
CAPÍTULO VI

DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PRECEDENTE JUDICIAL: A INTERFERÊNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Diego de Lima Leal*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do positivismo jurídico ao precedente judicial; 3. O significado dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro; 4. Conceitos e comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro; 5. Considerações finais.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo estudar, por meio de uma pesquisa assentada em revisão bibliográfica e comparação de sistemas jurídicos, que o direito brasileiro sofre constantes e importantes influências do direito e de teorias de outras nações que não pertencem à tradição jurídica da *civil law*, da qual o direito brasileiro faz parte. Assim, primeiramente, buscou-se compreender de que forma se deu a interferência dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o significado dos precedentes no *civil law* brasileiro, trazendo conceitos e realizando comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais em um ordenamento filiado à *civil law*.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente Judicial; Positivismo Jurídico; *Civil Law*; *Common Law*.

ABSTRACT: This present work aims to study, by means of a research based on bibliographic review and comparison of

* Acadêmico de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) – Campus I e estagiário do Ministério Público Federal (MPF).

legal systems, that Brazilian law is constantly affected by important influences of law and of theories of other nations outside the *civil law* tradition, which Brazilian law takes part. So, initially, sought to understand how occurred the interference of judicial precedents in the Brazilian legal system, as well as the significance of precedents in Brazilian *civil law*, bringing concepts and necessary comparisons to understand the role of judicial precedent in an affiliated raking *civil law*.

KEYWORDS: Judicial Precedent; Legal Positivism; *Civil Law*; *Common Law*.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é relatar como se deu a introdução dos precedentes judiciais no positivismo jurídico brasileiro, trazendo a concepção e o significado dos precedentes judiciais em um ordenamento jurídico filiado à *civil law*, assim como conceitos e comparações necessárias para se compreender o papel dos precedentes judiciais no Brasil, evitando, desta forma, que os juristas confundam institutos consagrados do direito brasileiro (coisa julgada e jurisprudência, por exemplo) com os precedentes judiciais. E muito menos que se utilizem das tão conhecidas ementas como se precedentes fossem, como ocorre corriqueiramente na *práxis* forense.

Além disso, abordar-se-á o papel do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo para essa

guinada à valorização dos precedentes judiciais, assim como a forma que a superação do juiz *bouche de la loi* (boca da lei) contribuiu para essa importância dada aos precedentes judiciais.

2. DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PRECEDENTE JUDICIAL

O positivismo jurídico originou-se da tradição jurídica romano-germânica, conhecido comumente como *civil law*, do qual o sistema jurídico brasileiro é signatário. No entanto, para se compreender o positivismo jurídico brasileiro, faz-se necessário, inicialmente, compreender como se deu sua formação, quais foram as suas bases teórico-filosóficas, muitas decorrentes do que a colonização portuguesa trouxe para *terrae brasilis*, em virtude das influências outrora sofridas pelo país ibérico de outras nações da Europa Continental, sobretudo da França e da Alemanha.

Nesta perspectiva, HANS Kelsen (1998, p. 01) concebe o Direito livre de todos os elementos que não lhe são próprios, livre, assim, de quaisquer concepções sociológicas ou valorativas. Do mesmo modo, afirma o autor:

Quando a si própria se designa como “Pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito

e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1998, p. 01)

Ademais, o jurista e filósofo austríaco tenta conceber um Direito puro, límpido, sem interferências externas, sobretudo da moral, repudiando sua aplicação ao Direito, chegando a afirmar que uma norma não é válida por ela ser justa, mas porque ela buscou seu fundamento de validade em uma norma superior que buscou em outra norma superior e assim sucessivamente até se chegar à *norma fundamental*, localizada no ápice da pirâmide. Destarte, o teórico concatena:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1998, p. 139)

Deste modo, nota-se que o pensamento positivista kelseniano refuta as influências advindas da sociologia, da política, da moral, bem como da filosofia. Trata-se, em verdade, de uma teoria de normas escalonadas sob o manto da hipotética *norma fundamental* que dá o fundamento de validade para a existência e aplicabilidade das outras. Contudo, sobre a natureza dessa *norma fundamental*, o teórico alemão assevera:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos, sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada. A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se opera arbitrariamente, no sentido de que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais quando interpretamos o sentido subjetivo de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição por ele criada como seu sentido objetivo, quer dizer: como normas jurídicas objetivamente válidas. (KELSEN, 1998, p. 142)

Assim, a *norma fundamental* a que o jurista austríaco alude é a Constituição de um Estado, a Lei Maior de uma determinada nação, a qual todas as outras normas devem buscar seu fundamento de validade, evitando, assim, contrariá-la seja violando-a materialmente ou formalmente, sob pena de não ter qualquer eficácia e aplicabilidade no contexto no qual está sendo inserida.

Todavia, GUIDO FERNANDO SILVA SOARES (1997, p. 173) critica o positivismo jurídico trazendo à baila os perigos que há em tal tipo de sistema, pois se refere ao culto inconsequente à lógica formal e à racionalidade da construção dedutiva, tida como válida pela sua própria rigidez arquitetônica, por ela mesma válida, porque racional e coerente dentro do raciocínio abstrato, mas com um acentuado desprezo pelos resultados na vida prática.

Contudo, falar de positivismo jurídico, sem falar na dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo, é pular uma das etapas mais importantes para se chegar ao conteúdo do positivismo jurídico. Essa dicotomia já existia tanto na Roma Antiga (Código de Justiniano), quanto na Grécia Antiga, pois, na primeira, por exemplo, havia entre os teóricos a ideia de *jus gentium* e *jus civile*, que correspondem às distinções entre direito natural e direito positivo, respectivamente.

