

Funcionamento sistema de precedentes (*Stare Decisis*) – experiência direito bancário – desafios inteligência artificial

Jeremias Pinto Arantes de Souza

Advogado da CAIXA em São José dos Campos/SP
Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho
pela Faculdade Anhanguera / SP

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de trazer o contexto histórico e normativo do sistema de precedentes no Brasil, passando pelo efeito vinculante inserido no ordenamento jurídico pelo CPC de 2015. Feito isso, através de casos concretos, visa incentivar o cuidado necessário para enquadramento dos precedentes judiciais. Objetiva, ainda, uma reflexão sobre a forma para superação de precedentes. Primeiro, passa-se pelo histórico do sistema e são abordados, sucintamente, os institutos do direito norte-americano denominados *distinguishing* e *overruling*. Posteriormente, trata-se do fundamento jurídico do precedente, a razão de decidir. Feito isso, são tratados os fundamentos constitucionais para existência do sistema, após o que é demonstrada a importância legal dos precedentes, principalmente a partir do CPC de 2015, e, consequentemente, a relevância prática da superação, da distinção e do devido enquadramento. Depois disso, discorre-se sobre os direitos fundamentais relacionados ao funcionamento do sistema, bem como sobre os precedentes como norma jurídica, inclusive com efeito vinculante em algumas hipóteses. Na sequência, são indicados dispositivos legais que impõem a observância acurada dos precedentes, seja para superação, seja para distinção, seja para enquadramento. Continuando, são abordadas as seguintes características obrigatórias das decisões: uniformidade, estabilidade, coerência e integridade. Partindo para a conclusão da pesquisa, o leitor é chamado para uma reflexão sobre o controle difuso de constitucionalidade de precedentes obrigatórios e, exemplificativamente, tratadas diversas situações do cotidiano do direito bancário. Por fim, são

apontados o tamanho do desafio e as alternativas para utilização da inteligência artificial no sistema de precedentes.

Palavras-chave: Precedente Obrigatório. Aplicabilidade Normativa. Direito Bancário. Inteligência Artificial.

ABSTRACT

This work has the scope of bringing the historical and normative context of the precedent system in Brazil, passing through the binding effect inserted in the legal system by the CPC of 2015. Having done this, through specific cases it aims to encourage the necessary care for framing the judicial precedents. It also aims at reflecting on how to overcome precedents. First, we deal with the historical of the system and covered briefly the institutes of North American law called distinguishing and overruling. After of the *ratio decidendi* of the precedent, the reason for deciding. Having done this, we deal with the constitutional foundations for the existence of the system, after which the legal importance of the precedents is demonstrated, mainly from the CPC of 2015, and consequently, the practical relevance of overcoming, of the distinction and of the right application. After that, the fundamental rights related to the functioning of the system are discussed, as well as the precedents as a legal norm, even with binding effect in some cases. In the sequence, legal provisions are indicated that impose the strict observance of precedents, either for overcoming or for distinction or for framing. Continuing, the following mandatory characteristics of decisions are addressed: uniformity, stability, coherence and integrity. Starting with the conclusion of the research, the reader is called for a reflection on the diffuse control of constitutionality of mandatory precedents and a lot of examples of banking law situations are treated. Finally, the size of the challenge and alternatives for the use of artificial intelligence in the precedent system is pointed out.

Keywords: Precedent Required. Normative Applicability. Banking Law. Artificial Intelligence.

Introdução

Os operadores do direito enfrentam no dia a dia a complexidade do devido enquadramento dos precedentes judiciais às

peculiaridades do caso concreto. Deixando isso claro, basta notar que muitos dos entendimentos sumulados não permitem sequer a identificação do seu fundamento jurídico.

Como exemplo, temos a súmula 565, do STJ, que assim estabelece:

A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008.

Contudo, analisando seus precedentes, em especial o julgamento de recurso repetitivo que a antecedeu, verificamos que sua razão de decidir está vinculada à norma aplicável à pessoa física, ou seja, não há precedente em relação à tarifa cobrada de pessoa jurídica. Não consta no enunciado em apreço, por exemplo, que sua aplicabilidade se restringe à pessoa física e, assim sendo, não consta a razão de decidir apta a caracterizar um precedente.

A Resolução CMN 3.518-2007, a qual serviu de fundamento para o entendimento sumulado, trata de tarifas cobradas de serviços prestados a pessoas físicas e não, jurídicas. Vejamos alguns dispositivos da norma:

Art. 1º A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

§ 1º Para efeito desta resolução:

I - considera-se cliente a pessoa que possui vínculo negocial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósitos, de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira;

II - os **serviços prestados a pessoas físicas** são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados;

Art. 2º É vedada às instituições de que trata o art. 1º a cobrança de **tarifas pela prestação**

de serviços bancários essenciais pessoas físicas, assim considerados aqueles relativos a:

Neste sentido, decisão do STJ sob o rito dos recursos repetitivos que embasou a súmula 565:

...

9. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

- 2ª Tese: **Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária.** Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira;

... **RESP 1.255.573** (grifo nosso)

Outrossim, não raras vezes nos deparamos com precedentes indevidamente utilizados por todos os operadores do direito, sejam advogados, promotores, juízes, órgãos colegiados inteiros, entre outros.

A título de exemplo, vejamos a citação de precedente da Sbdj-1, do TST, na seguinte decisão proferida por Turma do TRT9 no RO 0000287-10.2013.5.09.0655:

...

Passo à análise da prova oral.

A Sra. ..., testemunha da Autora, esclareceu que *“os chefes da depoente eram o gerente geral e*

gerente de atendimento (função diversa de supervisora de atendimento); 6 - a parte autora não tinha subordinados; [...] parte autora e tesoureiro eram subordinados à RERET de Cascavel e acredita que não havia hierarquia entre eles; 29 - acredita que o tesoureiro não se reportava à parte autora; [...] até onde sabe a chave do cofre ficava com o tesoureiro; 36 - **a parte autora também orientava e supervisionava o atendimento, orientando o fluxo nos caixas**” (fls. 2721-2722).

A testemunha da Ré, Sr. ..., disse que era subordinado à Autora e acredita que o tesoureiro também o fosse. Acrescentou que “o trabalho da parte autora além de orientar e supervisionar o trabalho do depoente, também orientar e supervisionar dos terceirizados (dois) que faziam o trabalho de caixa (recebimento/pagamento); 7 - era o tesoureiro o responsável pelo suprimento na bateria de caixas; 8 - na prática o tesoureiro era subordinado à parte autora, pois qualquer dúvida tinha de recorrer a ela; [...] indagado se a parte autora dava/poderia dar ordens ou apenas distribuía as tarefas aos seus subordinados o depoente disse que fazia os dois” (fls. 2722-2723).

Destaco que, diante da análise da prova oral, não restou comprovado que a Autora detivesse poderes de mando e comando, agindo como se fosse o empregador ou, ainda, que tivesse grau de fidúcia elevado para tomar decisões importantes, com plena liberdade, a ponto de comprometer o empreendimento, o que configuraria o real desempenho de cargo de confiança.

A Reclamante, a meu sentir, era subordinada ao gerente geral da agência, e não tinha autonomia para tomar decisões sem se reportar ao superior hierárquico. **Pondero, ademais, que ainda que se considere que a Reclamante tivesse subordinados e até pudesse dar algumas ordens, esse fato, por si só, não a caracteriza como exercente de cargo de confiança que justifique seu enquadramento na exceção do**

artigo 224, § 2º, da CLT. Por óbvio que, em decorrência de receber a gratificação de função, a Autora detinha maior responsabilidade perante os demais empregados do setor, podendo inclusive dar ordens e distribuir tarefas, sem que, entretanto, esse fato configure a tomada de decisões importantes a ponto de comprometer os rumos do empreendimento, tratando-se de meras atividades de rotina.

Independentemente da nomenclatura da função exercida, concluo que a Autora não detinha a fidúcia especial necessária para configuração da hipótese do art. 224, § 2º, da CLT e, neste rumo de ideias, refiro que a gratificação percebida quitava apenas o acréscimo de tarefas e responsabilidades decorrentes do exercício do cargo.

Destaco que, embora o exercício do cargo de confiança bancário não exija amplos poderes de mando e gestão, de forma a que o empregado se substitua ao empregador na coordenação da atividade empresária, o exercício de atividades de mera rotina permanente do Banco, sem que o empregado se destaque em confiança dos demais, não é suficiente para a aplicação da referida exceção legal. No caso em tela, o requisito objetivo foi cumprido, mas, em relação ao subjetivo, é imperioso concluir que a prova é favorável à Reclamante.

Observo, ademais, que as funções exercidas eram meramente técnicas, não abarcando atividade de direção ou comando ou diferenciadas que possam revelar o exercício de uma função de confiança.

A propósito, o TST:

“HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - CARGO DE CONFIANÇA - ARTIGO 224, § 2º, DA CLT - **SUBORDINADOS - AUSÊNCIA** - 1. A configuração de função de confiança bancária (artigo 224, § 2º, da CLT), a excepcionar a empregada bancária da jornada de trabalho de seis horas diárias, exige a inequívoca demonstração de grau maior de fidúcia no exercício das funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, não

sendo suficientes o pagamento de gratificação de 1/3 do salário do cargo efetivo e a denominação da função ocupada pela empregada. 2. Não se configura o exercício de função de confiança bancária se o Tribunal de origem, embora informe que a empregada exercia a função de gerente residente e que percebia gratificação superior a 1/3 do salário efetivo, deixa consignado que ela **não tinha subordinados e não enumera atividades que demonstrassem estar investida de poderes de mando e gestão**". (TST - ERR 502.898/98.9 - SBDI 1 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 01.04.2005)
 ... (grifos nossos)

Note-se que a própria decisão do TRT9 no caso concreto transcreve prova testemunhal e reconhece que o cargo exercido pela reclamante detinha subordinados e poderes de mando e gestão (podia dar ordens). Contudo, ao mesmo tempo cita precedente da SbdI-1, do TST onde consta, expressamente, que o fundamento jurídico é justamente a ausência de subordinados e poderes de mando e gestão.

Estamos diante de razões de decidir diversas e incompatíveis. O caso concreto tem fundamento fático na existência de subordinados e poderes de mando e gestão, enquanto o precedente invocado tem fundamento fático exatamente no sentido contrário, ou seja, na ausência destes mesmos fatos. Caso concreto fato positivo e precedente fato negativo. Água e vinho. Situações diametralmente opostas.

Neste contexto, fica claro o tamanho do desafio na aplicação da inteligência artificial para identificação de precedentes aplicáveis ao caso concreto.

