

Juízes devem ser a ‘boca dos precedentes’?

Uma proposta de diálogo

31/10/2024

Abstract: Presidente do STF diz que juízes não devem interpretar; devem obedecer aos precedentes. Vamos falar sobre isso?

O discurso do ministro Barroso no congresso sobre Precedentes

As últimas semanas têm sido intensas no Brasil; a premência de tratar das ocorrências do momento fizeram com que este assunto ficasse para trás, mas não pode passar batido: entre os dias 9 e 10 de setembro aconteceu o VI Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados, organizado pelos tribunais superiores em Brasília e sediado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Como esperado, a discussão se deu sobre acordos. A tese central: tribunais superiores são cortes de precedentes; são fábricas de precedentes; fazem estoques de normas para o futuro. Ao que sei, não houve *disagreements*.

A coluna tem um aspecto descritivo (fazendo uma descrição densa no sentido de que fala C. Geertz) e um conjunto de prescrições – como deve ser a doutrina.

Com efeito.

Na conferência de abertura do evento, o presidente do Supremo Tribunal Federal afirmou:

“...o precedente não é uma escolha filosófica, nem ideológica, é a única alternativa que existe para uma jurisdição de qualidade, entregue a tempo” (leia [aqui](#)).

Com a cordialidade de sempre, permito-me discordar do ministro Barroso e dizer: **precedentes são sim uma escolha filosófica e ideológica**. Não há ponto zero. Na própria reportagem sobre o evento publicada aqui na **ConJur**, já consta minha crítica às teses precedentalistas: **precedentes não nascem para vincular; vinculam a partir do processo sucessivo de interpretação** ([aqui](#)).

Porém, como novidade, a reportagem nos traz uma interessante manifestação do ministro Barroso acerca do livre convencimento:

*“a observância dos precedentes exige [...] **renúncia das próprias convicções**, o que é, talvez, o capítulo mais difícil na vivência brasileira, em que o princípio da livre convicção sempre foi potencializado. O juiz decide de acordo com a própria consciência e pronto”*.

Assim, tendo em vista que muito já escrevi sobre os problemas advindos do livre convencimento (aliás, o CPC de 2015 abandonou o livre convencimento) e de decisões tomadas a partir da

consciência do julgador, proponho-me a trazer algumas considerações sobre o assunto que considero pertinentes – sempre me mantendo fiel estritamente ao que disse o ministro.

Precedentes: tentativa de construção de interditos interpretativos? É adequado propor segurança jurídica ao custo do retorno ao século XIX, com a proibição de interpretar?

Conforme o ministro, há uma necessidade de superação do paradigma do livre convencimento que está introjetado no imaginário dos julgadores brasileiros. No entanto, em sua visão, a “única solução possível” seria a partir da adoção definitiva de um “sistema de precedentes”.

Ao que entendo, há uma confusão entre o processo de interpretação (chamemos de hermenêutica) e aquilo que o ministro entende por “livre convicção” (ou livre convencimento). Não me parece adequado fazer a dicotomia “**ou livre convencimento ou textualismo**” (**o precedentalismo, como demonstrarei, é um retorno ao textualismo**). Todos nós interpretamos; temos subjetividades. Temos consenso sobre isso, certo? Porém, não somos livres para atribuir sentidos. Fossemos livres, o mundo seria um caos. Veja-se a crítica de Lewis Carroll em *Alice Através do Espelho*, com o personagem Humpty Dumpty.

Todavia, sob a perspectiva do ministro, precedentes são a solução para os problemas de segurança jurídica do Brasil. Ocorre que esta perspectiva **não está preocupada em como os juízes decidem**. E esse é o problema, porque o ministro quer segurança ao **custo de uma volta ao século 19**, com uma espécie de proibição de interpretar (que era a pretensão do positivismo do século 19, nas suas três versões). Aliás, nesse sentido ele não está só. Acompanham-no vários professores-doutrinadores brasileiros, que sustentam que o papel dos Tribunais Superiores é o de fazer normas (estoque de normas).

Parece que há uma pretensão de, por meio do sistema de precedentes, **construir interditos interpretativos**, deixando aos juízes e tribunais de piso a tarefa de boca dos precedentes.

