

**TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A LEGALIDADE DO
JULGAMENTO DO HC 152752
DOI: 10.31994/rvs.v9i2.431**

Marina Quirino Itaborahy¹
Gustavo Rocha Martins²

RESUMO

No presente estudo, o objetivo será analisar a origem, conceitos e ideias acerca do *common law* e do *civil law*, dentro do cenário brasileiro, inclusive as influências do *common law* no sistema jurídico do país, e, após o exame desses sistemas, buscase relacioná-los com a Teoria dos Precedentes Judiciais no Brasil e aplicar esse estudo ao caso do julgamento do HC 152752, do ex-presidente Lula. Para realizar o presente estudo, foram realizadas pesquisas na doutrina, legislação, jurisprudências e artigos científicos. Após realizar as devidas análises sobre o tema, concluiu-se que a adoção da prática de respeito aos precedentes judiciais garante aos jurisdicionados uma maior segurança jurídica, pois aumenta sua previsibilidade diante do resultado de uma decisão judicial de um Tribunal.

PALAVRAS CHAVE: CIVIL LAW. COMMON LAW. PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA. HABEAS CORPUS.

¹Graduanda do curso de Direito da Faculdades Integradas Vianna Júnior. e-mail: itaborahy_marina@hotmail.com. N° Orcid: 0000-0001-7778-725X

²Mestre em "Hermenêutica" pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) e professor das Faculdades Integradas Vianna Júnior. e-mail: gmartins@vianna.edu.br. N° Orcid: 0000-0002-0010-9984

THEORY OF JUDICIAL PRECEDENTS AND THE LEGALITY OF THE JUDGMENT OF THE CH 152752

ABSTRACT

In this present study, the objective will be to analyze the origin, concepts and ideas about common law and civil law, within the Brazilian scenario, including common law influences in the legal system of the country, and, after examining these systems, to relate them to the Theory of Judicial Precedents in Brazil and to apply this study to the case of the judgment of HC 152752, by former President Lula. To carry out the present study, research was done on doctrine, legislation, jurisprudence and scientific articles. After analyzing the subject, it was concluded that the adoption of the practice of respect for judicial precedents guarantees jurisdictional greater legal certainty, since it increases their predictability in the face of a judicial decision by a court.

KEY WORDS: CIVIL LAW. COMMON LAW. PRECEDENT. LEGAL SAFETY. HABEAS CORPUS.

INTRODUÇÃO

O Brasil tem como sistema político de governo adotado a democracia. Sistema em que se preza, principalmente, pela defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, para que esses possam gozar, por exemplo, de igualdade, segurança e liberdade. Para que esse objetivo possa ser alcançado, o constitucionalismo trouxe como alternativa a elaboração de uma Constituição para o Estado, a qual seria dotada de soberania e força normativa, para que, dessa forma, os indivíduos que estiverem subordinados à Lei Maior pudessem usufruir de segurança jurídica.

Além da implementação de um sistema político e de uma constituição, um Estado necessita também da implantação de um sistema jurídico, sobre o qual pairam duas opções mais comuns: o *civil law* e o *common law*. O *civil law* foi o sistema adotado pelo país, com toda a sua rigidez normativa, relacionada à vinculação severa do magistrado a norma, e a resolução de conflitos focada na subsunção do caso ao preceito normativo. A lei é a maior fonte desse sistema e tinha-se que esse comportamento em relação ao texto da lei era o que mais garantiria segurança jurídica aos indivíduos.

No entanto, o *civil law* foi incorporando elementos do *common law*, no qual o cerne da sua estrutura está na vinculação a decisões judiciais, os precedentes. O sistema jurídico brasileiro foi adotando a prática de valorizar as jurisprudências e respeitar os precedentes judiciais dos Tribunais, pois tal técnica contribui para que o judiciário se mantenha coerente nas decisões proferidas diante de casos semelhantes e, conseqüentemente, contribui para a segurança jurídica, já que busca manter as decisões estáveis e coerentes.

Diante da aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, surgem várias discussões nos Tribunais em relação à manutenção do pensamento exposto por um precedente como decisão base para demais casos, um exemplo de caso que enfrentou tal discussão é o HC 152752 no qual houve o dilema em relação a execução provisória da pena, diante da qual o STF se posicionou em 2016 a favor, e a Ministra Rosa Weber baseou seu voto na teoria dos precedentes e, portanto, a favor do respeito ao que foi decidido naquele Tribunal anteriormente.

A partir do estudo de todos esses elementos do sistema jurídico brasileiro, o objetivo do presente trabalho está em analisar a origem, conceitos e ideias acerca do *common law* e do *civil law*, dentro do cenário brasileiro, inclusive as influências do *common law* no sistema jurídico do país, e, após o exame desses sistemas, buscase relacioná-los com a Teoria dos Precedentes Judiciais no Brasil e aplicar esse estudo ao caso do julgamento do HC 152752, do ex-presidente Lula.

Para alcançar o objetivo supracitado, o trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação, jurisprudência e artigos científicos.

