

**RESPEITO AOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: UM CAMINHO
NECESSÁRIO À SEGURANÇA JURÍDICA | RESPECT TO MANDATORY
PRECEDENTS: A NECESSARY PATH TO LEGAL SECURITY**LUIS FELIPE MUNIZ MELO
LUIS CARLOS DO NASCIMENTO

RESUMO | A incerteza quanto ao direito aplicado pelos juízes e tribunais de todo o país provoca uma frequente sensação de insegurança, e reduz o direito à sorte. O presente artigo tem como escopo aferir em que medida o respeito dos juízes e tribunais aos precedentes obrigatórios contribui para a promoção da segurança jurídica e da unidade do direito. A conclusão é que a segurança jurídica transitará cada vez mais pelo instituto dos precedentes obrigatórios. O tipo de pesquisa se classifica como referencial bibliográfica, dado que, aprofunda aspectos trazidos pela doutrina em livros e artigos, bem como, documental, posto que faz análise da legislação e de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

PALAVRAS-CHAVE | Obediência.
Precedentes obrigatórios.
Segurança jurídica.

ABSTRACT | *Uncertainty about the law applied by judges and courts across the country causes a frequent sense of insecurity, and reduces the right to fortune. The purpose of this article is to assess the extent to which the respect of judges and courts to mandatory precedents contributes to the promotion of legal certainty and of the legal order unit. The conclusion is that legal certainty will increasingly pass through the institute of mandatory precedents. The type of research is classified as bibliographic reference, since it deepens aspects brought by the doctrine in books and articles. It is also documentary research, since it analyzes the legislation and judgments of Brazilian Supreme Federal Court, Superior Court of Appeals, and Bahia State Court of Appeals.*

KEYWORDS | *Obedience.
Compulsory precedents. Legal certainty.*

1. INTRODUÇÃO

O direito de ação nem sempre foi pensado sob a máxima do *direito de acesso à justiça*. Durante o Estado Liberal, embora formalmente assegurado, somente estaria em juízo quem pudesse suportar os custos de uma demanda. Felizmente, a ascensão do Estado Social no século XX, propiciou a criação de inúmeros direitos, gerando, por conseguinte, a necessidade de se democratizar o direito de ação, uma vez que os novos direitos sociais e econômicos, caso fossem destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, assumiriam a configuração de meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores (SANTOS, 1986).

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à justiça encontra guarida no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que dispõe: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Em vista disso, e por conta da disseminação das informações, das ferramentas tecnológicas, da cultura do imediatismo e da incapacidade humana em buscar solucionar os seus conflitos de forma consensual, criou-se no país a tendência de judicializar todo e qualquer conflito.

Nessa perspectiva, a litigância desenfreada¹ traz ao Poder Judiciário, cotidianamente, a discussão de inúmeras matérias, muitas vezes idênticas², todavia, decisões distintas são prolatadas para os mesmos casos, as vezes completamente destoantes, gerando a sensação de incerteza quanto ao direito aplicado.

Assim, o presente artigo desenvolve-se a partir do seguinte questionamento: *em que medida a observação dos precedentes obrigatórios pelos juízes e tribunais contribui para a promoção da segurança jurídica?*

1 Expressão que representa a cultura da litigiosidade, consubstanciada no ato de judicializar todo e qualquer tipo de conflito, levando ao abarrotamento do Poder Judiciário. Por isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) defende um *“novo acesso à justiça”*, advogando no sentido de que o acesso à justiça não deve se confundir com o acesso ao judiciário, mas, representar a possibilidade de resolução dos conflitos independente do meio (CNJ, 2016).

2 Ver Justiça em números 2020 (CNJ, 2020).

Este trabalho justifica-se por ser inconcebível em um Estado de Direito, que o provimento ou não de uma ação judicial dependa da convicção pessoal do julgador sorteado, e não exclusivamente das questões fáticas e jurídicas deduzidas em juízo. Justifica-se, também, pela necessidade de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que vem sendo alvo frequente de ataques de cunho autoritário, provenientes, até mesmo, daqueles que deviam protegê-lo e fomentar o seu engrandecimento.

Ademais, prezar pela coerência das decisões do Poder Judiciário significa garantir a credibilidade de um dos Poderes do Estado, imprescindível à manutenção da ordem social.

Para tanto, examinar-se-á, inicialmente, os diversos aspectos representativos da garantia da segurança jurídica, a fim de que se obtenha uma noção qualitativa a respeito do seu significado. Adiante, será analisada a figura dos precedentes judiciais, a partir do seu conceito, estrutura, técnicas de interpretação e aplicação, bem como das dificuldades dos julgadores em decidir conforme precedentes, para somente então, verificar em que medida o respeito aos precedentes obrigatórios contribui para a promoção de segurança jurídica.

2. A GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Tradicionalmente, firmou-se na doutrina o entendimento de que a segurança jurídica se apresenta no ordenamento jurídico por meio da irretroatividade da lei, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que dispõe: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2005) defende que a temática se liga à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança nas relações jurídicas, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos.

Nesse sentido, explica que o *direito adquirido* decorre diretamente da lei e é incorporado ao patrimônio de seu titular para ser exercido quando convier, mesmo que a lei não esteja mais em vigor. Por seu turno, o *ato jurídico perfeito* corresponde a negócio jurídico já consumado nos termos da lei vigente ao tempo em que se efetuou, não podendo ser atingido, ainda que sobrevenha nova lei. Por fim, a *coisa julgada* a que se refere o comando constitucional é a *material*, pois o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. À míngua de recurso pendente, dada decisão judicial torna-se imutável e indiscutível, qualificando a coisa julgada material, refletindo mais um aspecto da segurança jurídica.

Conforme a clássica lição doutrinária de CANOTILHO (1993), a ideia de segurança jurídica está intimamente ligada à lei, concretizando-se através do *princípio da determinabilidade das leis*, cujo mandamento exige dos textos *clareza e densidade suficiente*, assim como por meio do *princípio da proteção da confiança*, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis ou, pelo menos, previsíveis, e não lesivas à calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.

Embora sustente que a garantia alvo da presente discussão relaciona-se com a produção legislativa, José Joaquim Gomes Canotilho (1993) admite que não é nada fácil a tarefa de sintetizar o seu conteúdo básico, a ponto de afirmar existir uma segurança jurídica no tocante à *uniformidade* ou *estabilidade da jurisprudência*, decorrente do *princípio da proteção da confiança*, em que pese declarar que não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais.

Dirley da Cunha Júnior (2011) ensina que as relações ou situações jurídicas constituídas com base em uma lei perdurarão ainda que posteriormente seja revogada tal lei. Para o jurista, a garantia da segurança jurídica exige dos poderes públicos o *respeito à estabilidade* das relações jurídicas já constituídas, bem como, a *necessidade de evitar surpresas*, com a antecipação do conteúdo de toda e qualquer decisão que interferirá nos direitos e liberdades individuais e coletivas.

Por sua vez, louváveis são os preceitos de segurança jurídica aventados por TAVARES (2012), para quem o princípio da segurança jurídica densifica-se em: I) *necessidade de certeza*, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; II) *a calculabilidade*, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; III) *a estabilidade da ordem jurídica*.

