

Ainda o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?

02/03/2023

1. E continua a desobediência ao Superior Tribunal de Justiça. E por quê? Porque não temos (ainda) um "sistema de precedentes"



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Leio no **ConJur** mais uma — justa — reclamação de ministro do

STJ contra descumprimento de "precedentes" da corte. O ministro Schietti mais vez coloca na mesa o problema ([leia aqui](#)).

O problema é recorrente. Já escrevi aqui dizendo que talvez o problema esteja na seguinte questão: **não temos um sistema de precedentes**. E teses não são precedentes.

Enquanto não enfrentarmos isso de frente continuaremos no mesmo patamar. O STJ e o STF "compraram" uma ideia equivocada sobre o conceito de precedente: por ela, os Tribunais Superiores "são cortes de precedentes". Isso, com a devida vênia, não existe em nenhum país do mundo. E por uma razão: precedentes são contingenciais; **jamais são feitos para decidir casos futuros**. Peço desculpas por me repetir. Veja-se os seguintes textos e livro — [aqui](#), [aqui](#), [aqui](#), [aqui](#) (e [livro](#)).

2. O que é, efetivamente, um "precedente" que possa ser invocado na forma do artigo 489, do CPC (e do 315 do CPP)?

Eis o ponto. Outro dia outra notícia me chamou a atenção: "*Desrespeito a um único acórdão não é ofensa a jurisprudência, diz STJ*".

No recurso, a parte trouxe à tona o artigo 489, §1º, VI, que diz 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"*.

Não quero discutir a questão de fundo, sobre de onde veio o "precedente" (sic) invocado pela parte. Falo da clareza do texto do inciso VI. E por qual razão um julgado não seria suficiente para ser invocado? O texto me parece claro. E que deve valer. Até ser declarado inconstitucional — o que não parece ser o caso.

Todavia, o STJ redefiniu o dispositivo, para dizer que *"a indicação de julgado simples e isolado não ostenta a natureza jurídica de 'súmula, jurisprudência ou precedente' para fins de aplicação do artigo 489, parágrafo 1º, VI, do CPC"*.

Segundo a corte, para ser invocado um julgado pressupõe *"multiplicidade de julgamentos no mesmo sentido"*.

3. O que é razão de decidir *stricto sensu* de um julgado? A sua *holding*? Vejam o interessante caso do *in dubio pro usuário de drogas quando há dúvida sobre a quantidade*

Cabe a indagação: por que um julgado importante não é precedente? Vamos fazer um teste? A 6ª Turma do STJ decidiu, recentemente, que a **existência de dúvida razoável sobre se uma pessoa flagrada com drogas é traficante ou usuário deve ser resolvida pela adoção de interpretação mais favorável ao réu**, mesmo que a ação penal ainda esteja em andamento. Assim, deu provimento ao recurso em Habeas Corpus para desclassificar a conduta imputada a um homem que estava sendo processado por tráfico de drogas. Ele agora responde por consumo pessoal.

Como se chega a um resultado de julgamento? Parece evidente que, em circunstâncias similares, poderei invocar o precedente acima na forma dos artigos 489 e 315. A *holding* (o princípio) é: **a dúvida na aferição da tipificação em casos de crime de entorpecentes em face da quantidade deve favorecer o indiciado-réu.**

Mas vou mais longe, para dizer que até mesmo é possível invocar o *dubio pro réu* para além desse caso, **revogando o antigo "in dubio pro societate"**. Eis a força de um julgado. Eis a força do que é verdadeiramente um precedente.

Sim, aqui, se levarmos a sério o sentido de precedente, **o julgado antes elencado pode ser invocado no caso seguinte**. E o próprio tribunal terá de o aplicar, a não ser se fizer um *distinguishing*.

4. Por que volto a repetir: *o que é isto — o precedente?* Uma decisão já pode ser precedente?

Primeira questão: a decisão do STJ que diz que *"um-acórdão-não-é-jurisprudência-mas-também-não-é-precedente"*, é ou não é, **ela mesma**, um precedente? **Ela é um precedente que passou pelo filtro na "forma qualificada"**? De todo modo, pelo visto, ela — a decisão — só será quando se formar jurisprudência. Mas aí será jurisprudência. Pergunto: então para que serve o

instituto chamado "precedente"?

Um tribunal não pode decidir o que é um precedente. Por quê? Porque o precedente exsurge das contingências. Não se fazem precedentes.