A fim de que o estudo atingisse seu propósito, inicialmente apresentou-se os conceitos de *civil law* e *common law*, diferenciando-os e apontando por meio de quais técnicas esses dois sistemas se encontram, após esse momento, houve o estudo da Teoria dos Precedentes Judiciais e finalizou-se o estudo analisando a legalidade do não provimento do HC 152752, com base na Teoria dos Precedentes Judiciais.

1 CIVIL LAW E COMMON LAW: ANÁLISE E APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS

Dentro de uma jurisdição, cada país adota o seu sistema de normas e no Direito ocidental há uma atenção maior voltada para duas famílias jurídicas: o *civil law* e o *common law* (CAMPOS, 2017). Ambos possuem suas peculiaridades e características únicas e, segundo Aline Medeiros Gorga (2017), por muito tempo, havia o entendimento de que não havia pontos de congruência entre os dois sistemas, mas, após o século XIX, com o maior desenvolvimento da globalização, a aproximação entre os dois sistemas foi se intensificando.

A jurisdição do *civil law* não tem um marco exato do seu surgimento, podendo atribuí-lo ao Direito praticado na Roma Antiga ou até mesmo ao Direito Germânico dos povos bárbaros, o qual mais tarde teve também a influência da Igreja Católica. Contudo, o entendimento que prevalece reside no fato de que as estruturas do *civil law* foram realmente estabelecidas durante a Revolução Francesa, em meados do século XVIII, pois ela marcou a queda do absolutismo e, com isso, o fim da concentração de poder na figura do monarca, passando a nação a ser detentora desse poder (GORGA, 2017)

Aline Medeiros Gorga (2017, p.126), expõe que, diante dos novos ideais trazidos pela Revolução Francesa, o povo não mais queria se ver manobrado por uma política controladora e subjetiva, na qual era considerado apenas o parecer pessoal do monarca e não o que de fato a nação necessitava. Portando, oriundo

desse novo pensamento, foi instituído o sistema do *civil law*, em que trouxe como cerne da jurisdição a obediência à lei, sendo essa fonte primária do Direito, elaborada por um órgão legislativo exclusivo para cuidar do processo legislativo.

A lei, para os ideais vigentes no pós Revolução, seria um fator indispensável para assegurar a liberdade e a igualdade, pois ela traria segurança jurídica, já que o juiz não interpretaria a lei, ele simplesmente a aplicaria, seria um instrumento do direito, fazendo apenas a vontade da lei. Pode-se dizer que tal pensamento inicial pode ser encaixado no campo da utopia, pois apenas a lei não é o suficiente para garantir a previsibilidade das situações e a segurança jurídica, o juiz precisa fazer mais do que aplica-la, precisa interpretá-la (MARINONI, 2011). Para ilustrar o exposto, há uma proposição na Lei Revolucionária de agosto de 1790, Título II, artigo 10, a qual afirma que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo”.

Luiz Guilherme Marinoni (2011) destaca que, o *civil law* foi evoluindo e, durante essa evolução, houve um marco essencial na sua estruturação que foi a chegada do constitucionalismo. A vinda dessa nova forma de positivar as normas e de parâmetro de validade fez-se necessária, pois notou-se que as vezes as leis eram criadas contra os interesses do povo e da justiça. Com a implementação do constitucionalismo, a lei não mais era absoluta, pois agora ela devia subordinação a uma constituição e aos princípios por ela trazidos.

Esse impacto sofrido pelo *civil law* devido a introdução do constitucionalismo, trouxe aos juízes um poder que se aproxima dos juízes ingleses e americanos, os quais têm como sistema o *common law* e, a partir disso, possuem um poder maior de lidar com a lei, devido ao advento da Constituição. Isso ocorre devido ao fato de a lei agora ter de se adequar aos preceitos constitucionais e, com isso, o juiz deixa de ser um servo da lei, já que lhe é permitido, por exemplo, declarar a invalidade de uma lei por não estar de acordo com o previsto na Carta Magna (MARINONI, 2011).

Após o exposto acerca do *civil law*, há outro sistema jurídico utilizado no direito ocidental, o qual é denominado de *common law*. Tal sistema teve origem,

segundo Aline Medeiros Gorga (2017), na Inglaterra, no início do feudalismo, em meados do século XI, expandindo-se para as colônias britânicas, como os Estados Unidos, tendo sua estrutura melhor desenvolvida apenas no século XIII, com as sentenças proferidas pelos Tribunais de Westminster.

A autora supracitada, considera o *common law* um direito jurisprudencial, ou seja, a fonte normativa primária desse sistema são as decisões proferidas pelos juízes, no qual ocorre uma adequação do processo ao caso concreto, podendo, dessa forma, fazer com que o direito se adeque, de forma mais rápida, as mudanças sociais, diferentemente do que ocorre no *civil law*, em que a lei emana de uma fonte mais rígida.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 38-39), defende o *common law* como um sistema que utiliza os precedentes como fonte de direito, não significando que o juiz cria direitos partindo de preceitos particulares seus, porque essa ideia surge quando se compara a atuação do juiz no *common law* como a atuação dele no *civil law*, onde o juiz atua apenas como aplicador da lei pura.