Observa-se que, diferentemente dos constitucionalistas anteriormente citados, André Ramos Tavares (2012) não utiliza a *lei* como pressuposto da segurança jurídica, mas, o *direito* amplamente considerado, o que fornece abrigo às decisões judiciais como fonte de tal segurança, e por conseguinte, aos precedentes obrigatórios.

Nesse mesmo seguimento, Humberto Ávila (2011) afirma que a segurança jurídica é um *vetor que exige comportamentos humanos* que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de *cognoscibilidade*, de *confiabilidade* e de *calculabilidade* do Direito, de modo a possibilitar que o indivíduo faça dignamente um planejamento estratégico juridicamente informado e respeitado de sua ação.

Destarte, o entendimento de que o mero ato legislativo é capaz de efetivar *por si só* a garantia em questão é utópico, afinal, como pontifica Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003), não existe um critério unívoco da boa e correta interpretação. Aliás, como defende GADAMER (1997), a compreensão, interpretação e aplicação da lei não são três momentos autônomos, mas *interdependentes*, de modo que a pré-compreensão do magistrado em cada caso assume papel de extrema relevância no processo decisório.

Em vista disso, ainda que a segurança jurídica se apresente nas cláusulas pétreas, na garantia da isonomia, no princípio da legalidade, no devido processo legal, no princípio do juiz natural, dentre outras garantias positivadas na Constituição e na Legislação infraconstitucional, indubitavelmente, as noções de *previsibilidade* e *estabilidade*³ são capazes de melhor qualificá-la, pois, não a restringe ao passado, preocupando-se também com o futuro, o que marca a importância das decisões judiciais no contexto.

3 Ver MARINONI (2019).

Nessa linha de intelecção, CANOTILHO (1993) faz interessante observação ao declarar que não existe na Constituição portuguesa, assim como não existe na brasileira, um *direito à manutenção da jurisprudência* dos tribunais, ou, acrescentando-se, um *direito à precedentes obrigatórios*.

Contudo, a positivação nesse caso é prescindível, posto que, como bem observa ÁVILA (2004), o princípio da segurança jurídica estabelece um ideal de previsibilidade da atuação estatal, mensurabilidade das obrigações, continuidade e estabilidade das relações entre o Poder Público e o cidadão, incluindo-se, desse modo, a relação entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado.

Assim, percebe-se que o princípio da segurança jurídica se encontra positivado em todo o ordenamento jurídico, compreendendo inúmeras dimensões, que em suma, resultarão essencialmente nos ideais de *previsibilidade* e *estabilidade* da ordem jurídica. E por ser um valor indissociável do Estado de Direito, não um conjunto de regras fragmentadas, necessita sempre ser observado, considerado e otimizado em todo e qualquer ato estatal.

Portanto, é ultrapassada a restrita vinculação da segurança jurídica ao processo legislativo. Os juízes, no exercício de funções de um dos Poderes do Estado, devem sempre decidir com institucionalidade, de modo a preservar a estabilidade e a previsibilidade do direito, proporcionando, assim, a confiança do cidadão no judiciário, emergindo os precedentes obrigatórios nesse contexto como um poderoso instrumento de tal garantia.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Consoante René David (2002), o emprego de precedentes como técnica de decidir casos concretos é uma das bases da tradição jurídica *common law*, da qual, para a doutrina clássica, o Direito brasileiro não faz parte. No entanto, Hermes Zaneti Jr. (2016) critica qualquer afirmação genérica de que o Brasil é um país pertencente à tradição *civil law*, argumentando que em sua história dogmática e de prática judicial, houve forte influência de ambas as tradições jurídicas.

Não constitui objeto do presente artigo verificar a pureza do sistema judicial brasileiro, afinal, consoante Daniel Mitidiero (2015), a tradição *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno da *statutorification*, ao passo que, a tradição *civil law* cada vez mais se preocupa em acompanhar as decisões dos tribunais, em especial Cortes Supremas, como expressão do direito vigente, indicando existir uma *recíproca aproximação entre as tradições*.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2019) afirma que a imprescindibilidade em se conferir respeito obrigatório (*stare decisis*) aos precedentes judiciais é decorrente da incapacidade de concretização da segurança jurídica romanticamente desejada na tradição *civil law* pela aplicação da lei, face às diversas possibilidades interpretativas.

Contudo, ressalta-se que embora guardem uma íntima relação, decisão judicial e precedente não se confundem, pois todo precedente decorre de uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial fornecerá um precedente.

Nessa toada, peculiar é o tratamento conferido pelo Direito brasileiro aos precedentes, isto porque, como excentricamente explica CÂMARA (2015), no Brasil o precedente é criado para ser *precedente vinculante*, logo, tem-se a figura do *precedente de propósito*, ou, *precedente vinculante doloso*, já que o Código de Processo Civil (CPC) estipula de quais provimentos judiciais emanará precedente.

Lado outro, na tradição *common law*, é o juiz do caso seguinte quem dirá se os fundamentos determinantes da decisão servirão como precedente, ou seja, quando um determinado tribunal julga uma causa, não se sabe se aquela decisão será ou não, no futuro, considerada como precedente⁴.

Nesse seguimento, o art. 927 do CPC traz o rol de provimentos judiciais escolhidos pelo legislador para emanar precedentes obrigatórios, o que não significa dizer que toda decisão deste rol sempre configurará

4 Michele Taruffo explica que “Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente” (TARUFFO, 2014).

precedente, mas que, formalmente, são os provimentos hábeis a originá-lo. Vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Alexandre Freitas Câmara (2015) afirma que o direito brasileiro conhece dois tipos de precedente: o *vinculante* e o *não vinculante* (persuasivo ou argumentativo)⁵. Enquanto o precedente vinculante é de aplicação obrigatória, não podendo os órgãos a ele vinculados deixar de aplicá-lo ou decidir de forma distinta, o não vinculante, embora não possa ser ignorado, pode ser afastado mediante fundamentação específica.

Para o autor, é equivocado pensar que a eficácia vinculante do precedente resulta do texto do *caput* do art. 927 do CPC, que afirma que os juízes e tribunais “*observarão*” o que consta dos incisos do aludido artigo. Segundo o referido processualista, o dispositivo não impõe eficácia vinculante aos provimentos, mas sim, um dever jurídico aos juízes.

Isto posto, defende que o efeito vinculante decorre da interpretação de outros dispositivos legais (que atribuam expressamente tal eficácia). Com base nesse entendimento, afirma que os incisos I e III do art. 927 são *precedentes vinculantes*, posto que, as decisões do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade encontram eficácia vinculante no art. 102, §2º, da CF/88. Por sua vez, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e no

5 Segundo o autor, os precedentes e enunciados de súmula vinculante estabelecem padrões decisórios que devem ser levados à sério, visto que, capazes de permitir que casos equivalentes recebam soluções equivalentes (*to treat like cases alike*), estabelecendo-se a partir daí uma padronização das decisões, a fim de assegurar previsibilidade (que é elemento essencial do direito fundamental à segurança jurídica) e isonomia (afinal, se todos são iguais perante a lei, é preciso que casos iguais recebam decisões iguais) (CÂMARA, 2015).

juízo de recursos extraordinários ou especiais possuem eficácia vinculante a partir do disposto, respectivamente, nos arts. 947, §3º; 985; 987, §2º; e 1.040, do Código de Processo Civil.