Assim, se só há um intérprete oficial – e essa é a tese de Barroso e da doutrina precedentalista –, **este não pode ser contestado**. Aqui entra o papel das Cortes de Vértice, que constroem precedentes para o futuro. Na verdade, já não são precedentes no sentido do conceito original; são, sim, regras gerais, como ocorria, e isso será demonstrado a seguir, com os assentos portugueses – para ficar com um exemplo do *civil law*.

Assim, na medida em que a tese precedentalista (dominante nos tribunais superiores do Brasil) se sustenta na concepção – ceticista – de que o Direito é indeterminado, cabendo aos tribunais superiores atribuírem sentido ao Direito, aos demais tribunais do país **resta a tarefa de aplicar esses “precedentes” de maneira exegética-subsuntiva**, limitando-se a reproduzir aquilo que fosse decidido pelos “tribunais de vértice”.

Foi por isso que o ministro Barroso assim se referiu aos juízes na palestra: eles “**devem abandonar suas convicções e seguir os precedentes**”. Essa fórmula repete o que a doutrina precedentalista já disse antes, e que expliquei acima. Dizendo mais uma vez: para o ministro Barroso, a defesa da obediência dos “precedentes” está casada com **a renúncia voluntária dos julgadores ao livre convencimento**.

Ou seja, para o ministro, **o livre convencimento e a discricionariedade não são problemáticos, desde que esse poder seja exercido por quem “fabrica” os precedentes**, é dizer, os tribunais superiores, cuja tarefa é de dizer o que o Direito é.

Já os juízes, segundo a tese, têm de obedecer ao que está posto. Livre convencimento só não vale para juízes e tribunais de piso. Bastante clara a fala do ministro nesse sentido.

Concordo que não deve haver livre convencimento – já escrevi muito sobre o assunto – **mas essa superação não pode partir de uma “renúncia voluntária” em nome dos “precedentes”**. E por qual razão? Porque a superação (ou abandono, como diz o ministro) **deve ser produto de uma teoria da decisão** (uma criteriologia) traduzida pelo dever de fundamentação, da estrita obediência aos dispositivos legais que tratam desse dever (artigos 371, 489, 926 do CPC) e do prestígio à doutrina, como ocorre em qualquer país democrático.

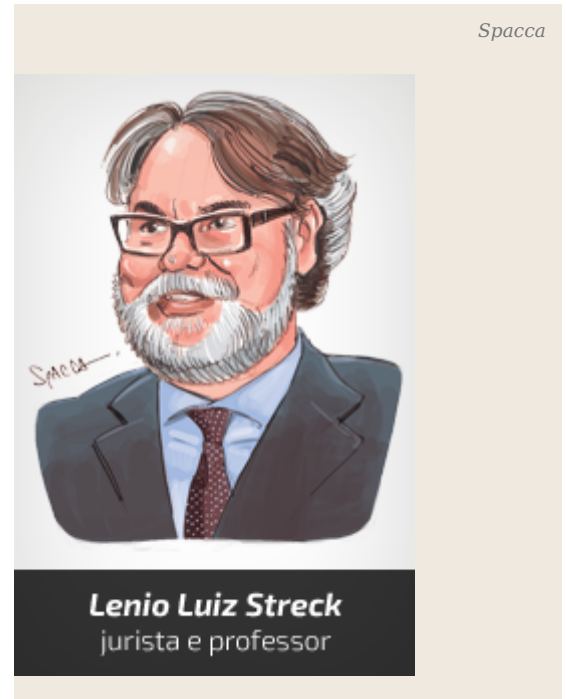
Devemos obedecer aos precedentes, sim. Evidentemente. Como em qualquer país democrático. Porém, precedentes não são regras gerais e abstratas construídas pelos tribunais. Vejamos países como Inglaterra, Alemanha, Portugal e Espanha. Em especial, Portugal, que rejeitou os assentos, conforme explicarei na sequência.

Pois bem, conforme já apontei em texto anteriores e no meu livro *“Precedentes Judiciais e Hermenêutica”*, embora os precedentalistas refiram que o que se busca fazer no Brasil é instauração de uma cultura de precedentes a partir da importação de institutos do *common law*, em verdade se pode verificar que esse “sistema de precedentes” é algo muito mais próximo do que existia em Portugal e que terminou por ser declarado inconstitucional por lá: chamava-se de **instituto dos assentos**. Já explicarei.