A relevância dos precedentes judiciais surgiu naturalmente dentro do *common law*, como é exposto por Luiz Guilherme Marinoni (2016, p.3):

Como a tradição de *common law* jamais negou – ou precisou negar - o poder criativo dos juízes, o respeito aos precedentes surgiu naturalmente, no curso do desenvolvimento do *common law*, para garantir a igualdade e a segurança jurídica.

Tais precedentes permitem que o juiz se vincule a uma decisão já antes proferida em um caso com a mesma identidade do que estará sendo julgado, mas nem tudo se tornará precedente. Será objeto de vinculação apenas o que foi estritamente relevante e essencial para o resultado do julgado, sendo denominado *ratio decidendi*, enquanto os aspectos dispensáveis são denominados *ober dictum*, cujo papel são de argumentos acessórios para o julgado. Dessa forma, entende-se, portanto, que o papel do juiz não é automático, restringindo-se em apenas aplicar os precedentes já elaborados, há uma apreciação meticulosa, até mesmo para analisar

se há proximidade de fato entre o julgado e o caso concreto apresentado (GORGA, 2017).

Após a análise das famílias jurídicas do *civil law* e do *common law* ao longo da sua trajetória histórica, Luiz Guilherme Marinoni (2011), contribui com o pensamento de que o *civil law* sofreu uma forte evolução estrutural, superando os ideais revolucionários que o pautavam inicialmente, chegando, hoje em dia, mais próximo do real, sem a utopia da Revolução Francesa, podendo ser dito que “o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação de poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo nos dias de hoje, outra figura”.

Portanto, de acordo com Marinoni (2011, p.101), pode-se dizer que hoje em dia o papel do juiz do *civil law* muito se aproxima do juiz da *common law*, pois aquele fica responsável, por exemplo, analisar a constitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto. Dessa forma, vem ocorrendo cada vez mais uma afinidade entre os dois sistemas, fazendo com que a utilização dos precedentes judiciais obrigatórios seja cada vez mais rotineira na jurisdição do *civil law*, buscando a segurança jurídica tão almejada por esse sistema, como o autor mencionado anteriormente expõe:

A segurança jurídica, postulada na tradição do *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em, que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada [...] (MARINONI, 2011, p.101).

2 TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DENTRO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico do *civil law*, adotado pela jurisdição brasileira, tem como um dos seus principais fundamentos a segurança jurídica, acreditando que essa seria alcançada pela aplicação estrita da lei, sem permitir que o juiz aplique qualquer interpretação da norma, tornando-o um mero escravo da lei. No entanto, essa ideia

tornou-se ultrapassada, sendo aplicável, atualmente, dentro *do civil law*, modelo semelhante ao do *common law*, qual seja a utilização de precedentes judiciais, os quais possuem efeito vinculante de força obrigatória, garantindo a segurança jurídica tão almejada, como analisado no tópico anterior do presente estudo.

De acordo com Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), o precedente é o que se extrai da decisão judicial e que pode atuar como parâmetro para julgar casos posteriores, os quais possuam semelhança com esse julgado anteriormente. A análise para que se aplique o precedente a um caso afim ocorre por meio de analogia, da seguinte forma: encontra-se a *ratio decidendi*, a razão de decidir, do caso que será utilizado como parâmetro e, a partir daí, de forma indutiva, retira-se uma regra geral proveniente da razão de decidir do caso, podendo ser aplicada a outros casos semelhantes.

O motivo pelo qual a utilização dos precedentes ganhou espaço no sistema jurídico funda-se no princípio da segurança jurídica, que, segundo Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior (2017), foi positivado no caput do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, e no inciso XXXVI, do mesmo artigo, são apresentados três elementos que constroem esse princípio: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2012), o direito adquirido é a garantia constitucional em que, se preenchidos os requisitos que assegurem o exercício regular de tal direito, esse se agrega ao patrimônio de seu detentor, desse modo, quem possui o direito poderá exercê-lo mesmo que futuramente haja mudanças no ordenamento jurídico que venham a extingui-lo ou modificá-lo. Quanto ao ato jurídico perfeito, ele surge para preservar atos ou negócios jurídicos válidos praticados durante a vigência das normas jurídicas presentes no momento da sua formação, para que possa evitar imprevistos, caso haja uma mudança legislativa. Por fim, Fredie Didier Júnior (2018), aborda a coisa julgada como um efeito jurídico, oriundo da ocorrência de determinado fato jurídico, após a aplicação de uma norma jurídica, atribuindo a coisa julgada, segundo o artigo 502, caput, do Código de Processo Civil de 2015, a característica de imutável e indiscutível. Quanto à indiscutibilidade há duas facetas, a do efeito negativo, a qual preceitua que a mesma

questão não deve ser decidida novamente, e a faceta do efeito positivo, a qual determina que se a questão indiscutível pela coisa julgada retorna como fundamento de alguma outra questão, não poderá ter resolução diferente. Já a respeito da imutabilidade, essa expõe apenas que a coisa julgada não pode ser alterada.