Noutro giro, sustenta que os provimentos tipificados nos incisos II, IV, e V sequer são precedentes, visto que súmula e precedente são institutos diferentes, como será visto no próximo tópico, assim como a orientação do plenário ou órgão especial dos tribunais também não pode ser qualificada como precedente, embora de observância obrigatória.

Vanguardista no estudo do tema no Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (2020) sustenta que o legislador cometeu alguns equívocos ao tratar do tema no art. 926 e seguintes do CPC.

Inicialmente, argumenta que o legislador fala em tribunais indistintamente, sem atentar para o fato de existir uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e as Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) em nosso ordenamento. Enquanto as Cortes de vértice têm o dever de dar *unidade* ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los vetores de segurança jurídica, as Cortes de hierarquia inferior têm o dever de dar *uniformidade* ao direito, aplicando os precedentes das Cortes superiores aos casos similares. Logo, apenas STF e STJ formam precedentes⁶.

O segundo descuido, como consequência do primeiro, estaria no fato de que não compete às Cortes Superiores dar uniformidade ao Direito, posto que, “*não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para a aplicação do direito*” (MARINONI, 2020, p. 615), mas sim, às Cortes de Justiça. Ora, uma vez que Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais Federais (TRFs) apliquem aos milhares de casos similares os entendimentos das Cortes Superiores firmados nos precedentes, estarão *uniformizando* o direito, ou seja, tornando uniforme aquilo que a princípio não era.

⁶ Hermes Zanetti Jr. também afirma que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes, por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade e interpretação do Direito, bem como porque as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual (ZANETTI JR, 2016).

Compete ao STF e ao STJ, dentro de suas atribuições, resolverem uma dada controvérsia firmando o entendimento a ser seguido, promovendo, assim, a unidade do Direito. Por sua vez, compete aos TJs e TRFs aplicarem a tese firmada em precedente pelas Cortes Superiores (uniformização), de tal modo que a questão decidida se torne uniforme em todo o país, não retornando às Cortes de vértice para que a mesma decisão volte a ser proferida.

O terceiro problema são as referências genéricas à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções entre os termos jurisprudência, súmula e precedente, o que pode comprometer um adequado entendimento do sistema de precedentes, o que será aprofundado no próximo tópico.

A quarta observação caminha no sentido de que a manutenção da jurisprudência estável pelos tribunais é apenas um dos seus deveres no que tange à promoção da segurança jurídica. Para o autor, exige-se, também, ser cognoscível, isto é, que evidencie de forma clara os fundamentos que resolveram dada controvérsia, e confiável, no sentido de não ser modificada repentinamente, surpreendendo o jurisdicionado.

Destarte, uma noção geral do sistema brasileiro de precedentes nos revela que tal instituto é tratado de forma diferente no Direito brasileiro se comparado ao modo em que subsiste na tradição jurídica *civil law*, principalmente pelo fato de estar vinculado à preceitos legais.

3.1. Conceito e composição do precedente judicial

Apesar de umbilicalmente relacionados, decisão judicial e precedente não são a mesma coisa, como dito anteriormente. Segundo DIDIER (2020), precedente é, em *sentido lato*, a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de caso análogo. Em *sentido estrito*, afirma que o precedente se confunde com um dos elementos que compõem a decisão judicial, qual seja, a tese jurídica firmada, mais conhecida como *ratio decidendi*. Para o jurista baiano, compõe o precedente: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio*

decidendi) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.

Embora o conceito oferecido pelo referido processualista em *sentido lato* apresente uma noção inteligível do que seja precedente, o entendimento aqui adotado alinha-se apenas ao conceito oferecido em *sentido estrito*. Frisa-se, o precedente não é a decisão judicial na íntegra, mas, sim, a *tese* firmada levando-se em consideração o contexto fático-jurídico, o raciocínio jurídico utilizado para decidir, ou seja, apenas a *ratio decidendi*⁷.

De modo peculiar, José Rogério Cruz e Tucci (2004) conceitua precedente judicial como o núcleo de cada ato decisório. Em complemento, afirma que o precedente “*nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos*”. Para Tucci, todo precedente judicial é composto por: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

Para NEVES (2016, p. 2328), precedente “é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido”. Vale dizer: sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão anteriormente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de julgamento, a decisão anterior será considerada precedente. Conquanto ressalte que nem toda decisão tem condão para emanar precedente, o processualista confunde decisão judicial com precedente.

A tudo aquilo que não for essencial ou determinante à solução do caso, portanto, prescindível, a doutrina costuma chamar de *obter dictum*.

É o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (DIDIER, 2020, p. 560).

7 Conforme explicação de MacCormick: “Quando se diz que um precedente tem caráter vinculante, não é cada palavra proferida pelo juiz ou pelos juízes na justificação da decisão que é transubstanciada em lei vinculante - mas somente a fundamentação, a *ratio decidendi*” (MacCormick, 2006, p. 105).

Ora, se há trechos da decisão judicial que são dispensáveis à solução do caso futuro, como pode toda ela ser considerada precedente? Por isso, entendemos que precedente é a tese firmada para solucionar o caso.

Não obstante, Rene David (2002) faz importante ressalva quanto ao papel do *obter dictum* na decisão judicial. De acordo com David, embora não possua a autoridade da *ratio decidendi*, o *obter dictum* comporta valor *persuasivo* que dependerá do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão de sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso⁸.

Consoante o posicionamento de MARINONI (2020), os precedentes são apenas as *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. E assim explana:

O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *atos jurídicos relevantes que compõe o caso examinado pela jurisdição* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Os precedentes são *razões generalizáveis* que podem ser extraídas *da justificação das decisões*. Por essa razão, operam necessariamente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem (MARINONI. 2020, p. 617).

Com o termo *razões generalizáveis*, o autor passa a noção de que o raciocínio jurídico realizado para solucionar o caso paradigma deverá ser *abstraido*, a fim de ser aplicado aos casos análogos futuros. É válido dizer que o precedente deve ser generalizado para que seu alcance não se limite necessariamente a casos idênticos, mas também a casos semelhantes, cujas peculiaridades não sejam determinantes e permitam a sua aplicação⁹.

8 Bem observa René David ao afirmar que o *obter dictum* pode compreender valor *persuasivo*, afinal, embora não comporte o efeito vinculante da *ratio decidendi*, é fruto da força retórica do julgador, que traz argumentos complementares e comentários subsidiários ao infirmar a tese jurídica do caso. Logo, a depender de quem e da forma como pronuncie, é sim capaz de persuadir todos aqueles que tiverem contato com a decisão.

9 Na preciosa lição de Neil MacCormick, “existem fortes razões de princípio pelas quais os juizes, ao tomar decisões referentes a casos particulares, deveriam agir apenas em conformidade com alguma sentença que cubra não apenas o caso particular, mas todos os outros casos possíveis que sejam semelhantes simplesmente porque seriam cobertos pela mesma sentença” (MacCormick, 2006, p. 106).

Para elucidar, toma-se o exemplo da recente decisão do STF no bojo do HC 186.421/SC¹⁰, em que a corte considerou a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado uma ilegalidade que ofende o sistema acusatório. Por oportuno, tal decisão não deve se restringir a casos envolvendo prisão preventiva, sendo perfeitamente aplicável quando o juiz, de ofício, converter o flagrante em prisão temporária, por exemplo, visto que não importa a modalidade da prisão provisória, pois o precedente da corte se encontra na *conduta ilegal do magistrado em converter a prisão de ofício*, que agindo assim, provocará a sangria do sistema acusatório.