Pensando nisso, este trabalho visa incentivar a busca do devido enquadramento (exige, se for o caso, superação ou distinção) dos precedentes judiciais às teses do dia a dia, sejam de defesa, sejam de ataque, sejam de julgamento, inclusive através da inteligência artificial.

Começaremos com o contexto histórico na utilização de precedentes nos sistemas da *common law* e da *civil law*.

Feito isso, passaremos à análise do fundamento jurídico do precedente, também chamado de razão de decidir ou *ratio decidendi* ou *holding*. Traremos então, pormenorizadamente, as normas constitucionais que justificam a existência do sistema de precedentes.

Demonstraremos a importância conferida pelo CPC em diversos dispositivos aos precedentes, deixando clara a importância da sua devida aplicabilidade.

Neste contexto, indicaremos os direitos fundamentais que determinam o correto funcionamento do sistema, trazendo ainda os precedentes como norma jurídica, inclusive com efeito vinculante em algumas situações específicas.

Serão então indicados dispositivos legais que impõem a observância acurada dos precedentes, seja para superação, seja para distinção, seja para enquadramento, bem como abordados sucintamente os institutos do direito norte-americano denominados *distinguishing* e *overruling*, relacionados às duas primeiras hipóteses.

Passamos, na sequência, para a abordagem das seguintes características obrigatórias das decisões: uniformidade, estabilidade, coerência e integridade.

Partindo para a conclusão da pesquisa, o leitor será chamado para reflexão a respeito da forma de superação de precedentes obrigatórios.

Exemplificativamente, trataremos de situações do cotidiano do direito bancário.

Por fim, serão apontados o tamanho do desafio e as alternativas para aplicação da inteligência artificial no sistema de precedentes.

1 Histórico do sistema de precedentes no Brasil

Sempre bom lembrar que o sistema de precedentes no Brasil vem sendo construído há mais de 150 anos, sendo que temos 200 anos desde a independência do país, não havendo que se falar em qualquer incompatibilidade com o sistema da *civil law*.

No final do Império, há aproximadamente 150 anos, já existiam os denominados assentos, que eram emitidos com força vinculante pelo Supremo Tribunal de Justiça, nome que era dado ao Supremo Tribunal Federal na época¹, na mesma linha das súmulas vinculantes, introduzidas na Constituição de 1988 por emenda constitucional do ano de 2004.

Em 1891, quando da primeira República do Brasil, foi criado o controle de constitucionalidade difuso, instituto relacionado ao sistema de precedentes, levando em conta a hierarquia estabelecida entre os órgãos do Poder Judiciário. No controle

¹ <http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-ii/266143>

difuso de constitucionalidade então criado, como é até hoje (observando-se a cláusula de reserva de plenário), qualquer juiz poderia reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas caberia ao Supremo Tribunal dar a última palavra.

Já no ano de 1961 são criadas as súmulas do Supremo Tribunal com efeito persuasivo aos órgãos inferiores por questão de política judiciária.

Neste contexto, fica claro que o sistema de precedentes no Brasil não surgiu do nada, tendo sido construído ao longo de mais de 150 anos, fazendo parte da evolução histórica do país.

Bom lembrar ainda que, dos 1.000 anos do sistema da *common law*, os precedentes obrigatórios existem naquele sistema há menos de 150 anos.

Tudo isso deixa clara a imprecisão da comum afirmação de que o sistema de precedentes foi criado para o *common law*, sendo incompatível sua aplicação no *civil law*.

Por fim, importante que fique claro que positivismo jurídico e *civil law* não guardam qualquer incompatibilidade com o sistema de precedentes, considerando aqui tanto os precedentes vinculantes como os persuasivos. E isso porque é a lei que determina a observância dos precedentes, o que é puramente positivismo jurídico e *civil law*.

2 Experiência norte americana

No direito norte-americano, no âmbito do *stare decisis*, temos os mecanismos que versam sobre a dinâmica dos precedentes, denominados *distinguishing* e *overruling*.

O *distinguishing* pode implicar no afastamento do precedente judicial devido a especificidades/distinção do caso concreto (*restrictive distinguishing*) ou pode gerar o contrário, ou seja, a aplicação do precedente (*ampliative distinguishing*).

Exemplo de *ampliative distinguishing* consta no item 4 deste trabalho, quando tratamos da razão de decidir do RE 590415 e sua aplicabilidade a todos os casos de renúncia/quitação ampla de direitos trabalhistas previstas em acordo ou convenção coletiva, independentemente da vinculação do caso concreto com plano de demissão voluntária, plano de cargos e salários, plano de apoio à aposentadoria, etc.

Já de *restrictive distinguishing* mais abaixo, no item 8, é trazido exemplo sobre inaplicabilidade da súmula 121, do STF, que versa sobre capitalização mensal de juros, ao sistema bancário.

O *overruling* diz respeito ao afastamento total (superação/ revogação/anulação) do precedente judicial. Abaixo, no item 8, trazido entendimento do autor do presente trabalho, no sentido de que houve superação da súmula 286 pelo STJ ao proferir decisões posteriores que reconhecem a devida observância da vedação legal ao comportamento contraditório.

A importância da aplicabilidade dos precedentes é preocupação da doutrina norte-americana, como traz no artigo *Stare Decisis*, de Edward D. Re, Professor na Faculdade de Direito da St. John's University – New York e Juiz Presidente Emérito da Corte de Comércio Internacional dos E.U.A., em tradução de Ellen Gracie Northfleet:

...

Naturalmente as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados. Os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina *ex facto oritur jus* nos afirma que o direito deriva dos fatos. As seguintes observações do Professor Brumbaugh são de especial relevância:

“As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.”

Daí que a autoridade do precedente depende e é limitada aos “fatos e condições particulares do caso” que o processo anterior “pretendeu adjudicar”. Conseqüentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele de-

duzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*.

...

3 Fundamento jurídico/razão de decidir/*ratio decidendi*/*holding*

O que deve ser considerado na aplicação de precedente é seu fundamento jurídico/sua razão de decidir/sua *ratio decidendi* seu *holding*. Em contraponto, não deve ser considerado para aplicação do precedente a parte da decisão chamada de *obiter dictum*/fundamentação de passagem.

Ao nosso pensar, em uma decisão com dois fundamentos para a solução jurisdicional, mesmo que se retire um deles e a solução se mantenha intacta, isso não significa que aquele fundamento não foi a razão de decidir. Na verdade, teremos duas razões de decidir. Nesse sentido enunciado 173, do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC².

Veja-se que não necessariamente devem estar presentes todos os mesmos fatos para a mesma solução jurisdicional, mas apenas os fatos determinantes para aquela motivação jurídica.

Nas palavras precisas de DIDIER JUNIOR (2015, p. 491):

Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Vamos a um exemplo de distinção ampliativa (*ampliative distinguishing*) da razão de decidir: no RE 590415, o STF decidiu que é válida cláusula de renúncia/quitação ampla de direitos trabalhistas prevista em plano de demissão incentivada definido em negociação coletiva.

O fundamento de fato determinante/fundamento jurídico da decisão do RE 590515 é que a ampla renúncia/quitação em apreço tenha sido aprovada por acordo ou convenção coletiva,

² 173. (art. 927) Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil.

ensejando a necessidade de respeito ao pactuado, sob pena de afronta ao artigo 7º, XXVI, da CF. A razão de decidir não foi o fundamento de fato plano de demissão incentivada. Com efeito, existe precedente para aplicação da mesma solução jurídica para casos de renúncia/quitação prevista em plano de cargos e salários ou em plano de aposentadoria, desde que aprovados em negociação coletiva.

4 Sistema de precedentes pátrio

O sistema de precedentes no Brasil conta com fundamentos constitucionais na igualdade e na segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF³), na tempestividade (artigo 5º, LXXVIII, da CF⁴), na competência do STJ/TST/STF (artigos 102, 105 e 111-A, § 1º, todos da CF c/c 702 e 894, II, ambos da CLT⁵), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF⁶), entre outros.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴ Art. 5º: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (*Inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (*Alínea com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016*)

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: (*Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954*) (*Vide Lei 7.701, de 1988*)

Traz efetividade à igualdade na medida em que nem todos os cidadãos dispõem dos recursos necessários para chegar aos Tribunais Superiores. Veja-se que, além de recursos financeiros, faz-se necessário um conhecimento técnico diferenciado para efetiva interposição do Recurso Especial, do Recurso de Revista e do Recurso Extraordinário.

Bom lembrar aqui da jurisprudência defensiva de diversos tribunais que, não raras vezes, levando em conta aspectos meramente formais, afastam a apreciação jurisdicional do objeto do litígio, em que pese o postulado da primazia da solução de mérito trazido expressamente no artigo 4º, do CPC⁷, e efetivado em diversos outros dispositivos do mesmo diploma legal, como no artigo 321⁸.

Na Justiça do Trabalho, temos diversas súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho consolidando jurisprudência defensiva em nítida violação ao princípio da primazia da solução de mérito, a exemplo do emblemático enunciado sumulado 221: *“A admissibilidade do recurso de revista por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado”*. Note-se que a não indicação do dispositivo legal não gera prejuízo a nenhuma das partes, o que importa é se há efetivamente ou não previsão legal ou constitucional que embase o suposto direito e não, a indicação expressa do dispositivo do ordenamento jurídico. Negar o conhecimento do recurso de revista por este

Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁷ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁸ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

fundamento, portanto, apenas implica em negativa de cidadania ao jurisdicionado.

Aliás, o próprio Tribunal Superior do Trabalho parece reconhecer a impertinência da súmula 221 ao editar o enunciado também sumulado 298, II: *“O pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto”*.

Conseqüentemente, o sistema de precedentes evita que dois cidadãos tenham soluções diversas para o mesmo litígio.

Gera segurança jurídica, pois permite que o cidadão saiba como agir de acordo com o ordenamento jurídico minimizando consideravelmente o risco de decisão judicial posterior em sentido oposto. Neste sentido, determinação legal para uniformização de forma estável, íntegra e coerente do entendimento do tribunal contida no artigo 926, do CPC⁹, que será mais à frente aprofundada.

A otimização da duração razoável é identificada ao considerarmos que a observância dos precedentes agiliza o julgamento do caso concreto, já que considera experiência anterior onde se tem o mesmo fundamento jurídico. Ademais, tem íntima relação com mecanismos do CPC em vigor que visam acelerar a solução definitiva da lide, como a tutela de evidência (que independe de risco da demora) e decisão liminar com cognição exauriente (artigo 311, II e parágrafo único, do CPC¹⁰); o julgamento de recurso através de decisão monocrática do relator (artigo 932, IV e V, do CPC¹¹); etc.

⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Aqui, pertinente lembramos que grande parte dos processos que abarrotam o Poder Judiciário é de ações de massa, situação em que fica mais claro ainda que o sistema de precedentes auxilia na duração razoável do processo, ensejando a diminuição das demandas submetidas à apreciação jurisdicional e, assim, auxiliando na diminuição do tempo para julgamento de outras demandas.

Importante ainda trazer aqui a distinção entre tempestividade/duração razoável e celeridade. Quanto mais rápido for o processo, melhor, sim. Mas nunca podemos perder de vista a devida prestação jurisdicional. Não é devido que, em nome da celeridade, seja proferida uma decisão inconsistente (característica que será tratada em outro tópico), por exemplo.

Com efeito, o processo não precisa ser necessariamente célere, mas sim tempestivo, em outras palavras, ter a duração razoável necessária para atingir seu objetivo que é prestar a tutela jurisdicional, dizer o direito no caso concreto, o que exige a consistência da decisão que põe fim à demanda.

No que tange à preservação da competência do STF/STJ/TST, há uma ligação com o postulado fundamental da igualdade. Se o precedente do Tribunal Superior não for respeitado pelas instâncias inferiores e não houver efetiva interposição de recurso para apreciação por aquele, será em última análise desrespeitada a última palavra daquele na interpretação da Constituição ou de matéria infraconstitucional.

Relevante notar que o sistema de precedentes auxilia ainda na eficiência do Poder Judiciário, princípio que deve ser alcançado nos termos do artigo 37, da CF, na medida em que permite

¹¹ Art. 932. Incumbe ao relator:

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

a solução jurisdicional de um maior número de demandas em um menor espaço de tempo, bem como aplicação das normas devidamente aplicáveis ao caso concreto.

O sistema de precedentes guarda relação ainda com a política judiciária. Na verdade, nem deveria precisar constar em lei que a observância de determinados precedentes é obrigatória, uma vez que decorre de uma questão lógica/de razoabilidade do devido respeito pelo juiz aos órgãos jurisdicionais revisores.

Imagine-se um magistrado que, ciente de decisão do pleno do tribunal a que está vinculado, seja regionalmente, seja tribunal superior, seja o Supremo Tribunal Federal, decide em sentido oposto. Ora, neste caso fica muito claro que há problemas com a decisão de primeiro grau, que deve respeito às instâncias superiores do Judiciário.

O Código de Processo Civil – CPC de 2015 traz, em diversos dispositivos, uma importância maior aos precedentes judiciais que o CPC anterior de 1973. Além dos antes citados, podemos citar o artigo 927, do CPC¹², o qual exige a observância e devida aplicação dos precedentes por todos os órgãos do Poder Judiciário; o artigo 332, do CPC¹³, que permite a improcedência liminar/*prima facie*, sem que sequer seja citada a parte contrária em casos de pedido que não observe o precedente vinculante; o artigo

¹² 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.

¹³ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

521, IV, do CPC¹⁴, que dispensa caução para execução provisória de decisão pautada em precedente de observância obrigatória; o artigo 496, § 4º, do CPC¹⁵, que dispensa a remessa necessária; o artigo 1.022, parágrafo único, I, do CPC¹⁶, que considera omissa decisão que ignore fundamento jurídico de decisão de observância obrigatória (microsistema de precedentes vinculantes), entre outros.

Neste contexto, o estudo sobre superação, distinção e o devido enquadramento desses às especificidades do caso concreto se fazem ainda mais importantes.

4.1 precedentes judiciais como norma jurídica

Todos os precedentes judiciais que contenham razão de decidir caracterizam norma jurídica, tendo potencial para ao menos influenciar o julgador do caso concreto posterior, contam ao menos com força de persuasão. Neste sentido, inclusive determina expressamente o artigo 489, § 1º, VI, do CPC, ao não considerar fundamentada decisão 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”.

¹⁴ Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

¹⁵ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

¹⁶ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

Note-se que o dispositivo não exige invocação dos precedentes do artigo 927, do CPC, impondo que a decisão judicial considere jurisprudência ou precedente sem qualquer especificação.

De qualquer forma, a consideração pelo magistrado do precedente invocado também é exigida pelo inciso IV do mesmo dispositivo legal ao considerar não fundamentada a decisão que: *“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”*.

Outro exemplo da carga influenciadora de qualquer precedente se dá na previsão legal para embargos de divergência (artigo 1.043, do CPC) e recurso especial fundamentado em divergência (artigos 105, III, “c”, da CF e 1.029, § 1º, do CPC), como bem lembra DIDIER JUNIOR 2015. Acrescente-se, ainda, o recurso de revista por divergência no âmbito trabalhista (artigo 896, “a” e “b”, da CLT).

Não é irrelevante apontar, também, a importância dos precedentes para atuação dos advogados em recursos e sustentação oral, devidamente apontando ao órgão colegiado, por exemplo, precedente de Tribunal Superior com a mesma razão de decidir que deve ser considerado ou a necessidade de coerência externa da decisão a ser proferida (determinada pelo artigo 926, do CPC, tratado em tópico mais à frente), ou seja, a devida observância de precedentes proferidos por aquele mesmo órgão julgador adotando os mesmos fundamentos jurídicos.

A título de exemplo, pensemos em um acórdão de órgão colegiado fracionário de Tribunal que não reconhece direito a empregado e outro acórdão posterior deste mesmo órgão que, diante do mesmo contexto fático e jurídico (razão de decidir), reconhece o mesmo direito, simplesmente desconsiderando seu próprio precedente. Ao proferir o segundo acórdão sem justificar a superação de seu próprio precedente, o órgão jurisdicional age de forma incoerente, em afronta ao que determina o artigo 926, do CPC.

Vamos a um exemplo do direito bancário. O tema é quebra de caixa. A Câmara do Tribunal reconhece que não existe direito à referida rubrica nos seguintes termos:

...

No item 3.5.3 da norma interna RH 060, com redação vigente em agosto de 2002 e julho de 2003 (fls. 387 e 560), foi estabelecido que *“É vedada a percepção de quebra de caixa por empregado*

designado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança” (destaquei).

E do mesmo item (3.5.3) da mesma norma interna (RH 060), porém com redação vigente em janeiro de 2006 (fl. 1276), consta que “É vedada a percepção de valor relativo à gratificação de caixa por empregado designado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança”, demonstrando que “quebra de caixa” e “gratificação de caixa” é a mesma verba com diferentes nomenclaturas conforme a época em que foi paga.

Por fim, ressalto que o relatório “FUNC C - CONSULTA DADOS DE FUNÇÃO” apresentado pelo reclamante à fl. 34, informa que a parcela “quebra de caixa” foi de fato instituída em 1º/11/1998 e extinta em 1º/1/2004, corroborando

Destaco precedente desta E. 7ª Câmara quanto ao reconhecimento da impossibilidade de cumulação da verba “quebra de caixa” com “gratificação de caixa” atualmente denominada “Função Gratificada Efetiva”, ou “gratificação de função de confiança”: RO 0011871-56.2014.5.15.0046, DEJT 6/7/2017, Desembargadora Luciane Storel da Silva (Relatora), Desembargador Carlos Augusto Escanfella, Desembargador Carlos Alberto Bosco, por unanimidade.

Dou parcial provimento ao recurso do reclamante para afastar a prescrição total pronunciada quanto à pretensão de “quebra de caixa” e no mérito propriamente dito julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial.

...

(TRT15, no RO 0012484-12.2017.5.15.0001, **7ª Câmara**, julgado em 21/01/2020)

Note-se que o fundamento jurídico deste precedente é a existência de vedação em normativo interno que impede o recebimento da rubrica quebra de caixa por empregado designado para cargo em comissão ou função de confiança, o que, diga-se de passagem, foi reconhecido também por 5 das 8 Turmas do TST¹⁷.

¹⁷ RR-894-85.2019.5.12.0022, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 05/03/2021; RR-274-35.2017.5.12.0025, 4ª Turma, julgado em 09/06/2020; Ag-RR-10379-73.2017.5.03.0073, 5ª Turma, Relator

Agora vejamos este outro acórdão, posteriormente proferido pelo mesmo órgão colegiado:

...

MÉRITO

QUEBRA DE CAIXA (COMUM)

Exsurge, do exórdio, o pedido relativo ao pagamento da parcela denominada quebra de caixa, prevista na RH 053, atribuída para cobertura de eventuais diferenças no fechamento diário do caixa, atinentes, também, à função exercida pelo Obreiro. Inócuas as alegações do Recorrente atinentes às terminologias utilizadas, pois não alteram o direito vindicado.

Registra-se, de pronto, que o item 8 da RH 053 estabelece que a remuneração do empregado é composta de salário-padrão e função de confiança e, quando designado para o exercício de cargo em comissão, receberá o salário padrão, a gratificação por exercício de cargo em comissão e CTVA.

O item 8.4, por sua vez, preconiza que “O empregado, quando no exercício das atividades inerentes à Quebra de Caixa, perceberá valor adicional específico a esse título”.

Claro está, portanto, que o empregado, que exerce atividades inerentes à quebra de caixa, faz jus ao recebimento de um adicional específico a tal título, além da gratificação da função de confiança (ou cargo em comissão).

Assim, há previsão no próprio regulamento empresarial acerca da percepção simultânea de quebra de caixa e gratificação da função de confiança (ou cargo em comissão), mesmo porque a finalidade dessas parcelas é distinta. Realmente, a quebra de caixa remunera os riscos da atividade, em virtude de eventuais diferenças no caixa, enquanto a gratificação da função de confiança re-

Desembargador Convocado Joao Pedro Silvestrin, DEJT 18/12/2020; Ag-AIRR-0011460-64.2016.5.03.0179, 7ª Turma, Relator Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT: 01/10/2021; RR-10563-27.2017.5.03.0009. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma. Publicação: 25/10/2019; AIRR-11643-80.2017.5.03.0185, 8ª Turma, rel. Ministra Dora Maria da Costa, v.u., j. 12/02/2020; TST-RRAg-540-59.2015.5.04.0851, 8ª Turma, DEJT 21/05/2021; AIRR-20923-09.2016.5.04.0662, 8ª Turma, DEJT 25/06/2021; Ag-AIRR-0010479-15.2018.5.03.0066, 8ª Turma.

munera a maior complexidade, a fidúcia e responsabilidades do cargo.