O fato em questão é que a realidade do sistema jurídico brasileiro torna indispensável que as decisões proferidas pelas Cortes Supremas sejam subordinadas aos precedentes, que haja vinculação (SERRA JÚNIOR, 2017). De acordo com o que é exposto por Jose Lúcio Monteiro de Oliveira (2014), o conjunto de leis brasileiras, que compõe o ordenamento jurídico pátrio, só ele não é o suficiente para garantir a segurança jurídica, pois se não houver uma uniformização das decisões judiciais, os jurisdicionados ficarão expostos as inseguranças das normas que não possuem diretrizes determinadas, as chamadas “cláusulas abertas”, por exemplo. Também ficarão sujeitos as intempéries da sociedade ou até mesmo as evoluções da mesma ao longo dos anos. Essa situação faz com que o direito não seja dotado de previsibilidade, o que abre espaço para que o julgador emita decisões baseado nas suas próprias convicções, podendo gerar o que se entende por “loteria judicial”, que é a ocasião em que há uma certa situação de fato e, quando essa for submetida à apreciação de um juiz, obterá um certo resultado, mas também poderá ser-lhe atribuído um outro resultado totalmente diferente do anterior, caso a situação venha a ser apreciada por outro juiz. Ocasião nada benéfica para aqueles que procuram a justiça, portanto, se o ordenamento jurídico for uniforme, situações como as apresentadas ocorrerão com menor frequência.

Seguindo o pensamento do autor citado anteriormente, a aplicação da teoria dos precedentes judiciais vinculantes garante não só a segurança jurídica, mas também a efetiva realização do princípio da isonomia e da imparcialidade, pois, ao estabelecer critérios uniformes para a emissão de decisões judiciais, garante que todos que buscarem a justiça para resolver conflitos semelhantes não terão tratamento diferenciado quanto ao resultado da lide, já que a *ratio decidendi* será a mesma. Portanto a fundamentação jurídica já estará proposta antes mesmo do

magistrado ter contato com as partes do processo. Diante do apresentado, Jose Lúcio Monteiro de Oliveira (2014, p.53), expõe:

Na busca pela preservação da segurança jurídica, da igualdade e da imparcialidade, a unificação do entendimento jurisprudencial por meio da adoção da teoria dos precedentes judiciais vinculantes se mostra como elemento fundamental para garantir a coerência do ordenamento jurídico e reduzir o grau de incerteza que paira sobre as decisões judiciais dos países adeptos do sistema *civil law*.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um posicionamento favorável à aplicação dos precedentes judiciais, como pode ser visto na redação do artigo 926, caput, em que preceitua: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O artigo 927 também trata da questão dos precedentes, apresentando as hipóteses em que os juízes e Tribunais estão obrigados a se vincularem a precedentes existentes, expondo tais propostas de vinculação em seus incisos, os quais expõem que:

- 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 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.

Nessa mesma perspectiva, traz o artigo 928 quais são as hipóteses em que se considera, nas decisões proferidas, a ocorrência de julgamento de casos repetitivos, sendo tais hipóteses “incidente de resolução de demandas repetitivas” e “recursos especial e extraordinário repetitivos”.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), apresenta, além dos fundamentos apresentados pelo Código de Processo Civil de 2015, fundamentos constitucionais.

O autor cita o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, enfatizando a questão da igualdade de tratamento entre as pessoas, já frisado anteriormente, mas ele também traz o inciso LV, do mesmo artigo, o qual, ao tratar do contraditório, pode relacionar-se com o fato de o jurisdicionado conhecer previamente, as motivações do juiz, devido à previsibilidade conferida à aplicação dos precedentes judiciais e, dessa forma, ter a possibilidade de impugnar tal motivação, por meios cabíveis. Ainda na exposição de fundamentos constitucionais, há o artigo 93, inciso IX, em que, na sua primeira parte, determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, ou seja, toda a decisão que for ser aplicada ao caso concreto deverá ser motivada, tanto para justificar o porquê da aplicação do precedente, quanto para afastar a sua aplicação, se for essa a intenção do magistrado.

Ao incorporar a dinâmica da aplicação dos precedentes judiciais na jurisdição, deve-se analisar os efeitos que eles irão gerar juridicamente, e, no Brasil, os precedentes podem apresentar seis efeitos diferentes: vinculante ou obrigatório, persuasivo, obstativo da revisão de decisões, autorizante, rescindente e de revisão da sentença (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, P. 526).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2018, p.1342), salienta que os efeitos citados podem ser amparados por três espécies de eficácias jurídicas, sendo elas os precedentes de eficácia obrigatória ou normativos em sentido forte, eficácia persuasiva e eficácia intermediária. No entanto, embora sejam apresentadas essa variedade de espécies de eficácia, o Código de Processo Civil de 2015 deu mais atenção para os precedentes de eficácia normativa em sentido forte, explicitando no artigo 927 quais as hipóteses de precedentes obrigatórios/ vinculativos, o qual também será o foco do presente estudo.

Segundo Fernandes (2018, p.1342), o precedente que apresentar eficácia normativa em sentido forte, irá vincular todos os casos análogos a ele, ou seja, sua *ratio decidendi* deverá ser aplicada a todos os casos que lhe são semelhantes.