Feitas tais considerações, importa conhecer jurisprudência e súmula, o que será feito de forma mais sucinta. Conforme lição de Michele Taruffo (2014), precedente e jurisprudência se diferenciam *quantitativa* e *qualitativamente*.

Quanto ao primeiro aspecto, frisa-se que a jurisprudência nada mais é do que o resultado de um *conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria* no âmbito de dado tribunal. De modo mais explícito, enquanto precedente é apenas a primeira decisão a exarar dado entendimento sobre uma questão, a jurisprudência é a consolidação desse entendimento com a sua repetição por inúmeras vezes.

No que tange à diferença *qualitativa* entre os institutos, esta consiste no fato de que o precedente fornece uma *regra universalizável*, que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Lado outro, o uso da jurisprudência consiste numa tarefa muito difícil e arriscada¹¹.

Inicialmente, porque durante sua formação não há uma preocupação com a análise comparativa dos fatos objetos de decisão. Em segundo lugar, porque é constituída de declarações do tribunal, que têm como objeto regras

10 STF - HC: 186421 SC 0094324-92.2020.1.00.0000, Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/11/2020.

11 Segundo Taruffo, “De um lado, de fato, não se sabe quase nunca se realmente se chegou a conhecer toda a jurisprudência (o que é muitas vezes impossível) ou, pelo menos, toda a jurisprudência relevante sobre um determinado assunto. Por outro lado, frequentemente, descobre-se que a jurisprudência é incoerente e contraditória: tratar-se-á então de estabelecer se há ou não jurisprudência conforme, se há jurisprudência prevalente, se a jurisprudência é incerta, ou mesmo se há uma situação de caos jurisprudencial.” (TARUFFO, 2014, p. 06 e 07).

jurídicas, assemelhando-se tais declarações aos códigos, só que mais detalhados, devido à quantidade de decisões¹².

Quanto à noção de súmula, incumbe destacar a explicação clara e objetiva de Fredie Didier (2020). Segundo o processualista baiano, a súmula “é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente”. Resumindo, embora intimamente relacionadas, há, pois, segundo o autor, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula.

Todavia, o novo Código de Processo Civil rompe com as concepções tradicionais de jurisprudência e súmula. Isto porque, no caso da jurisprudência, ao emprestar força vinculante ao julgamento de casos repetitivos, o art. 927, inciso III, no âmbito das Cortes de Justiça, faz com que haja uma dispensa das múltiplas reiterações das decisões como requisito de sua configuração, posto que basta um único julgamento para sua formação.

Nessa mesma linha, quando o Código reconhece as súmulas como guias de interpretação (art. 927, incisos II e IV), passa-se a exigir dos juízes e tribunais o dever de identificação e de congruência entre o entendimento exarado na súmula e as circunstâncias fáticas que ensejaram a sua configuração, conforme indica o enunciado do § 2º, do art. 926 do CPC.

À guisa do exposto, a importância em diferenciar precedente, jurisprudência e súmula indica o primeiro passo rumo à compreensão de funcionamento adequado e racional do sistema de precedentes brasileiro.

3.2. Precedentes obrigatórios na prática

A noção de que os precedentes também são materiais e qualitativos permite afirmar que a utilização exclusiva do critério formal, qual seja, ser oriundo das hipóteses previstas no art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), pode ser insuficiente para a sua identificação e aplicação na prática. Em vista disso, analisar-se-á no presente tópico dois casos concretos, cujo objetivo, no primeiro, consiste em visualizar se a decisão de fato emana

¹² Ver (TARUFFO, 2014).

um precedente, e no segundo, se houve a correta aplicação por parte do respectivo tribunal.

O primeiro caso trata-se da discussão travada no bojo do REsp 1391198/RS¹³, que originou os temas repetitivos 723 e 724 no Superior Tribunal de Justiça. Conforme abalizado pelo art. 927, inciso III, do CPC, o julgamento de recurso especial repetitivo formalmente configura precedente. Porém, materialmente será que é possível extrair um precedente?

Em março de 1993, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), representando cerca de 300 associados, ingressou com uma Ação Civil Pública em face do Banco do Brasil S.A., com vistas à recuperação das perdas ocorridas nas cadernetas de poupança em decorrência do fracasso do Plano Verão¹⁴. Na sentença, prolatada pelo juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, o banco foi condenado a pagar as diferenças não creditadas, estendendo, na fundamentação, os efeitos da decisão para o âmbito nacional (efeito *erga omnes*), nos termos do art. 93 do CDC.

A ação transitou em julgado em 27 de outubro de 2009, permitindo que todos os poupadores do Brasil, prejudicados pelo Plano Verão, pudessem executar a sentença proferida na ação, no foro do seu domicílio ou do Distrito Federal, desde que demonstrassem e quantificassem o dano experimentado.

Devido ao caráter multitudinário da controvérsia, milhares de ações para executar o referido título executivo judicial foram propostas em todo o país. Em muitas delas, buscando obstar a execução, o Banco do Brasil sustentou a *ilegitimidade de parte*, argumentando que o autor da ação individual não fazia parte dos quadros associativos do IDEC, e o comando da sentença só poderia beneficiar os associados da mencionada entidade, ou seja, aqueles que expressamente autorizaram o referido Instituto a propor ação

13 STJ - REsp: 1391198 RS 2013/0199129-0, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 03/02/2014.

14 Foi o quarto plano econômico implantado pelo governo José Sarney (1985-1990), com o objetivo de combater a inflação. Dentre outras medidas, determinou que a correção da poupança, que era feita pelo IPC (Índice de Preço ao Consumidor), passasse a ser calculada pelas LFTs (Letras Financeiras do Tesouro, atual Tesouro Selic). Essa mudança proporcionou enormes desajustes e prejuízos aos poupadores. Disponível em: <<https://febrapo.org.br/o-que-foi-o-plano-verao/>>. Acesso em: 01 de dez. de 2021.

judicial em seu nome, dando interpretação conforme o art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997¹⁵, em homenagem ao art. 5º, XXI, da CF (BRASIL, 1988).

Nesse seguimento, o Banco do Brasil também argumentou a *inexistência de título judicial a ser executado*, pois a coisa julgada teria validade e eficácia limitada à jurisdição do tribunal prolator da sentença (art. 16 da Lei 7.347/1985)¹⁶ e, por isso, deveria abranger somente as contas poupança abertas no Distrito Federal, beneficiando estritamente os consumidores com domicílio na jurisdição do Tribunal prolator da sentença¹⁷.

Em vista do embaraço jurídico e do risco de haver decisões contraditórias, o Superior Tribunal de Justiça admitiu e julgou o REsp 1391198/RS, interposto pelo banco com vistas a sanar a controvérsia. O relator, Ministro Luis Felipe Salomão assim ementou o julgamento:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA ACÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989

15 Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

16 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

17 Em 07 de abril de 2021, o STF no julgamento do RE 1.101.937/SP, com repercussão geral reconhecida, fixou o Tema 1075, declarando a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, por considerá-lo incompatível com a proteção aos direitos coletivos do consumidor, assim como por enfraquecer a efetividade da prestação jurisdicional e a segurança jurídica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/limitacao-territorial-de-sentenca-em-acao-civil-publica-e-inconstitucional/>> Acesso em: 29 de nov. de 2021.

(Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido.

(STJ – RESP 1391198/RS – Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 13/08/2014 – S2 - Segunda Turma, Data de Publicação: Dje: 02/09/2014)

O REsp 1391198/RS emana um precedente, primeiramente, porque contém um caso que serve como meio para interpretação de casos semelhantes, afinal, milhares de processos em todo o país discutiam a mesma questão. Em segundo lugar, confere unidade ao direito, uma vez que impede que as tentadoras teses do Banco do Brasil sejam acolhidas pelos juízes de primeiro grau, e por sua vez, julgadas improcedentes as execuções daqueles não associados ao IDEC ou residentes fora do Distrito Federal.

Imagine-se a insegurança jurídica que se instalaria caso os não associados ao IDEC ou poupadores residentes no resto do Brasil tivessem suas execuções obstadas conforme pretendia o banco. Haveria de ter novo processo de conhecimento para abranger todos os não associados e não residentes no Distrito Federal, para só então, reconhecido o direito, procederem à execução. E se não fosse reconhecido o direito desses poupadores na ação de conhecimento? A segurança jurídica estaria respeitada caso parte dos poupadores prejudicados pudesse executar o título executivo enquanto outros não simplesmente por não residirem no Distrito Federal ou por não serem associados ao IDEC?

Em terceiro lugar, o recurso especial apresenta razões generalizáveis, podendo servir como paradigma para casos análogos envolvendo danos de âmbito nacional, causados por instituições financeiras aos consumidores. Por fim, torna o direito dos poupadores cognoscível, isto é, evidente e conhecido, estável, por eliminar qualquer hipótese que o inviabilize.

Desse modo, além de ser o REsp 1391198/RS formalmente apto, materialmente emana precedente, estabilizando o entendimento acerca da questão jurídica debatida, devendo necessariamente ser observado e utilizado caso o Banco do Brasil S.A. volte novamente a valer-se das teses já rechaçadas.

O segundo exemplo, por sua vez, decorre basicamente da análise das súmulas 229 e 101 do STJ, que respectivamente dispõem “*O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão*” e “*A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano*”.

Na Ação Indenizatória autuada sob nº 0001612-72.2002.8.05.0103, em face da Companhia de Seguros Aliança do Brasil, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a parte autora, antes de ingressar com a ação judicial, fez o pedido de pagamento de seguro pela via administrativa, no que obteve negativa por parte da seguradora. Em razão do indeferimento, a seguradora realizou pedido de reconsideração da decisão, vindo a companhia a concordar na reanálise do pleito, mas negando-o pela segunda vez.

Proposta a ação judicial, o juízo *de piso* julgou procedente o pedido de pagamento, porém, ao julgar a apelação, a Terceira Câmara Cível do TJBA, sem levar em conta a moldura fática dos precedentes que originaram a súmula 229 do STJ, reformou a decisão e acolheu a preliminar de prescrição suscitada pela parte ré, a qual aduziu que o pedido de reconsideração não suspende o curso prescricional e, portanto, deveria haver o reconhecimento da prescrição, por ter sido proposta depois de um ano da ciência da negativa.

Nesse sentido, suficiente para evidenciar o erro do TJBA é a análise de dois dos precedentes que deram luz à súmula 229 do STJ, a exemplo dos outros sete. Seguem as ementas:

CONTRATO DE SEGURO. INCÊNDIO. PRAZO PRESCRICIONAL DO ARTIGO 178, § 5º, II, DO CÓDIGO CIVIL. MODO DE CONTAGEM DO PRAZO. RECLAMAÇÃO PERANTE O SEGURADOR. A comunicação do sinistro, feita pelo segurado ao segurador nos termos do artigo 1.457 do Código Civil, não constitui “condição suspensiva” do contrato de seguro, e

nem causa interruptiva do prazo prescricional. *Durante o tempo em que a seguradora estuda a comunicação, e até que dê ciência ao segurado de sua recusa ao pagamento da indenização, considera-se apenas suspenso o prazo prescricional, que recomeça, de então, a correr pelo tempo faltante.* Recurso especial conhecido e provido. Voto: É razoável e correto sustentar que o prazo prescricional não poderá correr, ficando suspenso durante o tempo gasto pelo segurador no exame da comunicação feita pelo segurado, em cumprimento ao art. 1.457 do Código Civil.

(REsp 8.770/SP, Rel. Ministro Athos Carneiro, 4º - Quarta Turma, julgado em 16/04/1991)

SEGURO. Prescrição. Termo inicial. Suspensão do prazo até o conhecimento, pelo segurado, da resposta definitiva da seguradora. Precedentes. Recurso não conhecido. Voto: Colaciona, em primeira mão, o escólio de Yussef Said Cahali, que diz *não fluir o prazo prescricional enquanto a seguradora examina na esfera administrativa a pretensão indenizatória e, somente após a recusa de pagar é que nasce o direito de ação.*

(REsp 200.734/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4º - Quarta Turma, julgado em 23/03/1999)

Ora, o tribunal, ao examinar a preliminar suscitada pela seguradora, se esqueceu de que o novo CPC ressignificou a ideia tradicional de súmula ao torná-las guias de interpretação, e que dessa forma, a moldura fática de sua criação deve ser considerada para decidir pela sua aplicação ou não. Levar em conta o enunciado da súmula sem verificar o contexto de sua formação constitui grave equívoco no atual cenário.

Considerando a moldura fática que ensejou a formação da súmula 229 do STJ, tem-se, na verdade, que o entendimento correto é de que, *enquanto a seguradora estiver analisando o pedido administrativo, o prazo prescricional estará suspenso.* Afinal, somente após a companhia de seguros se pronunciar *definitivamente* sobre a questão, na hipótese de a resposta ser negativa ao pleito do segurado, é que se inicia a contagem do prazo prescricional.

No caso apresentado, no momento da primeira negativa, nasceu o direito de ação e o prazo prescricional começou a fluir. Não obstante, feito o pedido de reconsideração, tendo a Companhia de Seguros Aliança do Brasil aceitado *reanalisar* o pedido, pressupõe-se que o caso não havia obtido os contornos de *definitividade*, de tal modo que o segurado passou a aguardar novamente a resposta definitiva, sendo a contagem prescricional suspensa enquanto não proferida a segunda decisão, que no caso, é a responsável pela volta da contagem do prazo.

Dessa forma, é preciso que os julgadores estejam atentos a todos os detalhes. Não se apegar às formalidades decorrentes da lei e, muito menos, aplicar enunciados normativos sem analisar o contexto fático-jurídico, é prezar por um manuseio adequado dos precedentes e do ordenamento jurídico.

3.3. Técnicas de interpretação e aplicação do precedente

Em uma análise apressada e desatenta, é possível imaginar que a força obrigatória do precedente judicial seria absoluta a ponto de ocasionar o engessamento do ordenamento, porém uma das finalidades dos precedentes, vale lembrar, é conferir unidade ao Direito, jamais estagná-lo.