Os assentos portugueses: é necessário refletirmos sobre aquela experiência

Os assentos do Direito português se construíram ao longo de uma tradição que remonta aos tempos do Império brasileiro, razão pela qual foram inicialmente adotados no Brasil e, posteriormente, extirpados de nosso ordenamento jurídico com a Proclamação da República [1].

Mesmo após a sua retirada no Brasil, por incompatibilidade com a separação de poderes que havia sido instaurada com a República, é possível observar que ao longo do tempo se tem buscado mecanismos que possibilitem a construção de teses gerais e abstratas com caráter prospectivo, por parte dos tribunais; foi assim inicialmente com os prejudgados, depois houve a tentativa de restauração dos assentos no anteprojeto do CPC de 1973.



De maneira surpreendente, o maior sucesso obtido neste empreendimento se deu após a Constituição Federal de 1988. A Emenda Constitucional nº 45 trouxe com ela as súmulas vinculantes e o CPC de 2015 este “sistema de precedentes” (na verdade, o CPC nada fala sobre sistema e, quanto a precedentes, coloca-os como condição para a edição de súmulas!).

Em Portugal, o instituto dos assentos foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional no ano de 1993. A Corte se valeu da doutrina de Castanheira Neves (observe-se o papel da doutrina) para afirmar que os assentos não possuíam caráter meramente interpretativo, mas eram dotados de **originalidade** em face das seguintes características:

- a) emissão por órgão do Poder Judiciário,
- b) no exercício da atividade jurisdicional, ou seja, na análise de um caso concreto, e
- c) que acaba por ultrapassar a atividade meramente jurisdicional, na medida em que constituem os assentos normas jurídicas de aplicação geral e futura, para além da solução de um caso concreto [2].

É muito importante que a comunidade jurídica compreenda esse fenômeno. Esses temas devem ser levados à sala de aula dos cursos jurídicos.

Conforme constou no Acórdão nº 810/93, o instituto dos assentos nestes termos **implicava uma violação à separação de poderes**, uma vez que a Constituição de Portugal estabelecia não ser possível que lei infraconstitucional criasse outros dispositivos normativos com força de lei.

Veja-se: é disso que se trata. Assentos criavam leis gerais e abstratas **e o Tribunal Constitucional de Portugal reconheceu tal atividade era simplesmente incompatível com a atividade jurisdicional** nestes moldes, que impedia a realização concreta do direito.

Vale pontuar que o mencionado acórdão não excluiu o instituto do ordenamento jurídico português. Isso porque houve uma tentativa de conciliar os assentos com a ordem constitucional portuguesa sob o argumento de que continuava importante a busca pela uniformização da jurisprudência (coincidência ou não, a teoria precedentalista faz defesa semelhante).

Então propuseram uma nova interpretação do instituto dos assentos: a de que não constituiriam norma jurídica se só vinculassem os tribunais e juízes subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça enquanto ordem hierárquica e que seria possível revisar os entendimentos fixados nos assentos.

Ou seja, sob uma noção de hierarquia entre os tribunais, com dever de obediência às ordens de uma Corte de ponta (vértice), **pretendeu-se conciliar o instituto dos assentos com uma ordem jurídica democrática sob a justificativa de uniformizar o direito**. Isso esconde uma tentativa de suprimir a independência decisória dos juízes, cuja atividade se bastaria a replicar respostas predeterminadas (um atentado hermenêutico).

Estas incoerências foram apontadas já pela conselheira Maria da Assunção Esteves no Acórdão nº 810/93, que registrou seu voto divergente à época. Além de acusar a violação à independência decisória, **a conselheira denunciou a falácia de limitar os efeitos dos assentos à estrutura do Judiciário**. Ora, invariavelmente as orientações refletiriam nas condutas da sociedade, como se leis fossem, **e tais argumentos levaram à extinção dos assentos do ordenamento jurídico português somente em 1995, com o Decreto-Lei nº 329-A**.