No caso vertente, restou incontroverso que o Reclamante exerceu a função de “caixa”, sendo evidente que manuseava numerário e estava, por consequência, sujeito a sofrer perdas. Ademais, o trabalhador era responsável por eventual diferença de valores apurada pela empregadora, conforme dispõe o item 12.3.1 do mesmo regulamento. Está, pois, evidenciado que o Autor exercia as funções de caixa e, considerando o objetivo de remunerar o risco da atividade, frente a eventuais diferenças no fechamento do caixa, não há óbice no pagamento simultâneo das gratificações pelo exercício da referida função e de quebra de caixa, visto que possuem naturezas jurídicas distintas, desde que evidenciado o exercício também simultâneo das atribuições de um e outro posto. Neste sentido, está o entendimento jurisprudencial da Corte Superior Trabalhista, a exemplo:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PARCELA DENOMINADA ‘QUEBRA DE CAIXA’. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. Cinge-se a controvérsia a dirimir se os empregados ocupantes da função de Técnico de Operações de Retaguarda ou Tesoureiro Executivo e que percebem gratificação de função em razão dessa atividade fazem jus ao recebimento da gratificação denominada ‘quebra de caixa’, acaso a sua atividade também se enquadre entre aquelas discriminadas como ensejadoras dessa gratificação. Na hipótese dos autos, é incontroverso que os substituídos ocupavam a função de Técnico de Operações de Retaguarda ou Tesoureiro Executivo, exercendo atividades que envolviam a manipulação de numerário. Constatado que os substituídos, como tesoureiros executivos ou técnicos de operações de retaguarda, desempenhavam atividades de controle e movimentação de numerário, eminentemente caracterizadoras do labor inerente aos trabalhadores que se ativavam na função de caixa - que exatamente por esse motivo, nos termos do regulamento empresarial fazem jus ao recebimento da parcela ‘quebra de caixa’ -, não há óbice ao recebimento simultâneo das gratificações,

uma vez que possuem naturezas jurídicas distintas, pois, enquanto essa última se destina à cobertura de eventuais diferenças na contagem dos valores recebidos e pagos aos clientes, a primeira delas, a gratificação de tesoureiro executivo ou de técnico de operações de retaguarda, possui a finalidade apenas de remunerar a maior responsabilidade atribuída ao empregado. Precedentes desta Corte. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-10365-06.2017.5.03.0036, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/08/2019).

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CEF. CAIXA EXECUTIVO. PERCEPÇÃO DA QUEBRA DE CAIXA COM A GRATIFICAÇÃO DA FUNÇÃO. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte já se posicionou no sentido de que é possível o recebimento cumulativo da gratificação pelo exercício de função de confiança com a denominada quebra de caixa pagas pela CEF. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (RR - 543-49.2015.5.06.0013, Relator Ministro: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 09/05/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/05/2018).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE, REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PARCELA “QUEBRA DE CAIXA”. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. A percepção pelo Reclamante da gratificação pelo exercício da função de “caixa executivo” não impede a cumulação com o recebimento da verba intitulada “quebra de caixa”, tendo em vista que ambas possuem naturezas jurídicas distintas. De acordo com a Súmula 102, VI, do TST, “O caixa bancário, ainda que caixa executivo, não exerce cargo de confiança. Se perceber gratificação igual ou superior a um terço do salário do posto efetivo, essa remunera apenas a maior responsabilidade do cargo e não as duas horas extraordinárias além da sexta”. Assim, considerando que a verba “quebra de caixa” visa remunerar a maior responsabilidade assumida pelo empregado, e não o exercício de cargo de confiança, a condenação ao pagamento concomitante

dessa verba com a gratificação pelo exercício do cargo comissionado de “caixa executivo/caixa/caixa PV” não implica cumulação de cargos. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 10709-95.2015.5.18.0211, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 8.6.2018).

A decisão originária está escoreita, prescindindo de qualquer modificação, inclusive, no que tange ao descabimento de dedução de valores pagos a título de gratificação pelo exercício da função original (ou qualquer outra, como a CTVA), vez que, conforme já dito, trata-se de parcelas com natureza jurídica distinta.

É corolário que a condenação deve observar os afastamentos legais e está limitada ao período que o Autor estiver no exercício da função de caixa, o que deverá ser apurado no momento liquidatório. Sem razão o autor neste particular. Não há que se falar em não incidência de reflexos em horas extras, ante os termos da Súmula nº. 247, TST.

Quanto aos sábados, conforme já é ponto pacífico nesta Casa, ficou decidido no voto prevalente que motivou a decisão da E.SBDI - I do TST, em sede de Incidente de Recursos de Revista Repetitivos - (IRR-849-83.2013.5.03.0138), que as convenções e acordos coletivos dos bancários não deram ao sábado a natureza de repouso semanal remunerado, inexistindo falar-se em verbas reflexas a este mister.

No mais, em se tratando de empregado mensalista, caso do Autor, não há se falar em reflexos da verba postulada em repouso semanais, tendo em vista o disposto no art. 7º, § 2º da Lei nº 605/49.

Todavia, com razão o Reclamante quanto ao valor da verba, merecendo reforma a decisão.

Isso porque é aplicável ao caso a Circular GEARU 55/98, com os reajustes previstos nos instrumentos normativos que se seguiram (“Tabela Rubrica 600”), conforme requerido pelo Autor.

Assim, provejo o recurso autoral, para determinar que o valor de “quebra de caixa” deve considerar a Circular GEARU 55/98/Tabela Rubrica 600.

Reformo.

...
(TRT15, no RO 00109874320185150060, **7^a Câmara**, julgado em 20/08/2020)

Observe-se que este segundo acórdão não traz qualquer distinção para não aplicação do entendimento estabelecido no acórdão precedente, mesmo porque não existe. Tampouco aponta fundamentos para superação. Na verdade, sequer cita a vedação prevista em normativo interno que foi a razão de decidir do precedente com resultado contrário. Com efeito, estamos diante de falta da coerência externa determinada pelo artigo 926, do CPC.

Outra faceta da relevância dos precedentes guarda relação com a identificação da consequência jurídica de determinações legais e constitucionais. Muitas vezes apenas com a leitura da lei ou da Constituição, o operador do direito não consegue extrair precisamente sua normatividade. Daí os precedentes, ao tratar do direito em movimento, digamos assim, auxilia na identificação da força normativa do texto. Em outras palavras, os precedentes ajudam a melhor entender o direito.

Contudo, é imprescindível sempre lembrar de ter um olhar crítico para as interpretações contidas nos precedentes, já que aquelas podem estar eivadas de ilegalidades e inconstitucionalidades, merecendo ser superadas.

O artigo 927, do CPC, impõe a observância pelo Judiciário de determinados precedentes. A maior parte da doutrina afirma que esta espécie de precedente conta com força vinculante, conforme enunciado 170, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC¹⁸.

No mesmo sentido, segue DIDIER JR. 2015: *“No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC.”*.

Porém, pondera Nelson Nery Junior, em palestra ministrada em simpósio sobre o CPC de 2015, uma crítica a tal entendimento, considerando o postulado da separação dos poderes que impede o positivismo jurisdicional. Tanto seria assim que a súmula vinculante do STF exigiu emenda constitucional, o que nos parece fazer bastante sentido.

Nas palavras de NERY JUNIOR (2018, p. 1.934):

¹⁸ Enunciado 170, FPPC: As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

5. Juízes e tribunais observarão. O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. Observar decisão: a) em RE e RESp repetitivos, b) em incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula do STJ em matéria infraconstitucional (rectius: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes significa que esses preceitos vinculam juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927, para ser efetivo, necessita de autorização prévia da CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ e TST, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do due process of law. Mudanças são necessárias, mas

devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quis lhe conceder.

No nosso pensar, em que pese sejam relevantes os argumentos pela violação à separação dos poderes, contamos com todos os direitos fundamentais tratados no item anterior para justificar a existência do sistema de precedentes. Logo, como não existem normas absolutas na Constituição, através de interpretação sistemática, o postulado da separação de poderes deve sucumbir às demais normas constitucionais em questão, especialmente igualdade e segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF), duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF), competência do STJ/STF (artigos 102 e 105, ambos da CF), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF), entre outros.

Com razão de decidir semelhante, decidiu o STF na ADI 2418, com inteiro teor publicado em 17/11/2016 e grifos nossos:

" ...

9. Registre-se, desde logo, que, segundo a jurisprudência assentada no STF (por todos, ilustrativamente, o acórdão de lavra do Min. Celso de Mello no RE 681.953, DJe de 09.11.12, com farta indicação de precedentes no mesmo sentido), o instituto da coisa julgada, **embora de matriz constitucional, tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição.** É o que ocorre, v.g., nas hipóteses de ação rescisória previstas no art. 485 do CPC/73 (e no art. 966 do CPC/15), em que a coisa julgada fica submetida a outros valores constitucionais considerados circunstancialmente preponderantes, como o da imparcialidade do juiz (incisos I e II), o da boa-fé e da seriedade das partes quando buscam a tutela jurisdicional (inciso III), o da própria coisa julgada (inciso IV) e, mesmo, o da justiça da sentença quando comprometida por ofensa à literalidade de lei ou por manifesta contrariedade aos fatos ou à prova

(incisos V a IX). É evidente que, como sempre ocorre nessa atividade normativa infraconstitucional de dar concreção a normas constitucionais e, se for o caso, de estabelecer fórmulas para harmonizar eventuais situações de colisão de valores ou princípios de superior hierarquia, a legitimidade da solução oferecida pelo legislador ordinário supõe observância de critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, a fim de não comprometer mais do que o estritamente necessário qualquer dos valores ou princípios constitucionais colidentes. 10. À luz das premissas indicadas é que deve ser examinada a legitimidade constitucional do instrumento processual previsto no parágrafo único do art. 741 do CPC/73 e no art. 475-L, § 1º (reproduzidos, como já se enfatizou, nos artigos 525, §§ 12 e 14, 535, § 5º do CPC/15). Há polêmica a respeito dele na doutrina. Por um lado, há os que simplesmente o consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada (v.g.: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed., SP, RT, 2004, p. 1156; Dalton Luiz Dallazem, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, 14:21). É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de qualquer outro princípio constitucional, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como ocorreu no dispositivo em exame, por via de legislação ordinária. Há, por outro lado, corrente de pensamento situada no outro extremo, dando prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição e, por isso mesmo, considerando insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja

em controle difuso, seja em controle concentrado (v.g.: THEODORO JR., Humberto. "A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), p. 94D 95). Também essa corrente merece críticas. Ela confere aos embargos à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC/73, aqui examinado, eficácia essa que, para sustentar-se, haveria de buscar apoio, portanto, não nesse dispositivo infraconstitucional, mas diretamente na Constituição. Ademais, a admitir-se a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria eliminado, de modo completo, pelo menos em matéria constitucional, o instituto da coisa julgada, que também tem assento na Constituição. Comprometer-se-ia também um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, pois ficaria aberta a oportunidade de permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas. Ensejar-se-ia que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores (tribunais de apelação e mesmo tribunais superiores). Em suma, propiciar-se-ia, em matéria constitucional, a perene instabilidade do julgado, dando razão à precisa crítica de Barbosa Moreira:

[...]