As tradições jurídicas que emprestam valor ao precedente judicial dispõem de mecanismos suficientes para resguardar a natureza dinâmica do ordenamento jurídico¹⁸. Afinal de contas, a aplicação ou não do precedente ao caso concreto exige que o julgador se desincumba de uma alta carga argumentativa (ALEXY, 2010). Logo, uma vez que o precedente não se ajuste ao caso concreto ou, se apresente defasado à realidade social, não deve ele ser aplicado a qualquer custo, sob pena de promover tudo aquilo que deveria combater.

A primeira atitude do órgão julgador, ao perceber que está vinculado a precedente judicial, é verificar se tal precedente é aplicável ou não ao caso em julgamento (DIDIER, BRAGA, OLIVEIRA, 2020). Se a questão é semelhante e não conta com particularidade capaz de afastá-lo, o precedente aplica-se ao caso. Todavia, se a questão decidida no precedente não é idêntica ou, ainda que seja semelhante, comporta particularidade fático-jurídica determinante, é o caso de proceder a distinção (*distinguishing*).

O *distinguishing* (ou *distinguish*) é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ou paradigma” (TUCCI, 2004, p. 174). Sendo assim, interessante é a observação de Fredie Didier (2020), quando afirma que o *distinguishing* tanto é método de

18 René David ensina que “A técnica das distinções é a técnica fundamental do direito inglês. A formação do jurista inglês consiste em dominar esta técnica, em aperceber-se das suas possibilidades e também dos limites de seu emprego” (DAVID, 2002, p. 443).

confronto, como o resultado desse método, nas hipóteses em que se constatar que o precedente não se ajusta ao caso em julgamento.

Outro mecanismo que confere dinamicidade ao ordenamento jurídico no que tange à aplicação de precedentes é a superação (*overruling*). Neil MacCormick (2006), ao citar os casos *Beith's vs Beith* e *Reidford vs Magistrates of Aberddden*, argumenta que em vista da necessidade de desenvolver o Direito a fim de mantê-lo sempre fiel à exigência de congruência social e econômica, é imprescindível a um sistema de precedentes a previsão de técnicas para sua superação.

Tal hipótese nada mais é do que a resposta judicial à insustentável replicação de uma tese incompatível social e sistematicamente. No entanto, ainda que constatada a sua defasagem, em proteção à segurança jurídica, Marinoni (2020) alerta que a superação geralmente é sinalizada (*signaling*) pelo Tribunal ou seus efeitos são moldados para o futuro (*prospective overruling*), como é a hipótese do art. 927, § 3º, do CPC (BRASIL, 2015), para que o jurisdicionado não seja surpreendido.

Se no *distinguishing*, para afastar a incidência de um precedente o julgador deverá fundamentar adequadamente, na superação total, tal exigência se mostra ainda mais patente. Por isso, além da possibilidade de audiências públicas prévias para debater a questão, o art. 927, § 4º, do CPC (BRASIL, 2015), dispõe que a superação observará a necessidade de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Nos casos em que a revogação total não seja oportuna, poderá o julgador lançar mão da transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*), hipóteses de *superação parcial*. Há transformação quando o Tribunal, sem negar formalmente o precedente, isto é, admitir que cometeu equívoco na solução do caso anterior, o *reconfigura parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não tidos como relevantes na decisão anterior. Lado outro, a reescrita, nas palavras de Marinoni, “funciona como redefinição do âmbito de incidência do precedente” (2020, p. 622 e 623). A partir da reescrita, um elemento antes não considerado é sopesado, restringindo o alcance do precedente.

Portanto, trabalhar com precedentes não é tarefa fácil, pois a sua aplicação não é uma operação automática (NUNES, 2011). Não se trata de mera invocação. Pelo contrário, exige que o julgador realize um estudo minucioso da *ratio decidendi* fixada no caso paradigma para que avalie se guarda substancial pertinência com o caso em julgamento, para somente então, decidir *fundamentadamente* pela sua aplicação ou não, o que exige tempo e atenção. Verificar se o precedente ainda atende às finalidades sociais e se guarda coerência sistêmica também não é tarefa nada fácil, exigindo sensibilidade do julgador.

4. DIFICULDADES EM DECIDIR CONFORME PRECEDENTES

Apresentadas as noções imprescindíveis ao objetivo do trabalho, este é o momento de buscar entender algumas dificuldades dos magistrados brasileiros em decidir conforme precedentes. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2019), a tradição jurídica *commow law* certamente confere maior segurança jurídica do que a *civil law*, uma vez que a noção de previsibilidade não possui relação com o conhecimento das leis, mas sim, com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário¹⁹.

Entretanto, não basta importar a cultura de decidir conforme precedentes, posto que, passados mais de cinco anos de vigência do novo CPC, ainda se constata que casos idênticos são julgados de maneira distinta, fenômeno conhecido como *jurisprudência lotérica*, cuja sorte do jurisdicionado é resultante não de ele ter ou não razão, mas do órgão jurisdicional para quem o processo for distribuído (CAMBI, 2001). Na verdade, para que os efeitos dessa cultura sejam sentidos, é preciso verdadeira *obediência* aos precedentes, o que exige um alto nível de consciência sistêmica por parte dos julgadores (MARINONI, 2019).

Por oportuno, não se está a defender a cassação da liberdade dos magistrados na atividade interpretativa. No entanto, não se pode admitir que

¹⁹ Segundo Marinoni, “O advogado de common law tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado, porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no civil law, que é obrigado a advertir seu cliente que determinada lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não” (MARINONI, 2019, p. 96).

deturpem a ideia por traz da *independência funcional* para simplesmente ignorarem os precedentes ou não se submeterem ao entendimento consolidado do órgão ao qual estão vinculados, bem como, ao hierarquicamente superior.

Imaginar que o juiz tem o poder de julgar sem se submeter aos precedentes das cortes supremas é não enxergar que o juiz é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, mas ao cidadão. Logo, juízes e desembargadores não devem atuar como ilhas isoladas que ignoram o posicionamento dos órgãos superiores e do próprio tribunal a que fazem parte. É preciso compreender que cada um tem o seu papel dentro da estrutura.

Do mesmo modo, é preciso que os Ministros do STF e STJ compreendam o seu papel enquanto cortes de vértice e respeitem as decisões passadas, assim como, o posicionamento majoritário do próprio tribunal, afinal *“Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita”* (MARINONI, 2020, p. 618).

A partir disso, toma-se o exemplo da polêmica e controvertida discussão acerca da (in)constitucionalidade da execução da pena após a condenação em 2ª instância. Do ano de 1988 até o ano de 2009, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era pacífico, quando, do julgamento do HC 84.078²⁰, o réu condenado no segundo grau passou a ter o direito de aguardar o trânsito em julgado em liberdade, salvo se houvesse ordem de prisão cautelar. Contudo, em 2016 foi readotada a tese vigente até o ano de 2009. Três anos depois, em 2019, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n° 43, 44 e 45, o Supremo, por 6 votos a 5, entendeu ser inconstitucional a execução da pena em 2ª instância, mudando novamente a posição do tribunal.

Ocorre que a novela parece estar longe de acabar. O Ministro Luiz Fux, voto vencido no julgamento de 2019, logo após assumir a presidência do

20 STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

Supremo Tribunal Federal, sinalizou em entrevista à Revista VEJA²¹, publicada em 11 de setembro de 2020, a possibilidade de pautar novamente a discussão da matéria durante o seu mandato, já que o regimento interno do tribunal confere ao presidente da corte a prerrogativa de organizar a pauta.