Maria da Assunção Esteves entendeu bem as inconsistências do instituto, que mais parecia um paciente terminal respirando por aparelhos a ser salvo pelo tribunal e foi firme em argumentar que a única forma de manter os assentos no ordenamento jurídico seria considerá-lo como um verdadeiro precedente da *common law*, sem dar autonomia a um enunciado extraído de um julgamento, mas considerar a relevância da íntegra de uma decisão anterior:

“O procedimento de ‘constitucionalização’ da figura dos assentos só seria, com efeito, conseguido se esta figura fosse reduzida à decisão, enquanto tal, do recurso para o Tribunal Pleno [recurso suscitado pela divergência de acórdãos a propósito de uma “mesma questão fundamental de direito”]. Mas já não se se persistir em entender como assento ‘o preceito que formal e normativamente dele se autonomiza para impor em termos gerais e abstractos o sentido jurídico com que tenha sido solucionada a divergência jurisprudencial’” (Castanheira Neves) [3].

Castanheira Neves enxergava tudo isso já no ano de 1983, quando publicou um verdadeiro tratado acerca dos assentos portugueses [4]. O autor identificou a singularidade do instituto na época, pois só encontrava paralelos em regimes não democráticos, como os “*arrêts de réglements*” franceses. Com efeito, Castanheira Neves enxergava no instituto uma verdadeira ameaça à democracia, tendo republicado seu livro no ano de 2014 diante justamente do cenário brasileiro: “*preocupado que continua a estar em discutir o sentido e a admissão das ‘Súmulas Vinculantes’*”.

Isso tudo nos leva à pergunta: tomando por base as características apontadas por Castanheira Neves como aquelas que conferiam originalidade aos assentos portugueses, e que por essa mesma razão levaram à declaração de inconstitucionalidade, **em que eles diferem dos “precedentes à brasileira”?**

A verdade é que a busca por respostas antes mesmo que as perguntas sejam formuladas acaba levando à repetição de erros do passado. Foi assim com os assentos em Portugal. É assim com os precedentes no Brasil.

Superação do livre convencimento (ou livre convicção) pelos precedentes?

Ministro Barroso disse: o juiz necessita **renunciar das próprias convicções**, e isso é, enfatiza, “o capítulo mais difícil na vivência brasileira”. O ministro foi claro na sua conferência.

Mas, vamos problematizar a afirmação. Sou o primeiro a sustentar que precisamos superar o livre convencimento no Direito brasileiro – da mesma forma, a livre apreciação da prova. No entanto, a superação da livre convicção de que fala o presidente da Suprema Corte não pode se dar em favor da construção de teses gerais e abstratas formuladas pelos tribunais superiores com caráter de interdito interpretativo. Também não se deve dar ao custo de voltarmos ao século 19, porque, como bem diz Castanheira Neves, **os assentos eram uma cópia da Jurisprudência dos Conceitos alemã** (pandectismo), com a diferença de que a construção das pandectas se dava sob uma perspectiva absolutamente diferente, isto é, não eram um pronunciamento judicial como os assentos e nossos “precedentes”.

Afinal, se de fato existisse uma cultura de precedentes no Brasil, sempre poderíamos fazer *distinguishing* a partir do caso concreto. Porém, as teses (regras gerais e abstratas) já não guardam relação com o caso concreto. Exigir a aplicação meramente reprodutiva dos “precedentes”, com a renúncia voluntária a livre convicção, transforma os juízes e tribunais de piso em “boca dos precedentes”. É simplesmente substituir um problema efetivamente existente por outro maior ainda... Foi o que o ministro Barroso disse, em outras palavras.

Se fôssemos fazer uma analogia com a Medicina, poderíamos dizer que em sua fala o ministro Barroso identificou corretamente a doença que acomete o paciente: a livre convicção. O problema é que ao prescrever o tratamento – “precedentes” – este vai matar o paciente ao final do tratamento. E quem é o paciente, neste caso? O Direito.