In medio virtus. Entre as duas citadas correntes (que, com suas posições extremadas, acabam por comprometer o núcleo essencial de princípios constitucionais, ou o da supremacia da Constituição ou o da coisa julgada) estão os que, reconhecendo a constitucionalidade das questionadas normas (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, § 1.º, do CPC/73), buscam dar-lhes o alcance compatível com o seu enunciado, alcance esse que, todavia, nem sempre é de compreensão unívoca. Há quem sustente que a inexecutividade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que houver precedente do STF em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade do preceito

normativo aplicado pela sentença exequenda (v.g.: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. Revista Dialética de Direito Processual – RDDP n. 4. p. 9-27. São Paulo: Dialética). E há quem vê no texto normativo um domínio

11. A constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 e do §1º do art. 475-L do CPC/73 (semelhantes aos artigos 525, §§ 12 e 14, 535, § 5º do CPC/15) decorre do seu significado e da sua função. São preceitos normativos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram apenas agregar ao sistema processual um instrumento com eficácia rescisória de certas sentenças eivadas de especiais e qualificados vícios de inconstitucionalidade. Não se trata, portanto, de solução processual com a força ou com o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e o instituto da coisa julgada e muito menos para rescindir ou negar exequibilidade a todas as sentenças inconstitucionais.

...”

Esclarece NOVELINO MARCELO (2010, p. 144/145):

As regras tradicionais de hermenêutica têm se revelado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação impõe restrições e sacrifícios a um ou a ambos os lados. A ponderação se apresenta como uma técnica de decisão a ser utilizada para solucionar tais conflitos, sobretudo nos casos difíceis (hard cases). Por meio da ponderação de interesses opostos é estabelecida uma *relação de preferência condicionada* que diz sob quais condições um princípio precede a outro.

4.2 normas sobre devida aplicabilidade de precedentes

Diversos direitos fundamentais impõem a superação, a distinção e o devido enquadramento de precedentes, entre eles o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF¹⁹), a fundamentação

¹⁹ Art. 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

das decisões (artigo 93, IX, da CF²⁰), o controle difuso da constitucionalidade das normas (artigo 1º, parágrafo único e 5º, XXXV, ambos da CF²¹). Ainda a já citada igualdade, entre outros.

Não há que se falar em devido processo legal na utilização de precedente desconsiderando-se o fundamento jurídico deste e os fatos e direitos envolvidos no caso concreto que está sendo julgado.

Da mesma forma, não pode ser considerada fundamentada decisão que não procede com a devida análise do precedente e da sua relação com a hipótese objeto da demanda em voga. Aqui, temos previsão expressa do CPC em vigor contida no artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC²².

Diz DIDIER JUNIOR (2015, p. 471) sobre o tema:

É preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delinear, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente exigível – que,

²⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (*Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

²¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - 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.

ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o julgamento. Tudo isso compõe expressamente o dever judicial de fundamentação na forma dos arts. 489, §1º e 927, §1º, CPC.

Através do controle de constitucionalidade das normas, deve ser superado precedente inconstitucional. Ressalte-se aqui que as normas jurídicas englobam as leis, a jurisprudência, os precedentes, a doutrina, etc.

A igualdade constitucional impede que o fundamento jurídico de precedente seja aplicado para caso diverso do por ele considerado. Caso assim o faça, estaríamos tratando situações desiguais de forma igual, violando o tão caro direito fundamental à igualdade material.

Assim bem define DIDIER JUNIOR (2015, p. 469):

É necessário, contudo, ter também em mente a hipótese inversa: a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas. Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.

O artigo 896, §§ 1º-A, 7º e 8º, parte final, da CLT, traz expressamente já há algum tempo, entre outros, os seguintes requisitos para caracterizar a decisão paradigma apta a ensejar o cabimento de recurso de revista por divergência jurisprudencial: **a)** indicação do trecho da decisão recorrida que controverte da decisão paradigma, mencionando as circunstâncias que assemelham os fatos e direito - objeto das decisões em análise e; **b)**

decisão paradigma tem que ser atual, não se considerando como tal, julgado ultrapassado por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superado por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O TST esclarece na súmula de jurisprudência 296 a necessidade de que, para divergência, o acórdão recorrido e o paradigma tratem dos mesmos fatos determinantes²³.

A devida aplicabilidade dos precedentes é ainda determinada em vários outros diplomas legais, conforme diversos dispositivos do CPC em vigor (926, §2º; 927, § 1º; 1.037, §9º; 966, §§5º e 6º²⁴; etc.), do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (255, §2º²⁵), entre outros.

²³ **Súmula nº 296 do TST - RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE** (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora **idênticos os fatos que as ensejam**.

II - Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando **premissas concretas de especificidade** da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso.

²⁴ Exemplos do CPC de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - 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.

Art. 926. **§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.**

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Art. 1.037. **§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.**

Art. 966. (§§ 5º e 6º não existiam na publicação original do NCPC – incluídos pela LEI Nº 13.256, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016)

Vejam-se também os enunciados 306 e 166, ambos do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC a respeito²⁶, que deixam claro que, para aplicar qualquer precedente, é preciso identificar sua razão de decidir e, para tanto, na maior parte das vezes é preciso buscar junto à fundamentação fática e jurídica do voto que prevaleceu para determinada ementa ou súmula.

6 Dever de uniformidade, estabilidade, coerência e integridade das decisões

Os tribunais são legalmente obrigados a manter sua jurisprudência uniforme, estável, coerente e íntegra, conforme determina o artigo 926, do CPC²⁷.

A uniformidade está relacionada com a busca constante em acabar com posições divergentes dentro do mesmo órgão jurisdicional e até mesmo dentro de todo o Poder Judiciário. Não é uniforme jurisprudência que conta com decisões em sentidos divergentes de seus órgãos fracionários, por exemplo. A Turma ou Câmara (órgão fracionário do tribunal) tem o dever de, di-

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”

²⁵ RISTJ: Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo. § 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

²⁶ Enunciado 306, do FPPC: **“O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.”**

Enunciado 166, do FPPC: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”

²⁷ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

ante de decisões contraditórias de outra Turma ou Câmara, submeter o tema ao órgão superior buscando a uniformização do entendimento daquele tribunal sempre que possível.

Este dever de uniformidade deixa claro como os dispositivos do sistema de precedentes estão inter-relacionados. Exemplificando: como visto anteriormente, o artigo 927, do CPC, traz precedentes de observância obrigatória. Este efeito vinculante acaba por trazer a uniformidade da jurisprudência imposta pelo artigo 926, do CPC, ora em análise. Da mesma forma, também visando à uniformidade do entendimento jurisdicional, é a técnica de julgamentos colegiados não unânimes (artigo 942) e o recurso de embargos de divergência (artigo 1.043).

Aqui, inclusive, pertinente citar uma ideia do brilhante Fredie Didier em *live no Instagram* em 08/07/2020, com a qual eu concordo plenamente por entender que faz todo sentido em interpretação das normas cogentes do CPC.

Vamos à ideia: as súmulas 343, do STF²⁸ e 83, do TST²⁹, esta última por mim acrescentada, não têm espaço no ordenamento jurídico após a vigência do artigo 926, do CPC³⁰, que, como dito, determina a uniformização da jurisprudência. A rescisória é cabível justamente pela violação da norma jurídica (artigo 966, V, do CPC³¹), a qual impõe uniformidade que não existe quando

²⁸ STF, Súmula 343:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

²⁹ TST, Súmula 83:

AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONTROVERTIDA

I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais. (ex-Súmula nº 83 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida. (ex-OJ nº 77 da SBDI-2 - inserida em 13.03.2002)

³⁰ Aplicável na Justiça Trabalhista, conforme reconhece o próprio TST, no artigo 3º, XXIII, da sua instrução normativa nº 39:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais);

³¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

V - violar manifestamente norma jurídica;

estamos diante de interpretação divergente. Não é para existir interpretação divergente, quanto mais essa ter o condão de impedir a procedência de ação rescisória.

Temos um exemplo legal na busca dessa uniformidade na justiça laboral vigente desde 1943, qual seja, o cabimento de recurso para tribunal superior diante da divergência do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho - TRT de determinada região com precedente, seja do pleno ou de turma, de TRT de outra região ou com decisão da Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho - TST, órgão responsável por pacificar entendimentos sobre a legislação trabalhista, ou com súmula do TST ou com súmula vinculante (**artigo 896, “a”, da CLT³²**).

Uma vez uniformizada a jurisprudência, os órgãos fracionários devem respeito àquele entendimento, conforme inclusive determina o artigo 927, V, do CPC³³.

Já a estabilidade guarda ligação com a superação do precedente. Aqui, vale destacar que quanto mais o precedente firmado for consistente (o que será tratado a seguir), tanto mais será estável.

Será adotado aqui o entendimento trazido por Fredie Didier Jr. no sentido de que a coerência e a integridade são elementos da consistência do precedente. Diz DIDIER JUNIOR (2015, p. 478): “No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade. A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de consistência”.

Coerência é a característica daquilo que tem lógica e coesão, quando um conjunto de ideias apresenta nexos e uniformidade. Para que algo tenha coerência, este objeto precisa apresentar uma sequência que dê um sentido geral e lógico ao re-

³² Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

³³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

ceptor, de forma que não haja contradições ou dúvidas acerca do assunto. A origem da palavra “coerência” está no latim *cohaerentia*, que significa “conexão” ou “coesão”³⁴.

O dever de coerência/coesão impõe a observância do fundamento jurídico de decisões judiciais anteriores proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional (coerência externa - vide exemplo do direito bancário no tópico sobre precedente como norma jurídica), bem como impede que a decisão judicial seja contraditória ou ilógica (coerência interna). A contradição e a falta de lógica referidas são internas à decisão, haja vista que a incorreção, considerando aspectos externos, à exceção de precedente anterior do mesmo órgão, afetará sua integridade, conforme tratado a seguir.