Com o devido respeito ao Ministro Fux, questiona-se: *como o STF poderá exigir respeito dos demais órgãos do Poder Judiciário se rediscutir uma questão recentemente assentada ao mero sabor da convicção pessoal de seu Presidente?*

Não se pode admitir que num lapso de pouco mais de 10 anos, a Suprema Corte do país simplesmente mude de posicionamento sobre o tema pela quarta vez. O direito vigente precisa ser *previsível, cognoscível e estável*, de modo que os jurisdicionados possam confiar no Poder Judiciário. Se a todo momento muda-se o entendimento ao sabor do vento, não há como confiar.

Nesse diapasão, BERMAN (2015) traz a emblemática discussão sobre a forma como se dá a perda do mandato de parlamentares condenados pela prática de crimes comuns. No julgamento da Ação Penal nº 470, o STF decidiu que uma vez ocorrido o trânsito em julgado da condenação de parlamentares, a perda do mandato seria automática, cabendo à Casa respectiva emitir provimento meramente declaratório.

Todavia, menos de um ano depois, no julgamento da Ação Penal nº 565, o Supremo decidiu de forma diferente, conforme lembra BERMAN (2015), passando a entender que a perda do mandato dos parlamentares, mesmo em casos de condenação por crime comum transitada em julgado, dependeria de deliberação da respectiva Casa. *O que mudou nesse íterim para justificar a modificação?* Dois novos ministros passaram a integrar o STF e adotaram entendimentos diferentes de seus antecessores.

Por sua vez, cômica é a observação que Daniel Amorim (2016) faz em relação ao STJ. Segundo Amorim, costuma-se chamar o Superior Tribunal de Justiça de *tribunal gerúndio*, já que nunca decide ou entende, mas está

21 Luiz Fux: “O Brasil não admite retrocesso” – Novo presidente do STF elogia a Lava Jato e diz que discussão sobre condenação em segunda instância deve ser retomada. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/nada-justifica-derrubar-a-lava-jato-diz-luiz-fux/>> Acesso em: 01 de abr. de 2021.

decidindo ou entendendo, podendo mudar o entendimento a qualquer momento. Ou ainda, de *tribunal Band News*, já que em 20 minutos tudo pode mudar.

Além de não conferirem durabilidade às suas decisões, as cortes de vértice em muitas oportunidades deixam de fazer uso dos mecanismos adequados e se mantêm firmes a teses sistematicamente incompatíveis com o ordenamento jurídico. Pior é quando um órgão fracionário entende de modo completamente diverso do outro dentro do mesmo tribunal.

Por exemplo, a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), fez com que a 5ª Turma do STJ, no julgamento do HC 590.039/GO²², datado de 20 de outubro de 2020, entendesse que a lei *excluía* a possibilidade de o magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício, superando (*overruling*) a jurisprudência da Corte, que era firme em sentido contrário.

No entanto, em vez de a 6ª Turma do STJ acompanhar as mudanças sistêmicas ocorridas com a entrada em vigor da nova lei, que ratificou a vigência do sistema acusatório, manteve-se presa à jurisprudência defasada do Tribunal, quando do julgamento do HC 583.995/MG²³, ocorrido em 15 de setembro de 2020. Disso, *conclui-se*: se o sujeito impetrar uma ordem de *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça tendo como fundamento a ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, por ferir de morte o sistema acusatório, a sua liberdade estará à sorte do *Writ* ser distribuído à 5ª Turma.

Como cirurgicamente observa BERMAN (2015, p. 176), para que um sistema baseado na reprodução de precedentes funcione adequadamente, é preciso que os juízes estejam imbuídos de certa dose de modéstia, afinal de contas, “respeitar um precedente significa curvar-se a um entendimento que foi manifestado por terceiro, e que não necessariamente coincide com o daquele juiz”. E continua:

22 STJ - HC: 590039 GO 2020/0146013-9, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Publicação: DJ 25/06/2020.

23 STJ - HC: 583995 MG 2020/0122296-6, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07/10/2020.

Essa postura humilde que se exige dos juizes que atuam num sistema em que os precedentes possuem força vinculante pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: a primeira, mais evidente, sugere deferência perante os julgamentos anteriores já proferidos sobre determinado assunto. A segunda, com aplicação somente aos órgãos colegiados, consiste na deferência perante a opinião manifestada pelos colegas de tribunal.

Por outro lado, um outro elemento que reflete a individualidade das decisões no âmbito das cortes, e que dificulta o fortalecimento do colegiado e da institucionalidade das decisões, é o modo de deliberação. Virgílio Afonso da Silva (2009), ao tomar como parâmetro a dinâmica decisória do STF, que por sinal, não difere muito dos demais tribunais brasileiros, afirma que é quase desprovida de troca de argumento entre os ministros, posto que, geralmente levam seus votos prontos e não estão ali para ouvir e considerar a opinião do colega, não há debate, como se não pertencessem a uma instituição.

Como consequência, não raramente, há fortes e conhecidas divergências no tribunal em relação à determinada matéria, o que sem dúvida, escancara a inexistência de unidade decisória e abre espaço para decisões judiciais contraditórias no âmbito da Corte.

Noutro giro, ainda que votem a solução de uma questão no mesmo sentido, observa-se que os acórdãos se constituem da soma das numerosas razões justificadoras explicitadas individualmente pelos julgadores, muitas vezes, subjetivas e pouco didáticas, o que dificulta o conhecimento ao certo da tese jurídica adotada pelo tribunal para dirimir a controvérsia.

Por essas razões, em um sistema jurídico onde houver indiscutível liberdade interpretativa dos juizes, consequentemente fraco deve ser o poder conferido aos precedentes. Contudo, se o Direito brasileiro passou a valorizar os precedentes, a independência da magistratura na interpretação e aplicação do direito *deverá ser conscientemente restringida*, uma vez ser necessário que as decisões judiciais possuam certo grau de estabilidade, sob pena de quebrar a segurança jurídica esperada.

Todavia, cumpre destacar que enquanto não houver precedente sobre determinada controvérsia, é de certa medida inevitável e até saudável o desacordo interpretativo, pois é função das cortes de justiça fomentar o debate

e explorar os diversos significados do texto legal, em que pese seja desejável que mantenham sua jurisprudência uniforme e segura.

Não obstante, a desobediência das cortes de hierarquia inferior aos precedentes das cortes de vértice ainda é um problema. Recentemente, a 6ª turma do STJ fez apelo jurisprudencial²⁴ quando do julgamento do HC 126.272/MG²⁵. Tratava-se o caso de crime de furto em que o autor não possuía condenação anterior e o objeto do ilícito consistia em frangos empanados avaliados em R\$ 4,00. Pelo entendimento consolidado do tribunal, jamais deveria ter sido impetrada a ordem de habeas corpus, uma vez que a sua jurisprudência indica ser possível aplicar o princípio da insignificância quando o valor do bem furtado não ultrapassar 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos, e, portanto, já no primeiro grau, a controvérsia deveria ter sido solucionada.