Segunda questão: precedente seria uma das decisões que fazem "jurisprudência"? Quantos "precedentes" fazem jurisprudência? Três? Cinco? Dez? Dois? Por que não um a menos? Ou a mais? Ou um só?

"Lenio Streck está dizendo que toda decisão judicial é um precedente"? **Não.** Nem de longe afirmo isso. Toda e qualquer decisão, não. Mas uma só pode. Dependendo do contexto. Dei o exemplo acima do *in dubio pro reo*. Isto porque sempre disse que precedente não nasce, **mas se torna precedente.** É por isso que sempre insisti que precedentes não são teses gerais e abstratas *pro futuro*.

Mas meu ponto é que um "sistema de precedentes", ou mesmo a própria exigência de fundamentação do 489 — esqueçamos por um momento a tal "cultura de precedentes" —, **mostra que, se há uma decisão pretérita de tribunal trazida e alegada, o tribunal, pela exigência de fundamentação, deve mostrar por que a razão de decidir não se aplica.**

Ora, um precedente é uma decisão paradigmática, que é reconhecida como tal pelo próprio tribunal e pelos tribunais subsequentes, a partir dos fatos que a engendraram e dos princípios que embasaram uma *holding*, *ratio*, **a "razão de decidir"**. O ponto é: razão de decidir.

Mas tanto já discuti sobre isso, tanto já briguei, que o ponto hoje nem é esse. É uma questão de **fundamentação**, de respeito à lei e respeito a um direito fundamental que tem o cidadão de uma resposta constitucionalmente adequada — que não tem como ser adequada se um tribunal pode decidir de forma *ad hoc* dar nomes às coisas.

5. Uma decisão que altera a posição do tribunal pode ou não ser invocada como precedente?

Como falei em dois textos recentes ([Equívocos sobre a "cultura de precedentes" à brasileira: novo round](#) e [Decisão do TJ-CE mostra que não há cultura de precedentes](#)), qualquer decisão pode virar precedente. Ou não.

De que maneira o tribunal muda de posição? Tomando uma decisão. E essa decisão que mudou uma posição não pode ser invocada como "precedente"? Se não, há que esperar novas decisões iguais? Como serão invocadas?

Parece que estamos diante de um grande problema: o dos "precedentes", cuja tese o tribunal absorveu de um grupo de doutrinadores que afirmam que precedentes são feitos *pro futuro* (**e aí está o problema, porque no mundo todo — e isso é fato — precedentes não são feitos para o futuro**, porque não são leis e Judiciário não faz leis) e do alcance do artigo 489, parágrafo 1º.

Explico. Se o inciso VI trata do *distinguishing*, havendo uma decisão de tribunal que decidiu a matéria discutida em um determinado sentido que lhe seja favorável, por qual razão *a parte não pode invocar essa decisão como sendo um precedente*? Pense-se, como falei acima, *em um*

julgado do próprio STJ ou até mesmo do STF...!

Se não pode invocar na forma do artigo 489, isto quererá dizer, então, que qualquer decisão (ou duas ou três) que ainda não receberam o "selo de qualidade" podem ser reproduzidas ou ignoradas sem critério, pela simples razão de que não são "precedentes" e ainda não são "jurisprudência"?

Sendo mais claro: vingando essa posição, isto significará dizer que o próprio tribunal estará autorizado a decidir sem qualquer critério sobre o enfrentamento (ou não) das razões jurídicas adotadas em julgamento anterior, uma vez que a decisão que gera (por ser uma só) não poderá vir a servir de precedente ou jurisprudência. E, é claro, essa posição jamais será considerada jurisprudência, porque não poderá ser invocada e a parte sequer poderia fazer um *distinguishing* que fosse. Uma boa tautologia.

E, afinal, quais são os critérios epistemológicos pelos quais se distingue um precedente "comum" e um "qualificado"?

6. De que adianta o causídico invocar julgado anterior se o tribunal só aceita "precedentes qualificados"?

Além disso, a ideia de que o juiz não é obrigado a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos com base em julgamento anterior invocado pela parte **desprestigia a própria noção de contraditório como direito de influência e proibição de decisão surpresa, uma das bandeiras do CPC/2015.**

Logo, de que adianta ao advogado argumentar com base em julgamentos anteriores de tribunal se esses julgamentos, por não serem "precedentes qualificados", **não precisam ser enfrentados pelo próprio tribunal?**

Mas o tribunal poderia fundamentar a sua decisão com "meros julgados" sem força de "precedente qualificado"? Querem constatar? Um acórdão do STJ para dizer que não basta mencionar um julgamento para ser precedente nos termos do inciso VI do artigo 489 cita o AgInt no AREsp nº 2.028.275/MS **que, até prova em contrário, não é nem "precedente" e nem jurisprudência (naquilo que o STJ entende por).** E então? Percebem a complexidade do problema?