Analisando o que foi exposto, percebe-se a relação íntima entre o precedente de eficácia normativa em sentido forte e o efeito vinculante ou obrigatório do

precedente judicial, o qual, segundo Fredie Didier Júnior e outros (2018, p. 528), obriga todos os órgãos jurisdicionais a aplicar aquilo que fora decidido no caso adotado como precedente, aos casos análogos, pois, caso se furte em adotar, será considerada omissa a decisão do juiz, de acordo com o artigo 1022, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, o qual leciona que a decisão será considerada omissa quando deixar de “manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

O Código de Processo Civil de 2015, traz em seu artigo 926, já mencionado anteriormente, deveres que os Tribunais possuem em relação às jurisprudências, quais sejam uniformizá-la, mantê-la estável, íntegra e coerente. Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), fornece uma breve explicação sobre todos esses deveres, começando pelo dever de uniformizar a jurisprudência, o qual afirma que possui a função de tornar toda a decisão de um Tribunal una, a fim e solucionar possíveis conflitos de opinião dentro de seus órgãos fracionários e uma forma de atingir essa uniformização é através da edição de súmulas, conforme o parágrafo 1º, do artigo 926, sendo condicionado também ao exposto no parágrafo 2º, em que preceitua “ao editar os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Prosseguindo na explicação dos deveres que possuem os tribunais quanto às jurisprudências, em relação ao dever de manter a jurisprudência estável, entende-se que qualquer mudança de posicionamento do tribunal deverá ser muito bem fundamentada, baseando-se no “princípio da inércia argumentativa”, o qual reitera esse posicionamento quando exige que, para se afastar ou superar a aplicação de um precedente a um caso semelhante, deve-se justificar fortemente, com base no artigo 489, parágrafo 1º, do CPC de 2015, mas esse princípio também defende que a fundamentação pode ser mais branda quando for o caso de aplicação de precedente a caso análogo a ele, no entanto, não se pode abrir mão de ao menos seguir as diretrizes do artigo 469, parágrafo 1º, inciso V, do CPC de 2015. Em suma,

a “inércia argumentativa” vem para preservar o *status quo* (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, p. 549, 2018).

Por fim, Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), explica os remanescentes deveres dos Tribunais, qual seja o dever de coerência e o dever de integridade. O dever de coerência é dividido em quatro dimensões, a formal, que diz respeito à não-contradição dos precedentes; a substancial, que está ligada à conexão de sentido; a interna, em que se leva em consideração a fundamentação utilizada para a formação do precedente e a externa, que é a que estabelece um diálogo com os precedentes anteriores. Quanto ao dever de integridade, ele está relacionado a algumas condutas que os Tribunais devem adotar, para que se evite a formação de decisões arbitrárias, e alguns exemplos dessas condutas são a tomada de decisões em conformidade com o Direito e com a Constituição Federal, a análise de todos os argumentos contra e a favor antes da formação de um precedente e observar se cabe a aplicação das técnicas de distinção e superação, para que o precedente seja atual e de acordo com a sociedade que será aplicado.

Tais técnicas mencionadas são conhecidas como *distinguishing* e *overruling*. O *Distinguishing*, segundo Fredie Didier e outros (2015), funciona como uma contra-analogia, pois o que ele apresenta é um distanciamento entre a *ratio decidendi* do caso atual em relação ao precedente que se pensava ser semelhante. Desse modo, a decisão proferida no caso anterior não poderá ser aplicada à situação presente, já que o teor da decisão não se encaixa.

Esse fenômeno ocorre, porque, ao aplicar um precedente, o magistrado, que já se vê vinculado, deve analisar as semelhanças entre o caso presente e o que servirá de modelo e depois irá comparar a tese jurídica firmada anteriormente, a partir dessa comparação, na hipótese de não haver semelhança entre os casos ou se um deles apresentar alguma peculiaridade que não há no outro ou se os fatos fundamentais não se assemelham, o juiz estará frente a ocorrência de uma *distinguishing* (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 352-357).

Na situação em que o magistrado tenha realmente que lançar mão da técnica abordada, segundo os autores acima citados, o juiz poderá aplicar o *restrictive*

distinguishing, caminho em que não se aplicará o precedente, devido à interpretação restrita da *ratio decidendi*, ou ele poderá optar pelo *ampliative distinguishing*, o qual consiste em ampliar o entendimento do caso e aplicar a decisão do precedente, porém esse método não é permitido no Brasil, por ofender o princípio da segurança jurídica e da igualdade.

Quanto à técnica do *overruling*, essa diz respeito ao procedimento em que um precedente perde sua força vinculativa e, a partir disso, é substituído, superado. Essa ferramenta pode ser aplicada de forma expressa, quando o Tribunal expressamente opta por adotar outra posição, ou de forma tácita, que ocorre caso o Tribunal nada diga e apenas passe a adotar outra posição (PADILHA, 2018, p. 590).

De acordo com o pensamento de Thomas da Rosa Bustamante (2012), o *overruling* depende de uma maior carga de fundamentação para ser aplicado, em relação ao *distinguishing*, pois ele faz com que o precedente não só deixe de ser aplicado, mas também sofra uma ab-rogação, caia no desuso total, sendo, portanto, uma consequência muito mais grave, demandando uma carga maior de razões fundamentais.