Ocorre, que além de escancarar a falta de prioridade na persecução penal, o julgamento revela que o Superior Tribunal de Justiça ainda funciona como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários e não como uma Corte de precedentes (MARINONI, 2014). O Ministro Sebastião Reis, componente da turma, citou durante o julgamento o crescimento do acervo de processos em matéria penal e desabafou:

“Onde já se viu essa quantidade de questões que temos que julgar porque os tribunais se recusam a aplicar nossos entendimentos? [...] Onde já se viu o STJ perder tempo para julgar um Habeas Corpus para trancar uma ação onde valor do furto foi de R\$ 4? Quanto que se gastou com esse processo?”

Destarte, um sistema de precedentes é alicerçado em decisões de cortes supremas. Disso decorre a grande responsabilidade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em serem exemplo de firmeza, não de engessamento, prestando obediência aos seus precedentes, mantendo o equilíbrio e a institucionalidade de suas decisões. Do contrário, se

24 Punitivismo desenfreado – STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$ 4 em comida e faz apelo jurisprudencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

25 STJ - RHC: 126272 MG 2020/0099738-5, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 08/05/2020.

as Cortes de vértice não gozarem de tais características e não derem o exemplo, os demais órgãos do Poder Judiciário continuarão a se achar independentes do ponto de vista interpretativo, e assim, a irracionalidade das decisões judiciais permanecerá.

5. CONCLUSÃO

Ao fim deste trabalho, percebe-se que a força dos precedentes no Brasil tem passado por considerável expansão. É possível concluir que o precedente judicial é um instituto muito importante para os fins da segurança jurídica. Embora dotado de bastante eficácia e fluidez, não pode ser visto como mecanismo por si só suficiente para sanar o problema da carência de coerência e unidade do Direito brasileiro.

É preciso que os juízes de todo o país tenham consciência e se comprometam com o *exercício de modéstia* e da *prudência*, de modo a respeitarem as decisões passadas do colegiado e dos órgãos hierarquicamente superiores, comportando-se seriamente com o propósito da atividade jurisdicional e não como ilhas isoladas dentro da engrenagem do Poder Judiciário.

A releitura da segurança jurídica sob o aspecto da *estabilidade* e *previsibilidade* da ordem jurídica como um todo é medida imprescindível, pois a sua visão tradicional é bastante precária e insuficiente. O Estado está vinculado à sua preservação em todo e qualquer ato, independente das convicções pessoais daqueles que exercem a função de poder, principalmente o judiciário, uma vez que lhe incumbe interpretar e aplicar o Direito.

Embora se constate dificuldades em sua aplicação, os precedentes obrigatórios constituem um caminho necessário à segurança jurídica, em que pese no atual cenário sua observância decorra de expressa imposição legal, e por conseguinte, de um dever funcional. Trata-se do primeiro passo rumo à incorporação dos precedentes à cultura jurídica brasileira.

A técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta muito a previsibilidade da decisão e, portanto, otimiza a segurança jurídica, afinal, a aplicação do Direito parte de um caso concreto para outro – e não das generalidades e abstrações da lei.

Tomando-se em conta os ensinamentos de GADAMER (1997), é possível entender como cada magistrado no exercício da atividade interpretativa pode chegar a uma concepção diferente sobre o mesmo texto legal, e com isso, entregar uma prestação jurisdicional distinta para casos que deveriam ter sido tratados de modo isonômico, ou idêntica para casos que deveriam ter sido tratados distintamente.

Por isso, decidir com base em precedentes é mais seguro, dado que, ao invés de partir das interpretações pessoais, partir-se-á da comparação minuciosa das características e dos fatos determinantes do caso modelo, de modo a verificar se é possível adotá-lo ou não para decidir a questão atual, diminuindo, assim, o nível de imprevisibilidade e subjetividade dos julgamentos.

Consequentemente, a correta adoção dos precedentes obrigatórios contribui de modo considerável para a estabilidade do Direito, o que inevitavelmente fomenta a confiança do jurisdicionado e o possibilita conhecer o Direito a ser aplicado, posto que uma vez que dada controvérsia possuir uma definição das cortes supremas, o precedente somente será afastado se por meio de pesada argumentação restar demonstrado que o caso paradigma não se encaixa no caso atual. Além do mais, uma vez constituído, o precedente representará a continuidade da ordem jurídica e vigere por período considerável, até que se mostre incongruente ou em descompasso com o sistema, o que exigirá da corte que o preferiu a utilização da técnica de superação.

Lado outro, a adoção de precedentes obrigatórios não representa o engessamento da ordem jurídica, porquanto sua aplicação não é automática, bem como, porque há mecanismos que possibilitam afastá-lo ou superá-lo, preservando-se a constante evolução do Direito.

Por fim, não será tarefa fácil a inclusão dos precedentes obrigatórios à cultura jurídica brasileira. Todavia, é preciso reconhecer que a segurança jurídica inevitavelmente transitará cada vez mais pelo sistema de precedentes brasileiro, cuja relação de dependência tende a ser fortalecida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: CNJ, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.494/1997, de 10 de setembro de 1997. **Disciplina a**

aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em: 05 de abr. de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347/1985, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao**

consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e

turístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.

Acesso em>: 05 de abr. de 2021.

BERMAN, José Guilherme. **(Juris)prudência e sistemas jurídicos: um breve estudo sobre a modéstia judicial na common law e no sistema romano-germânico**. Rio de Janeiro: Rda – Revista de Direito Administrativo, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Uniformização da Jurisprudência e precedentes judiciais**. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Revista Livraria Almedina Coimbra, 1993.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Ed. JusPoivm, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FEBRAPO – frente brasileira pelos poupadores. **O que foi o Plano Verão?** Disponível em: <https://febrapo.org.br/o-que-foi-o-plano-verao/>. Acesso em: 01 de dez. de 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvim, 2011.

JÚNIOR, Marcos Vinicius Barreto Serra. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Brasília, RIL – Revista de Informação Legislativa, 2017.

Limitação territorial de sentença em ação civil pública é inconstitucional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/limitacao-territorial-de-sentenca-em-acao-civil-publica-e-inconstitucional/>. Acesso em: 29 de nov. de 2021.

Luiz Fux: “O Brasil não admite retrocesso” - Novo presidente do STF elogia a Lava Jato e diz que discussão sobre condenação em segunda instância deve ser retomada. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/nada-justifica-derrubar-a-lava-jato-diz-luiz-fux/>. Acesso em: 01 de abr. de 2021.

MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Cultura e previsibilidade do direito**. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Manual de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. RT - Revista de Processo, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle. **O Brasil entre o civil law e o common law: a tendência de padronização decisória (uso de precedentes) – lter mínimo para a sua aplicação**. Diritto brasiliano, 7 jul. 2011.

Punitivismo desenfreado. **STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$ 4 em comida e faz apelo jurisprudencial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, 2009.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, José Cruz. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 27/09/2021

APROVADO | *APPROVED* | 14/03/2022

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | Letícia Gomes Almeida

SOBRE OS AUTORES | *ABOUT THE AUTHORS*

LUIS FELIPE MUNIZ MELO

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Estagiário do Escritório Harrison Leite Advogados Associados. E-mail: luis.felipemelo@hotmail.com.

LUIS CARLOS DO NASCIMENTO

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz e em Mediação Extrajudicial de Conflitos pelo Resolve Instituto. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Professor da Faculdade de Ilhéus e Universidade Estadual de Santa Cruz. Advogado. Consultor. E-mail: lfmmelo.drt@uesc.br.