Numa palavra final, o paradoxo: a tese precedentalista está baseada na tese ceticista-realista de que o direito é indeterminado, cabendo às Cortes de Vértice (Tribunais Superiores) o papel de “fechar” esse sentido. O problema ([ver aqui](#)) é que os precedentes, uma vez postos, também são Direito e, portanto, são igualmente indeterminados. Logo, cria-se um looping hermenêutico. Isso foi magnificamente constatado não por mim, mas primeiramente por José Luis Marti, no texto intitulado ***El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?*** [5], já por mim citado tantas vezes.

O cotidiano das práticas jurídicas mostra o tamanho do drama. Como o causídico faz para se defender, por exemplo, de uma decisão que fulmina um REsp monocraticamente, em poucas linhas, mesmo que o tribunal *a quo* tenha admitido o recurso reconhecendo a existência de nada mais, nada menos, do que duas dezenas de omissões no acórdão de segundo grau? Apelará ao “sistema de precedentes”? Eis a pergunta de um milhão de Códigos.

Esse é o papel da doutrina. Buscar respostas. Vamos falar sobre isso?

Post-scriptum: Existe um subsistema de precedentes? Ou nem mesmo um sistema próprio de precedentes?

Em recente evento promovido pelo *Migalhas* cuja temática era recursos especiais no STJ ([ver aqui](#)), a professora Teresa Arruda Alvim apontou a existência de “subsistemas de precedentes” no CPC, referindo a necessidade de se diferenciar “casos idênticos” de “casos análogos” e que o tratamento dado a esses casos não pode ser o mesmo.

Conforme a professora, “casos idênticos” ou “casos binários” – processos de massa e sujeitos ao rito dos recursos repetitivos – são passíveis de serem resolvidos por “teses” que respondem uma pergunta de sim ou não. Exemplo: uma cláusula presente em um contrato de adesão é ou não é nula. Já os “casos análogos” seriam aqueles que poderiam ser resolvidos a partir da mesma solução jurídica passível de ser extraída de um julgamento anterior – por meio de sua *ratio decidendi* – onde as teses e aplicação mecânica não teriam espaço.

Pois bem, devo dizer de plano que **não concordo que existam subsistemas de precedentes**. Sequer concordo que exista no Brasil um “sistema de precedentes”, por todas as razões que referi aqui, somadas a todos os textos e obras (por todas, *Precedentes Judiciais e Hermenêutica*) que publiquei ao longo dos anos sobre o tema. Teses não são precedentes. **Precedente, autêntico, é qualquer decisão da qual seja passível de ser extraída uma holding aplicável a outros casos.** Isso é precedente. Nesse sentido refiro, novamente, o caso da prostituta e da carruagem (*Pearce v. Brooks*) sobre o qual já comentei anteriormente e que meu orientando Thales Delapieve narrou em detalhes [aqui](#). Um caso de construção de carruagem no século 19 foi usado como precedente em um caso de compra de armas duzentos anos depois. Eis o ponto: a *holding*.

Todavia, estabelecido meu desacordo quanto essa premissa, fico feliz que a professora Tereza **concorde comigo naquilo que venho dizendo há muito tempo e sobre o qual escrevi em meu livro “Precedentes Judiciais e Hermenêutica”**: não é possível jogar todos os processos do Brasil em uma vala comum – em razão do “excesso de litigância” – **esperando que a solução para esse problema seja que os tribunais superiores façam um estoque de normas para o futuro** (chamando a isso de “precedentes”) a serem aplicadas de maneira mecânica (veja-se discussão no cpo desta coluna!!!) pelo resto do Judiciário, em todo e qualquer caso, sem chance sequer de fazer *distinguishing*. Da mesma forma, que os tribunais superiores não entendem que uma tese, uma sumula ou uma ementa, não são um precedente. Sobre esses pontos, aparentemente, estamos de acordo. Escrevi muito já sobre isso, por todos, recentemente, o texto [Por que os precedentes não são obedecidos](#).

[1] Para uma análise detalhada ver: STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? Revista Jurídica – UNICURITIBA, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3312>.

[2] NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 4-5.

[3] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 810/93**. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 21 out. 2024.

[4] CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 2014.



[5] MARTI, José Luis. **El realismo jurídico**: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?. Isonomía, México, n. 17, p. 259- 282, out. 2002

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-out-31/juizes-devem-ser-a-boca-dos-precedentes-uma-proposta-de-dialogo/>