Levando em conta a referida necessidade de coerência externa determinada pelo artigo 926, do CPC, podemos concluir que se trata de precedente vinculante fora das hipóteses do artigo 927, do CPC. O precedente proferido pelo próprio órgão prolator da decisão seguinte é de observância obrigatória, sob pena de incoerência externa vedada pelo sistema de precedentes.

A integridade exige que a decisão judicial esteja de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Não pode ser considerada íntegra decisão que, por exemplo, não observa direitos fundamentais (artigo 5º, da CF), ou seja, é inconstitucional. Também não observa o dever de integridade julgado que afronta normas infraconstitucionais ou precedentes judiciais vinculantes e/ou indicados pela parte, salvo se demonstrada sua revogação/superação/inconstitucionalidade.

Existe aqui íntima relação com a efetividade da jurisdição, já que não se pode pensar em tutela jurisdicional efetiva quando não aplicadas as normas inerentes ao caso submetido ao Poder Judiciário.

5 *Overruling* através de controle difuso de constitucionalidade

A superação do precedente pelo próprio órgão prolator não gera maiores dificuldades. Maior complexidade surge ao pensarmos na superação de precedente por órgão que não foi responsável pela sua criação.

³⁴ <https://www.significados.com.br/coerencia/>

A superação só seria possível pelo órgão prolator do precedente? Sendo positiva a resposta, o cidadão não ficaria em uma posição de fragilidade?

No nosso pensar, haverá prejuízo aos cidadãos caso se exija que a superação possa ser levada a efeito apenas pelo órgão prolator, isso porque, por exemplo, se um juiz de primeiro grau julgar com base em precedente do STJ inconstitucional que deva ser superado, mas que não conte ainda com decisão do mesmo STJ neste sentido, tecnicamente ficaria a parte processual impossibilitada de recorrer ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, uma vez que esses também não poderiam superar o precedente do STJ. Restaria tão somente buscar a revogação do precedente através de pedido à comissão do STJ, contudo, isso não impediria o trânsito em julgado da decisão de primeiro grau proferida no processo em curso.

Pensando em solucionar este impasse, veja-se que se a observância do entendimento do precedente é obrigatória, este tem força de lei com efeitos *erga omnes* e se é assim sobre ele, cabe controle difuso de constitucionalidade, o que permite a conclusão de que é possível a superação por órgão diverso do responsável pela criação do precedente.

Assim defende o ilustre professor e renomado jurista Nelson Nery Junior, em palestra ministrada em simpósio sobre o CPC de 2015, bem como NERY JUNIOR (2018, p. 1.934/1.935):

6. Juízes e tribunais não observarão. O CPC 927 confere aos preceitos arrolados nos incisos III a V natureza de norma geral, de lei, equiparando-os, nos efeitos, à súmula vinculante do STF, este sim com natureza jurídica de norma geral, na forma da CF 103-A. Como os preceitos enumerados no CPC 927 III a V – jurisprudência como lei – são inconstitucionais, juízes e tribunais podem fazer o controle concreto da constitucionalidade desses preceitos. O juiz de primeiro grau pode, sozinho, fazer o controle concreto da constitucionalidade de lei ou ato normativo, contestado em face da Constituição. Entendendo pela inconstitucionalidade, pode deixar de observar o preceito inconstitucional e afastar sua incidência no caso concreto. Nos tribunais é possível fazer o controle da constitucionalidade, observada a reserva de plenário (CF 97 e STF-V 10). Reconhecida a inconstitucionalidade, o tribunal afasta a incidência do preceito enunciado no CPC 927 III

a V para julgar a causa por outros fundamentos. No mesmo sentido, afirmando a inconstitucionalidade do CPC 927 III, IV e V, 1.º FNPT 53: NCP, art. 927, incisos III a V. Decisão vinculativa. Inconstitucionalidade. Os incisos III, IV e V do art. 927 do NCP são inconstitucionais, pois somente a Constituição da República Federativa do Brasil pode autorizar um Tribunal a adotar súmula ou construção jurisprudencial vinculativa dos outros órgãos integrantes do Poder Judiciário brasileiro, ou normas de caráter impositivo, genéricas e abstratas.

Também, a doutrina norte-americana segue no mesmo sentido, conforme artigo *Stare Decisis*, de Edward D. Re, Professor na Faculdade de Direito da St. John's University – New York e Juiz Presidente Emérito da Corte de Comércio Internacional do E.U.A., em tradução de Ellen Gracie Northfleet:

Uma acurada descrição da doutrina do *stare decisis* deverá conter uma declaração das limitações postas à sua aplicabilidade.

Algumas definições adiantadas por aqueles que estudaram a doutrina em profundidade podem ser úteis. Por exemplo, Henry Campbell Black, em seu *Law of Judicial Precedent*, afirmou:

“Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte.”

Black salienta assim a importância das questões apresentadas no caso anterior. Teriam essas questões sido suscitadas, consideradas e decididas? Se não foram, embora pudessem ter sido, a decisão anterior não é um precedente vinculativo.

7 Exemplos de funcionamento do sistema no direito bancário

7.1 Revisão contratual com limitação à taxa de juros média de mercado – *restritive distinguishing*

O STJ sedimentou entendimento de que é possível revisão contratual considerando a taxa de juros média de mercado fixada pelo BACEN. Ocorre que tal alteração do pactuado entre as partes é possível apenas em hipóteses específicas, quais sejam, quando se tratar de relação de consumo e a taxa de juros estiver muito acima da média de mercado.

É o que se extrai do julgamento de recurso repetitivo, Resp 1.061.530 – RS:

...

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;
- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

...

(Resp 1.061.530 – RS, 2ª Seção, julgado em 22/10/2008) (grifos nossos)

...

1.2. A Revisão dos Juros Remuneratórios Pactuados

...

Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros.

A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas ta-

xas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média.

Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos.

1.3. Taxa aplicável quando reconhecida a abusividade na contratação dos juros remuneratórios.

A questão final atinente a este tópico procura responder ao seguinte problema: constatada a abusividade, qual taxa deve ser considerada adequada pelo Poder Judiciário?

Muitos precedentes indicam que, demonstrado o excesso, deve-se aplicar a taxa média para as operações equivalentes, segundo apurado pelo Banco Central do Brasil (vide, ainda, EDcl no AgRg no REsp 480.221/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 27.3.2007; e REsp 971853/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007).

Esta solução deve ser mantida, pois coloca o contrato dentro do que, em média, vem sendo considerado razoável segundo as próprias práticas do mercado. Não se deve afastar, todavia, a possibilidade de que o juiz, de acordo com seu livre convencimento racional, indicar outro patamar mais adequado para os juros, segundo as circunstâncias particulares de risco envolvidas no empréstimo.

...”

(Voto que prevaleceu no julgamento do Resp 1.061.530 – RS, 2ª Seção, julgado em 22/10/2008) (grifos nossos)

Frise-se que o entendimento do STJ é pela possibilidade de revisão dos juros pactuados **apenas para operações que ca-**

racterizem relação de consumo, o que exclui quase que a totalidade das operações firmadas pelas instituições financeiras com pessoa jurídica, portanto, de acordo com decisões do STF (ADI 2591, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006) e das Turmas de Direito Privado do STJ (AgInt no AREsp 555083 / SP, 4ª Turma, de 25/06/19 e AgRg no AREsp 397025 / SP, 3ª Turma, Data do Julgamento: 25/03/2014).

Gize-se, ainda, que a revisão **só é devida quando a taxa contratada estiver muito acima da média de mercado**, sob pena de não existir mais média e sim, um valor fixo, o que fica claro com o item 1.2 do voto que prevaleceu no julgamento pela Segunda Seção do STJ do citado repetitivo Resp 1.061.530 – RS antes transcrito.

Com efeito, há distinção que impede a aplicação dos precedentes do STJ que admitem a revisão contratual considerando a taxa de juros média de mercado para avenças firmadas pelas instituições financeiras com pessoas jurídicas na condição de fomento ao negócio, ou seja, quando a empresa não figura como destinatária final. Também não são igualmente aplicáveis tais precedentes quando, ainda que diante de relação de consumo, a taxa de juros efetivamente contratada não seja exorbitantemente superior à taxa média de mercado.

7.2 Capitalização mensal de juros – súmula 121, do STF – *restritive distinguishing e overruling*

Em abril de 1933, entrou em vigor no Brasil o Decreto 22.626, conhecido como Lei de Usura, que em seu art. 4º proíbe a capitalização de juros no território nacional, nos seguintes termos: “Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

Em 1963, foi publicada a Súmula 121 do STF, a qual descreve que “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”, e assim foi reforçado o pensamento expressado pela lei anteriormente citada.

Veja-se que o fundamento do STF para aprovação da súmula 121 foi exatamente a referida Lei de Usura (ver figura a seguir).

Aud. de Publ. de 1961

TRIBUNAL FEDERAL

25-9-61

ELSER

1364

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 147.497 - SÃO PAULO
(E M B A R G O S)

EMBARGANTE : JOAQUIM COELHO DE FREITAS

EMBARGADO : JOSÉ THOMAZ DE ANDRADE

... Lei de Usura ...

EMENTA: - Lei de Usura. Capitalização de juros é vedada expressamente, mormente na taxa de 1% ao mês, máximo que se permite cobrar de juros simples.

A C Ó R D E O

Vistos, etc.

Acorda o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, desprezar os embargos, de acordo com as notas taquigráficas.

Custas na forma da lei.

Brasília, 25 setembro 1961.

BARROS BARRETO - Presidente

No entanto, em 1976 foi aprovada pelo mesmo STF a Súmula 596, *in verbis*:

Súmula 596, STF: As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

O fundamento jurídico do referido enunciado é que, diante da vigência da Lei nº 4.595, de 1964, houve revogação tácita

da Lei de Usura para as instituições públicas ou privadas, as quais integram o sistema financeiro nacional, tendo em vista que, a partir de então, os encargos deveriam ser regulados pelo Conselho Monetário Nacional – CMN (ver figura abaixo).

Seção de Jurisprudência
 Anál. de Publ. de 17/12/1975

93

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 14.11.75

1167 PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 81.692 - SÃO PAULO

RECORRENTE: CAIXA ECONÔMICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 RECORRIDA: PREFEITURA MUNICIPAL DE IACATÉ

EMENTA: 1. As taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições de crédito já não se acham sob incidência das limitações previstas no Decreto nº 22.626-33, mas, isto sim, ao que dispõe a Lei n. 4.595-64, às deliberações do Conselho Monetário Nacional e às limitações e à disciplina do Banco Central do Brasil, como decidiu, aliás, o STF no RE n. 78.953.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos de recurso extraordinário nº 81.692, do Estado de São Paulo, em que é recorrente a Caixa Econômica do Estado de São Paulo, e recorrida a Prefeitura Municipal de Iacaté, decide o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, unanimemente, conhecer do recurso para lhe dar provimento, de acordo com as notas juntas.

