provimento [2] 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.

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 artigo 489, §1º, VI, do CPC-2015 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 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 acende 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 a 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 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, artigo 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 rasgos autoritários perturbadores do esforço contínuo e sempre inacabado de construção do Estado Democrático de Direito. [10] É habitual o uso de argumentos extra-normativos, 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 incontinente 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]

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 àquilo 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...

[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.

[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.”

[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.

[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 Buril. Salvador: Juspodivim, 2015.p. 175-182 e 2) LUNELLI, Guilherme. *Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[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: Juspodivim, 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.

[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 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.

Date Created

18/08/2016