Quanto à questão abordada em relação à fundamentação, Bernardo Gonçalves Fernandes (2018), afirma que a não aplicação do precedente deve ser devidamente fundamentada, tanto quanto a sua aplicação, assim como expõe o artigo 927, §4º, CPC, o qual exprime que:

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Dessa forma, a superação ou distinção se tornam mais um elemento garantidor da estabilidade da jurisprudência brasileira, juntamente com o disposto no artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil.

Destarte, o entendimento que permanece logo após analisar o espaço da Teoria dos Precedentes Judiciais no âmbito jurídico brasileiro, perfaz a ideia de que

a busca pela segurança jurídica é o ponto alvo de toda a aplicação dessa Teoria, juntamente com a busca pela igualdade e imparcialidade nos julgamentos, para que, dessa forma, possa-se sanar um possível grau de incerteza que, certas vezes, o sistema da *civil law* possa trazer para os seus jurisdicionados (OLIVEIRA, 2014).

3 A LEGALIDADE DO JULGAMENTO DO HC 152752 COM BASE NA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O Supremo Tribunal Federal, na data de 5 de abril de 2018, apreciou um pedido de *habeas corpus* (HC 15275), referente ao processo em que fora condenado em segunda instância, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), o ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, diante do qual a defesa do réu visava impedir a execução provisória da pena. No entanto, por maioria dos votos, a defesa do réu fora vencida e, logo, não houve o provimento do *habeas corpus* (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Aos que votaram a favor do provimento da ação judicial, tem-se a argumentação utilizada pelo ministro Ricardo Lewandowski (2018) como padrão fundamental apresentado. Os preceitos fundamentais que permeiam o voto estão todos amparados pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual expõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ilustrando o princípio da presunção de inocência. O presente ministro ainda vai além, não se atém somente a questão de o princípio compor o rol de cláusulas pétreas da Constituição, mas também aborda a situação do sistema carcerário brasileiro, o qual se encontra superlotado e a permissão de se encarcerar provisoriamente indivíduos que ainda não foram condenados em segunda instância, contribuiria para que as condições do cárcere no país se tornassem ainda mais caóticas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em contrapartida, a ministra Rosa Weber (2018) proferiu voto favorável ao provimento do *habeas corpus*, no entanto, em sua exposição de motivos, a ilustríssima não se ateve em questionar os argumentos apontados por aqueles que tomaram posição contrária, mas optou por seguir o que é definido pelo Código de Processo Civil, de 2015, em seu artigo 926, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, utilizando para fundamentar seu voto a obrigatoriedade de seguir os precedentes elaborados pelo Tribunal, conforme o CPC 2015 preceitua em seu livro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Para poder melhor analisar o voto da ministra supracitada e em como ela fez uso da teoria dos precedentes judiciais para proferir sua decisão, deve-se voltar as atenções ao julgamento do HC 126292. O objeto de análise do *habeas corpus* citado é similar ao que foi analisado no HC 15275, pois, em ambos, a defesa impetrou a ação com a finalidade de evitar a execução provisória da pena, com base no princípio da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal, até 2009, adotava o posicionamento de que só poderia ocorrer a execução da pena após o trânsito em julgado da ação. No entanto, com o julgamento do HC 126292, em 2016, houve uma mudança de posicionamento da Suprema Corte, pois, por maioria dos votos, o Tribunal passou a admitir que a execução da pena pudesse ocorrer após a condenação em segunda instância, antes que se esgotassem todas as fontes de recurso, já que, em última instância, não se analisa questões de fato ou produção de provas, o que não impediria o réu de já iniciar o cumprimento de pena (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Rosa Weber (2016), no julgamento da ação de *habeas corpus* nº 126292, exprimiu um posicionamento favorável à concessão da liberdade do réu, pois optou por acompanhar a jurisprudência, a qual desde 2009 se mostrava favorável ao provimento da ação em situações semelhantes a que se encontrava em julgamento naquela sessão. Em vista da manifestação de tal pensamento, em 2018, no julgamento do HC 15275, a ilustríssima ministra manteve sua linha de raciocínio e seguiu a nova posição adotada pelo Supremo diante de tal questão, sendo, portanto, favorável a que se permita a execução provisória da pena, sem antes haver trânsito

em julgado da ação. A ministra sempre enfatiza em seu voto que, por mais que sua posição pessoal possa vir a discordar do posicionamento da jurisprudência do Tribunal, opta por seguir o que fora definido por ele, respeitando o que é preceituado no artigo 927, do Código de Processo Civil de 2015, como expõe:

O art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Daí se compreende, *prima facie*, que uma vez estabilizada a jurisprudência ou firmados os precedentes, devem os tribunais observá-los, salvo quando presentes razões que justifiquem a sua revisão. É nesse contexto que se insere o dever de observância do precedente, a teor do art. 927, III e V, do CPC

O princípio da segurança jurídica foi também utilizado como fonte de argumentação pela ministra Rosa Weber (2018), que expõe:

Segurança jurídica que, na minha compreensão, mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados. Nesse enfoque, a imprevisibilidade, segundo entendo, por si só qualifica-se como elemento capaz de degenerar o Direito em arbítrio.