Brasília, DF, 14 de novembro de 1975.

 ELOY DA NOCHA - PRESIDENTE

Neste contexto, a Lei de Usura e o enunciado 121 do STF vinculado tornam-se inaplicáveis contra instituição financeira integrante do sistema financeiro nacional, sendo caso de distinção, conforme artigo 489, § 1º, VI, do CPC.

Ademais, observe-se que a súmula 121, do STF (aprovada na sessão plenária de 13/12/1963), é bem anterior à entrada em vigor da MP nº. 1.963-17, de 30/03/2000, posteriormente em vi-

gor como MP n.º 2.170-36, de 23.8.2001³⁵, bem como da Lei 10.260/01³⁶ e da Lei 4.380/64³⁷, todas permitindo a capitalização mensal de juros, o que afasta a aplicação do precedente jurisprudencial da Suprema Corte para pactos firmados após 31/03/2000, 24/06/2011 e 07/07/2009.



Tal precedente também é inaplicável nos dias atuais pelo simples fato de que não cabe ao STF dar a última palavra em interpretação de Lei Federal e sim, ao STJ, conforme determina a Constituição Federal (artigos 102 e 105, III), sendo que este último entende pelo cabimento da capitalização mensal de juros (súmulas 539 e 541, ambas do STJ³⁸).

A súmula 121, do STF, decorre de precedentes do Supremo Tribunal de uma época em que este analisava matéria federal (como dito anteriormente, os precedentes se baseiam na Lei de Usura), de uma época em que não existia o STJ, o qual foi criado com a Constituição Federal de 05/10/1988.

Com efeito, fica claro que é caso de superação do entendimento sumulado no enunciado 121, do STF.

³⁵ Art. 5.º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

³⁶ Art. 5o Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte: II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN;

³⁷ Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.

³⁸ **Súmula 539**

“É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada” (REsp 1.112.879, REsp 1.112.880 e REsp 973.827).

Súmula 541

“A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (REsp 973.827 e REsp 1.251.331).

Isso corroborando, note-se que o enunciado em apreço, inclusive, não é de observância obrigatória, conforme determina o artigo 927, IV, do CPC, na medida em que não se trata de súmula do STF em matéria constitucional: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;”.

7.3 Comissão de permanência – indevido enquadramento

Sentença em embargos à execução limita a cobrança dos encargos de inadimplência apenas ao índice certificado de depósito interbancário – CDI, trazendo como fundamentos as súmulas do STJ sobre o tema, nos seguintes termos:

...

DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

Inicialmente, importa ressaltar que não há que se falar em substituição da comissão de permanência pela aplicação do INPC, mormente em face do enunciado da Súmula n. 294, do STJ, “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”.

Por outro lado, os contratos celebrados entre as partes preveem, que em caso de inadimplemento das obrigações assumidas, a incidência da comissão de permanência. Nos termos da CCB n. 82924090, a taxa mensal será obtida pela composição dos custos financeiros de captação em Certificado de Depósito Interfinanceiros – CDI, divulgada pelo Banco Central do Brasil no dia 15 de cada mês, acrescida pela taxa de rentabilidade de até 10% (dez por cento) ao mês (cláusula vigésima quinta – Id-14749498, pág. 17). Na CCB n. 734-4090.003.00001452-0 está previsto que “taxa mensal será obtida pela composição da taxa do CDI divulgada no dia 15 (quinze) de cada mês, a ser aplicada durante o mês subsequente, acrescida da taxa de rentabilidade ao mês de 5% (cinco por cento) do 1º ao 59º dia de atraso, e de 2% (dois por cento) a partir do 60º dia de atraso” e, “Além da comissão de permanência, serão cobrados juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração sobre a obrigação vencida”

A comissão de permanência prevista na Resolução n. 1.129/1986, do Banco Central do Brasil – BACEN, já traz embutida em seu cálculo a correção monetária, os juros remuneratórios e a multa, e juros decorrentes da mora.

Dessa forma, verificado o descumprimento do pactuado é perfeitamente legítima a cobrança da referida comissão, desde que não cumulada com outros encargos relativos à correção monetária e juros. Esse entendimento foi se consolidando ao longo do tempo no âmbito da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e se evidencia nos enunciados das Súmulas n. 30, 294 e 296. Confira-se:

Súmula 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula 296 - Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

A evolução da Jurisprudência do STJ levou, finalmente, à edição da Súmula n. 472, com o seguinte enunciado:

A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual.

Portanto, a comissão de permanência deve ser limitada à taxa de juros contratada para o período da normalidade e não pode ser cumulada com a correção monetária nem com os juros remuneratórios. Tampouco pode coincidir com os encargos decorrentes da mora, como os juros moratórios ou com a multa contratual.

...

A transcrição da súmula 472, do STJ, na própria sentença deixa claro o indevido enquadramento, na medida em que o entendimento sumulado determina que a comissão de permanência “não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato”.

Assim, a sentença não poderia limitar a cobrança apenas ao CDI com fundamento no entendimento sumulado do STJ. Conseqüentemente, há indevido enquadramento do entendimento do STJ plasmado na súmula de jurisprudência 472, do STJ. Note-se que a decisão em análise afasta a cobrança tanto da taxa referencial - TR como dos juros de mora e da multa contratual, ou seja, limita a cobrança apenas ao CDI.

Além do claro enunciado da citada súmula 472, contamos com julgamento de recurso repetitivo, que interpretou os entendimentos sumulados do Superior Tribunal, afastando qualquer dúvida:

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES.** DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.

2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida.

3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.

4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.

5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Acórdão

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os votos dos Srs. Ministros Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Vasco Della Giustina, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento em extensão maior do que o voto da Sra. Ministra Relatora. O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão fará declaração de voto para inclusão de observações pessoais. **Para os efeitos do art. 543-C do CPC, a cláusula da comissão de permanência foi considerada válida**, vencida a Sra. Ministra Relatora. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Art. 162, § 2º, RISTJ). Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi e o Sr. Ministro Paulo Furtado.

(REsp. 1.058.114/RS, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 16.11.2010)

Importante destacar que o STJ teve um cuidado de preservar ao máximo a autonomia da vontade entre as partes e por este fundamento apenas limitar a comissão de permanência aos encargos remuneratórios e moratórios legais e contratuais, conforme item 4 da ementa do repetitivo anteriormente transcrito.

Voto vencedor do REsp 1.058.114/RS conclui que o entendimento do STJ pode ser resumido pelos termos da seguinte ementa:

'CONSUMIDOR. MÚTUO BANCÁRIO. **COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS N^{os} 294 E 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Vencido o empréstimo bancário, o mutuário permanece vinculado a obrigação de remunerar o capital emprestado medianamente os juros contratados, salvo se a respectiva taxa de mercado for menor, respondendo ainda pelos juros de mora e, quando ajustada, pela multa, que não pode exceder de dois por cento se o negócio for posterior ao Código de Defesa do Consumidor; na compreensão do Superior Tribunal de Justiça, **a comissão de permanência é formada por três parcelas, a saber: 1) juros que remuneram o capital emprestado (juros remuneratórios); 2) juros que compensam a demora no pagamento (juros moratórios); e 3) se contratada, a multa (limitada a dois por cento, se ajustada após o advento do Código de Defesa do Consumidor) que constitui a sanção pelo inadimplemento.** Recurso especial conhecido e provido.' (REsp. nº 834.968-RS, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ de 7.5.2007). (grifos nossos)

Veja-se que não se encontra na atual jurisprudência do STJ proibição para composição da comissão de permanência pela CDI acrescida da taxa de rentabilidade.

Ressalte-se que a previsão da taxa de rentabilidade na composição da comissão de permanência não implica em cobrança de correção monetária ou juros. Na verdade, a taxa de rentabilidade faz parte da própria comissão de permanência, não podendo ser considerada como tal encargo (correção monetária ou juros).

Importante que não se confunda a taxa de rentabilidade – TR, componente da comissão de permanência, com a taxa referencial – TR, índice de correção monetária.

Assim, tanto a CDI como a TR não podem ser afastadas pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao artigo 2º, da Carta Fundamental (separação dos poderes), bem como aos postulados fundamentais da legalidade (artigo 5º, II, da CF) e razoabilidade.

Se algum encargo for ser afastado, seja por ser considerado como correção monetária, seja por outro motivo, deve ser o CDI, não a TR.

Frise-se que não é razoável que, em decorrência da revisão judicial da avença firmada, o devedor inadimplente seja beneficiado com encargos inferiores (apenas CDI) aos devidos no período da adimplência contratual (juros remuneratórios e correção).

Lembre-se aqui que devem ser verificadas as consequências da decisão judicial, conforme determina expressa previsão legal (artigos 20 e 21, ambos da LINDB – DECRETO-LEI nº 4.657/42³⁹). No caso em tela, a limitação à CDI implica em incentivar o ajuizamento de ações revisionais e a inadimplência contratuais, já que beneficia indevidamente o devedor inadimplente, conforme anteriormente demonstrado, o que deve ser considerado pelo magistrado.

Com efeito, caso o juízo reconheça alguma procedência no pedido relacionado à comissão de permanência, deve ser reconhecido o direito da CAIXA cobrar a comissão de permanência da forma como pactuada, contudo limitada (decotada, conforme repetitivo - REsp. 1.058.114/RS) aos valores equivalentes aos juros remuneratórios contratados, juros de mora legais ou contratuais e multa contratual.

Este que é entendimento sumulado nos enunciados 296 e 472, ambos do STJ e constante em decisão do mesmo STJ, sob o rito dos recursos repetitivos (REsp. 1.058.114/RS), de observância obrigatória, conforme artigo 927, III e IV, do CPC e não, o indevidamente extraído pelo magistrado.

³⁹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das **possíveis alternativas**. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

7.4 Revisão de pactos extintos por renegociação – *overruling*

A súmula 286 do STJ estabelece que “**a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores**”. Tal enunciado foi publicado no mês de maio do ano de 2004.