Seria, então, a "cultura de precedentes" somente a "cultura dos precedentes qualificados", **rótulo atribuído apenas aos precedentes oriundos dos Tribunais Superiores ou de procedimentos voltados a firmar "teses jurídicas"**? O problema persiste...

7. Diante disso, como fica o enunciado "desrespeito a um único acórdão não é ofensa à jurisprudência"? O caso Marbury não seria precedente? Brady v. Maryland também? E há diferença entre decisões em habeas corpus e de outros ramo do direito?

Insisto: um precedente não nasce precedente. Torna-se! Isto quer dizer que qualquer decisão, por circunstâncias das mais variadas, pode vir a se tornar um precedente. Mais: quando um tribunal de um estado ou TRF julga um caso e ali descobre uma nova linha de raciocínio jurídico, por qual razão estaria proibido que esse entendimento venha a mudar toda a cadeia

discursiva no plano nacional? **Não fosse assim e teríamos um sistema petrificado.** É por isso é que precedentes não são feitos para o futuro.

E quando for Habeas Corpus? Quando se decide, em sede de HC, sobre decisão que deveria ter garantido a liberdade do paciente (**HC 780.947**), isso não é precedente no genuíno sentido para ser invocado no caso seguinte? E quando o STJ decide que não cabe condenação baseado em fotografia da arma, isso não é precedente *per se*? E quando o STJ decide que o Habeas Corpus pode ser usado para averiguar se há excesso de prazo na etapa de formação da culpa, e, conseqüentemente, na manutenção de medidas cautelares contra a pessoa que é alvo de investigação criminal (**RHC 147.043**), **isso não é precedente válido? Cidadãos (réus, pacientes, indiciados), em situações similares, não podem ter a seu favor as razões de decidir desses precedentes?**

Ainda uma questão: no Brasil há que se cuidar para que uma frase ou uma pequena parte de um julgado não vire "precedente" tipo *prêt-à-porter*. No caso, em quantos processos uma manchete do **ConJur** será repetida para afastar, por exemplo, um precedente? Por exemplo, veja-se o problema quando for um julgado do STF ou um julgamento de Habeas Corpus na Suprema Corte ou no STJ:

"Desrespeito a um único acórdão não é ofensa a jurisprudência, diz STJ".

Para reflexão! É por isso que, parafraseando o famoso livro de Lionel Shriver, *precisamos falar sobre precedentes*.

8. Sempre é difícil dizer qual o ponto mais sensível do sentido de "precedente": talvez o principal seja "um precedente não é uma regra geral e tampouco é algo *pro futuro*"

Mientrastanto, reforço o que venho falando sobre precedentes: não há multiplicidade de decisões que antecederam *Marbury v. Madison*. Pelos critérios brasileiros, não seria precedente? Não se trata de dizer que lá é *common law* e, aqui, *civil law*. Nos dois sistemas, precedente não é feito para o futuro. E lembro que os assentos portugueses foram considerados inconstitucionais. Eram como as nossas "teses" ou "súmulas". Temos de reler Castanheira Neves, para citar apenas um autor importante.

Por último: quando digo que precedentes não podem ser teses abstratas "tipo leis" e que não devem ser feitas pro futuro, não me sustento apenas em um parte da família dos sistemas jurídicos. Lembro, a propósito, que o artigo 12, parágrafo 3º, da Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha, diz que também *não poderão os juízes e tribunais ditar instruções, de caráter geral ou particular, tratando da aplicação ou interpretação do ordenamento jurídico*.

Isto é: juízes e tribunais **emitem normas particulares**; *em nenhum caso emitem normas gerais e abstratas*. Ou seja, não parece que nossas teses teriam guarida em países como Espanha, Portugal, entre outros.

Sobre o que é um precedente, diz um dos doutrinadores espanhóis *expert* no assunto, Francisco Laporta: se em um caso anterior se coloca uma solução razoável ou justa, essa solução será também razoável ou justa para um caso posterior semelhante a esse em seus aspectos relevantes (sua *holding*). Isso serve para precedentes horizontais e verticais.



Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>