Tal princípio, segundo Ávila (2011, p. 112), está atrelado ao ideal de confiabilidade dentro no ordenamento jurídico, ideal esse que está intimamente ligado ao dever de estabilidade que deve ter a jurisprudência, o qual, segundo Fredie Didier Júnior e outros (2018, p.549), afirma que para alterar um precedente, deve-se ter uma alta carga argumentativa, o que remete ao princípio da inércia argumentativa. Esse princípio apresenta a ideia de que se deve ter uma argumentação forte para afastar a aplicação do precedente a um caso semelhante e, em contra partida, expõe que não há a necessidade de grande fundamentação para que se aplique um precedente, justamente visando a facilidade em aplicá-lo, mas sem deixar de apontar as semelhanças entre o caso em discussão e o precedente e seus fundamentos determinantes. A inércia argumentativa vem positivada não só no artigo 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil, mas também na Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º, ao falar de igualdade de

tratamento, no inciso LV, do mesmo artigo, quando trata de contraditório e no artigo 93, IX, no que se refere à motivação da aplicação.

Em vista do que fora explicitado no parágrafo anterior, é nítido que se faça uma relação com o fundamento jurídico utilizado por Rosa Weber em seu voto, pois a ministra se ateu a toda lógica que gira em torno da estabilidade da jurisprudência, da aplicação dos precedentes e da segurança jurídica, pois, como é abordado por Luiz Guilherme Marinoni (2012), a estabilidade não deve se restringir apenas à legislação, ela deve se estender e, também, aos precedentes, pois não é benéfico para um sistema jurídico que somente a sua legislação seja estável, porque nada adianta a sua estabilidade se as interpretações judiciais em torno dela não compartilham da mesma situação estável, a segurança jurídica continuaria sendo violada.

Rosa Weber (2018), ao final de seu voto, fortalece ainda mais sua decisão ao apresentar vários momentos em que a Suprema Corte adotou posição favorável a execução provisória da pena, como no HC 149120-AgR/PI, em 2017, relatado pela própria ministra em questão, o HC 126.292/SP, em 2016, já apresentado no estudo em questão, que teve como relator o saudoso ministro Teori Zavascki, e o HC 138.890-AgR/PE, em 2017, relatado pelo ministro Luiz Fux. Em todos os casos apresentados, a fundamentação perfaz a ideia de que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência, mantendo, portanto, a estabilidade da jurisprudência e fortalecendo, dessa forma, o princípio da igualdade de tratamento entre causas semelhantes. O histórico de julgamento de casos semelhantes que obtiveram a mesma resposta jurídica do Supremo Tribunal Federal basta para demonstrar a força do precedente e justificar a manutenção da posição, visto que é o que determina o artigo 926, do Código de Processo Civil, de 2015, tão falado ao analisar a teoria dos precedentes judiciais.

Diante de todo o exposto, após análise do voto da ministra Rosa Weber no julgamento do HC 15275, no qual foram debruçados os estudos desse tópico, pode-se exprimir o entendimento de que o não provimento do *habeas corpus* ao réu Luiz Inácio Lula da Silva foi dotado de base legal, pois a datar do julgamento do HC

126.292/SP, momento em que o STF adotou nova posição frente à execução provisória da pena, houve forte argumentação a cerca do não provimento de *habeas corpus* em situações semelhantes. O voto do ministro Teori Zavascki, relator do caso, defendeu que fosse deferida a execução da pena após condenação em segunda instância, dado que o princípio da presunção de inocência não seria afetado, já que até a segunda instância esse direito está resguardado ao réu, mas no momento em que a ação de *habeas corpus* é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, o que será discutido não são mais questões de fato, mas sim somente matérias de direito, o que encerra a não culpabilidade do réu (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Além dos fundamentos apresentados no julgamento do *habeas corpus* 126.292, que marcou a mudança de entendimento do STF frente a questão analisada no presente estudo, o respeito a teoria dos precedentes judiciais teve um grande peso na decisão negativa em relação a ação constitucional impetrada, já que, em concordância com as orientações do Código de Processo Civil de 2015, a jurisprudência deve se manter estável e para afastá-la deve-se lançar mão de forte carga argumentativa, a fim de que dessa forma sejam garantidos os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento entre casos semelhantes.

CONCLUSÃO

Quando se trata de sistema jurídico e estrutura jurídica no Brasil, faz-se referência imediata ao sistema do *civil law*, já que é o adotado pelo país. Adoção essa feita com base no entendimento de que essa opção, por ser mais rígida e fechada, traria mais segurança jurídica ao povo.