As decisões do STJ nos REsp 886150/PR, AgRg no REsp 1069460/RS, AgRg no Ag 1335565/RJ e AgRg no REsp 1082738/SC⁴⁰, entre outros, publicadas respectivamente nos anos de 2007, 2009, 2010 e 2011, estabelecem que a extinção da avença pela adjudicação do bem ao credor hipotecário implica na ausência de interesse processual para revisão dos pactos extintos.

Note-se que se falta interesse de agir para revisão de avença onde houve adjudicação da propriedade em favor do credor, com mais razão ainda carece de interesse o mutuário que extingue avença por renegociação/confissão. Afinal, onde cabe mais, leia-se, falta de interesse de agir em face de adjudicação que extingue o pacto e ocorre, independentemente da vontade do mutuário, cabe menos, leia-se, ausência de interesse processual, considerando renegociação/confissão de dívida onde é extinto o pacto com a vontade do mutuário.

Mencione-se de passagem que a ausência de interesse de agir é corroborada também por previsão do CPC, que, em seu artigo 487, III⁴¹ determina a extinção do processo com resolução do mérito em caso de transação entre as partes. Logo, a lide que foi transacionada não pode mais ser objeto de outra ação judicial, uma vez que existe coisa julgada a respeito. Ora, trata-se de

⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. AÇÃO REVISIONAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. SÚMULAS 284/STF E 286/STJ. INAPLICABILIDADE.

1 - **Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo hipotecional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, ficando superadas todas as discussões a esse respeito.**

2 - Inaplicáveis ao caso as Súmulas 284/STF e 286/STJ.

3 - Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1082738/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011, grifei)

⁴¹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

III - homologar;

b) a transação;

caso idêntico ao caso de extinção por renegociação/confissão de dívida, devendo, portanto, ser aplicado o mesmo raciocínio, qual seja, a dívida transacionada extrajudicialmente não pode mais ser discutida judicialmente.

Temos ainda os REsp 141.879/SP, REsp n.º 95539-SP e REsp 1217951/PR, entre outros, com decisões publicadas, respectivamente, nos anos de 1998, 1996 e 2011, onde o STJ reconhece o *venire contra factum proprium*, com raciocínio perfeitamente aplicável para superação da súmula 286 em questão, levando em conta o comportamento contraditório na pretensão de rever judicialmente avença extinta pela renegociação entre as partes, renegociação esta que sempre traz algum benefício ao mutuário, levando em conta desconto para parcelamento, afastamento de vencimento antecipado da integralidade do saldo devedor, elastecimento do prazo originalmente contratado, etc.

Com efeito, existe *overruling* pelo próprio STJ da súmula 286, publicada no mês de maio do ano de 2004, considerando decisões posteriores do superior tribunal pela falta de interesse de agir para rever pactos extintos, bem como pela vedação de comportamento contraditório.

8 Desafios da inteligência artificial

O Judiciário, promotores, procuradores e advogados públicos não raramente lidam com temas que se repetem incontáveis vezes em demandas judiciais.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a maior parte dos processos que correm perante o Poder Judiciário advém de demandas repetitivas (maior litigante, seja como demandante ou como demandado, é entidade estatal – administração pública direta e indireta).

A inteligência artificial é uma realidade que vem sendo implantada nos tribunais brasileiros, a exemplo do sistema VICTOR do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, se faz necessária problematização vinculada à utilização da inteligência artificial no *stare decisis*.

Essa inteligência artificial consiste basicamente na programação para que um software identifique um padrão previamente estabelecido e gere determinado resultado.

No funcionamento do sistema de precedentes, podemos pensar, por exemplo, na identificação de determinado assunto na petição inicial que gere ao operador do direito os precedentes vinculados. Ou, indo ainda mais longe em prol da duração

razoável do processo, pensar que essa mesma identificação gere uma decisão judicial pronta aplicando as normas vinculadas (dispositivos legais e constitucionais e precedentes vinculantes e persuasivos), o que parece ter sido iniciado através do sistema Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça⁴².

Levando em conta toda a dificuldade de enquadramento de precedentes que é mote principal deste trabalho, sendo necessário, não raras vezes, buscar no voto condutor a razão de decidir, já fica bem claro o tamanho do desafio que temos pela frente.

Considerando que a inteligência artificial funciona parame-trizando dados com os quais é alimentada, o chamado *data set*, será necessário um banco de dados constantemente atualizado com precedentes, onde haja indicação clara do fundamento ju-rídico da conclusão jurisdicional adotada.

Ademais, levando em consideração os direitos fundamen-tais à transparência, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, entre outros, deverá constar na decisão judi-cial do caso concreto que aquele precedente foi aplicado através da utilização de inteligência artificial, permitindo que o cida-dão saiba com o que está lidando. Neste sentido, inclusive de-terminam os artigos 18 e 25, parágrafo único, V, ambos da Reso-lução 332, de 21/08/2020, do CNJ:

Art. 18. Os usuários externos devem ser informa-dos, em linguagem clara e precisa, quanto à utili-zação de sistema inteligente nos serviços que lhes forem prestados.

Parágrafo único. A informação prevista no caput deve destacar o caráter não vinculante da propos-ta de solução apresentada pela Inteligência Artifi-cial, a qual sempre é submetida à análise da auto-ridade competente.

Art. 25. Qualquer solução computacional do Po-der Judiciário que utilizar modelos de Inteligên-cia Artificial deverá assegurar total transparência na prestação de contas, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade.

⁴² <https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/adriana-durso-inteligencia-artificial-servico-justica>

Parágrafo único. A prestação de contas compreenderá:

V – a demonstração de efetiva publicidade quanto à natureza do serviço oferecido, técnicas utilizadas, desempenho do sistema e riscos de erros.

Outrossim, em atenção aos mesmos postulados constitucionais e, em especial, ao contraditório no seu caro aspecto material (não basta ser ouvido, devendo ser efetivamente considerados os argumentos trazidos para a solução do litígio) e à duração razoável do processo (que, como visto no capítulo sobre os fundamentos constitucionais do sistema de precedentes, se difere e muito da celeridade processual a qualquer custo), não deve ser usada a inteligência artificial para julgamento de embargos de declaração, sob pena de repetição do mesmo equívoco que gerou os declaratórios e evidente prejuízo ao cidadão.

Conclusão

Conclui-se que não há qualquer incompatibilidade do sistema de precedentes com o positivismo jurídico, levando em conta a evolução histórica do *civil law* e do *common law*, bem como que há diversos fundamentos constitucionais para existência do *stare decisis* no Brasil, inclusive com precedentes vinculantes, quais sejam, igualdade e segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, da CF), duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF), competência do STJ/STF (artigos 102 e 105, ambos da CF), eficiência do Poder Judiciário (artigo 37, da CF), entre outros.

Outrossim, o Código de Processo Civil – CPC de 2015 traz em diversos dispositivos uma importância maior aos precedentes judiciais. Podemos citar os artigos 927, 332, 521, IV, 496, § 4º, 1.022, parágrafo único, I, 4º e 321, todos do CPC.

Ademais, há diversos postulados constitucionais e dispositivos legais, assim como entendimentos sumulados e doutrinários que exigem a superação, a distinção e o devido enquadramento de precedentes judiciais ao caso concreto, a exemplo do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF), da fundamentação das decisões (artigo 93, IX, da CF), do controle difuso da constitucionalidade das normas (artigo 1º, parágrafo único e 5º, XXXV, ambos da CF), do já citado direito fundamental à igualdade, do artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC, do artigo 896, §§ 1º-A, 7º e 8º, parte final, da CLT, da súmula de jurisprudência 296, do TST, dos artigos 926, §2º; 927, § 1º; 1.037, §9º; 966, §§5º e 6º,

todos do CPC, do artigo 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dos enunciados 306 e 166, ambos do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.

Neste diapasão, o artigo 926, do CPC, com seus princípios hermenêuticos da uniformidade, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais, está intimamente ligado ao tema, especialmente quando se trata de decisões divergentes proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional em evidente afronta ao direito fundamental da igualdade, sendo que o desrespeito a tais postulados implica em risco considerável ao Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado, quando não devidamente observados os fundamentos fáticos e jurídicos dos precedentes judiciais, não é possível que esses sejam devidamente aplicados ao caso concreto.

Ademais, sob pena de injustiça/inconstitucionalidade, devem ser superados precedentes judiciais inconstitucionais, ainda que obrigatórios, em especial aqueles que afrontem expressa previsão legal, já que nenhum cidadão é obrigado a fazer o que a lei não determina.

Assim, este texto visa incentivar a busca da superação, da distinção e do devido enquadramento dos precedentes judiciais pelos operadores do direito, considerando as teses do dia a dia, sejam de defesa, sejam de ataque, sejam de julgamento, inclusive através da utilização de inteligência artificial.

Referências

COLLODEL, Keeity Braga; PINHEIRO, Alessandra Hoffmann de Oliveira. Eficácia temporal das súmulas e a segurança jurídica. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.25, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil teoria geral do processo e processo de conhecimento**, Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria**

da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira-10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

LEMOS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.21, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado** [livro eletrônico] / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. — 3. ed. — São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**, 4. ed., São Paulo: Método, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Live no Instagram em 08/07/2020 com Lenio Streck**.

NERY JUNIOR, Nelson. CFC - Simpósio - **O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho Conferência - A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo** – 15 e 16 de setembro de 2014 – Palestrante Nelson Nery Junior, <https://www.youtube.com/watch?v=IxXIPKureAc>.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Conceitos Fundamentais do Sistema de Precedentes Judiciais** - FREDIE DIDIER JR., publicado em 03/07/2020, Palestra no XIV Fórum Jurídico da UNIPAM EM 25/05/2020, https://youtu.be/_mTxqEYKcl8.

Re, Edward D., **Stare decisis**. Data de publicação : 04/1994, Fonte : Revista de informação legislativa, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994 | Revista de processo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994, Endereço para citar este documento : <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>

ANTUNES, H. S. (2020). **Direito e Inteligência Artificial**. Portugal: Universidade Católica Editora.

<https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo> - Revista Consultor Jurídico, 3 de setembro de 2020, 8h00 - Um robô pode julgar? Quem programa o robô? - Texto Escrito pelo jurista Lenio Luiz Streck em crítica ao livro Ensinando um Robô a Julgar: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário, publicado pela editora Emais em 2020.

<https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar> - Revista Consultor Jurídico, 4 de setembro de 2020, 9h37 - Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar - Texto Escrito pelo escritor Alexandre Moraes da Rosa em resposta à crítica do jurista Lenio Luiz Streck ao livro Ensinando um Robô a Julgar: Pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no Judiciário, publicado pela editora Emais em 2020.