O sistema do *civil law* é inspirado nos ideais romanos, mas foi com a Revolução Francesa e o fortalecimento do constitucionalismo que esse sistema ganhou mais expressividade, pois o texto positivado da lei foi colocado como o que há de mais importante a ser seguido dentro de um Estado, ele seria a maior força

jurídica dentro do sistema. Em contrapartida, o *common law*, outro sistema jurídico, não põe a lei em primeiro plano de forma tão incisiva quanto o *civil law*, para esse sistema o que há de mais simbólico dentro da estrutura jurídica dentro de um Estado são os históricos de decisões proferidas em juízo e são nesses entendimentos que irão se basear as próximas decisões a casos com objetos semelhantes. Apesar da distância inicial entre as duas e apesar de o *common law* não aparentar, inicialmente, garantir tanta segurança jurídica quanto o *civil law*, esse sistema sentiu a necessidade de inserir uma dinâmica do *common law* na sua estrutura, pois, com a adoção de precedentes para basear decisões jurídicas de demandas semelhantes, o resultado que se tem é de estabilidade jurídica, uma jurisprudência coesa e íntegra, como foi, mais tarde, positivado pelo Código de Processo Civil em 2015.

Um reflexo da adoção de certa prática do *common law*, foi a incorporação do uso e, conseqüentemente, do respeito aos precedentes judiciais, que podem ser brevemente definidos como: aquilo que retirado do seio de uma decisão judicial poderá ser utilizado como parâmetro decisório para uma ação futura semelhante. A incorporação dessa prática no dia a dia jurídico possibilitou que as decisões dos Tribunais se tornassem muito mais previsíveis e coerentes, conseguindo chegar o mais próximo que for possível da efetiva aplicação do princípio da segurança jurídica, pois com o acolhimento da teoria dos precedentes pelo judiciário brasileiro, os jurisdicionados sabem o que esperar das decisões dos magistrados, evitando que se gere um clima de instabilidade e submeta aquele que está em juízo à loteria judicial.

O HC 152752 funciona como um exemplo de todas essas conclusões, pois em seu julgamento, a ministra Rosa Weber proferiu seu voto utilizando como tese principal a defesa do respeito aos precedentes judiciais, julgando procedente a execução provisória da pena, pois, em 2016, no HC (2016), o qual trazia o mesmo objeto em discussão, o Tribunal mudou o posicionamento que vinha seguindo, para adotar uma nova tese em que seria possível a prisão provisória após decisão em 2º instância, alegando que tal medida não prejudicaria o princípio da presunção de inocência. Dessa forma, embora Weber tenha afirmado que o posicionamento

adotado pelo Tribunal, anteriormente, não seja aquele com o qual pessoalmente ela mais simpatiza, deve-se seguir o que fora antes decidido, embasando-se na lógica dos precedentes judiciais e, conseqüentemente, no da segurança jurídica, conferindo à jurisprudência caráter estável.

Portanto, o que se pode extrair de forma conclusiva deste estudo relaciona-se com o ideal de segurança jurídica e evolução jurídica. Ao adotar o sistema dos precedentes judiciais, o sistema jurídico brasileiro possibilitou que os Tribunais conseguissem acompanhar o olhar social e os reflexos que ele gera no mundo jurídico, evitando, dessa forma, o engessamento do judiciário, pois esse não se vê mais preso a somente aplicar a letra fria da lei, possui, agora, a flexibilidade de seus magistrados exprimirem entendimentos, em concordância com o ordenamento jurídico, evidentemente, mas sem precisar se restringir a ação de apenas a mera aplicação do texto legal. O respeito ao princípio da segurança jurídica é evidente, pois o que se busca com a afinidade de decisões em casos com situação semelhantes é a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, o que confere aos jurisdicionados a garantia que seus direitos (como o direito a igualdade) serão resguardados. O resultado do HC 152752, é um forte exemplo da aplicação da teoria abordada nesse estudo, sendo dotado de legalidade, se analisado perante a óptica dos precedentes, já que a defesa do respeito aos precedentes veio positivada no Código de Processo Civil, em seu artigo 926, que fora intensivamente citado durante toda a pesquisa, por ser o mandamento que melhor expressa a função e o objetivo do respeito aos precedente judiciais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n 152752/PR. Voto: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator: Ministro Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HABEASCORPUSHC152752VotoMinRL.pdf>>. Acesso em: 21 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n 152752/PR. Voto: Ministra Rosa Weber. Relator: Ministro Edson Fachin. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752votoRW.pdf>>. Acesso em: 21 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: íntegra do voto ministra Rosa Weber no habeas corpus do ex-presidente Lula. Distrito Federal. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374729>>. Acesso em: 21 de Agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF. Distrito Federal. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em 21 de Agosto de 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de common law e de civil law: conceitos, diferenças e aplicações. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 17 de Agosto de 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. atual. Bahia: JusPodivm, 2012.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual civil**. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2008. v. 2.



DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual civil**. 13. ed. vol. 2. rev. ampl. atual. Bahia: JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (org.). **Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GORGA, Aline Medeiros. O uso dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com o direito comparado. In.: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. vol. 102. ano 25.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2016. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf. Acesso em: 24 de Julho de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na dimensão da segurança jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro. Precedentes judiciais e segurança jurídica: uma análise da aplicação da teoria no Brasil. 2014. Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf. Acesso em: 24 de Julho de 2018.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



SERRA JÚNIOR, Marcos Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.pdf. Acesso em: 24 de Julho de 2018.

Recebido em 06/10/2018

Publicado em 21/12/2018