E para diferenciá-los, NORBERTO BOBBIO (1995, p. 18) assevera que o direito positivo limita-se a um determinado povo e é posto por esse mesmo povo, por outro lado, o direito natural não tem limites e é posto pela *naturalis ratio*. Assim, o direito natural é, ao contrário do direito positivo, um direito que não conhece limites geográficos.¹

Ademais, BOBBIO (1995, p. 27) relata que o processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos tem como escopo a compilação de Justiniano (o *Corpus Iuris Civilis*), pois o Direito Romano era tipicamente um direito de “formação social”. Entretanto, o direito romano foi perdendo forças na Europa Ocidental durante a Alta Idade Média, sendo substituído paulatinamente pelos costumes

¹ O direito natural é caracterizado por ser estanque, isto é, imutável, o direito positivo muda com o passar do tempo, adequando-se às novas conjunturas políticas, sociais e econômicas. Frise-se também que o primeiro tem na sua aplicabilidade um caráter universal, já o segundo aplica-se apenas a uma determinada localidade em certo lapso temporal. Não obstante, BOBBIO (1995, p. 25) deixa claro que as duas espécies de direito supracitadas não são consideradas diferentes relativamente à sua qualidade ou quantificação, mas são postas apenas em planos diferentes. Todavia, BOBBIO (1995, p. 25) relata que, na Idade Média, a relação entre as duas espécies de direito se inverte, pois enquanto na Antiguidade Clássica o direito positivo era visto com supremacia, na época dos senhores feudais, o direito natural passa a ser considerado superior ao positivo, já que não se tratava mais de um direito comum, mas de norma fundada na própria vontade de Deus ou, como dizia o apóstolo São Paulo, *a lei escrita por Deus nos corações dos homens*. Afiança ainda o teórico que desta concepção de direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.

locais e pelo novo direito advindo das populações germânicas (comumente conhecidos como “bárbaros”).

Porém, apesar da perda de importância do positivismo jurídico no período medieval, o mesmo ressurgiu com a Escola Jurídica da Bolonha e difundiu-se, segundo BOBBIO (1995, p. 30) não apenas nos territórios sobre os quais já havia estendido o Império Romano, mas também sobre outros territórios jamais dominados por este, sobretudo na Alemanha, onde ocorreu, no início da Idade Moderna, o fenômeno da “recepção” que fez com que o direito romano penetrasse profundamente na sociedade alemã.

Na Alemanha, surgiu, dentre outras, a “Escola Histórica do Direito” como predecessora do positivismo jurídico, que se difundiu no final do século XVIII e o começo do século XIX, tendo como maior expoente Savigny. BOBBIO (1995, p. 45) é enfático em afirmar que a “escola histórica” e o “positivismo jurídico” não são a mesma coisa; todavia, a primeira preparou o segundo por meio de uma crítica radical e incisiva ao direito natural.

Esta escola, também denominada de “historicismo”, tem como principal característica, segundo o jurista, considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em contraposição ao racionalismo (um tanto quanto estilizado por comodidade

no modo pelo qual os historicistas o representam) que considera a humanidade abstrata.

Outrossim, emergiu na Alemanha um movimento pela codificação que para BOBBIO (1995, p. 55) representou o desenvolvimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento juspositivista, já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado. Tal ideia foi acolhida pelas monarquias absolutistas do século XVIII, sendo estas a expressão máxima de um movimento conhecido como *despotismo esclarecido*, onde o Estado era conduzido com base em princípios iluministas.

Na França, com a entrada em vigor do Código Napoleônico, em 1804, houve uma sedimentação da ideia de positivismo jurídico como um conjunto de normas codificadas. Havia, antes do Código Napoleônico, ampla desconfiança com relação às atividades exercidas pelos magistrados, pois suas decisões eram comumente concebidas sob o manto da corrupção e sempre atendiam aos desejos das classes mais altas, sobretudo da nobreza. Desse modo, o Código Napoleônico surge como um contraponto à atividade judicante corrupta, transformando o juiz em mero aplicador da lei, sendo que a atividade criadora do direito passou a ser exclusiva do Poder Legislativo.

BOBBIO (1995, p. 63 e 64) afirma se tratar de um acontecimento fundamental a entrada em vigor deste Código, que teve larga repercussão e determinou uma intensa influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo, pois o Código de Napoleão teve um alcance fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, já que os códigos de muitos países foram modelados com base nele, principalmente das ex-colônias europeias na América e na África.

Nesta linha, BOBBIO (1995, p. 131, 132, 133 e 134) elenca sete características traduzidas em pontos ou problemas fundamentais para se entender a doutrina juspositivista. São eles: 1) o positivismo considera o direito um conjunto de fatos, de fenômenos e de dados sociais e não como um valor; 2) o juspositivismo define o direito em função do elemento de coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito; 3) o problema relativo às fontes, onde o positivismo jurídico vislumbra a lei como fonte imediata do direito, mas sem deixar de lado a importância dos costumes e do direito produzido pelos tribunais; 4) o positivismo considera a norma como um comando, surgindo a *teoria imperativa do direito*; 5) o quinto ponto diz respeito à *teoria do ordenamento jurídico*, em que se preconiza uma estrutura normativa vislumbrada em conjunto de forma coordenada. 6) o sexto ponto diz respeito aos

problemas de interpretação do direito, pois o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, onde o jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito; 7) o sétimo e último ponto diz respeito à obediência cega da lei enquanto tal.

O positivismo jurídico brasileiro sofreu influências tanto das escolas e teóricos do positivismo francês, quanto do alemão (austríaco). JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA (2007, p. 07) afirma que as ideias positivistas no Brasil ganharam visibilidade dentro da Escola Militar e da Escola Politécnica, na segunda metade do século XIX, tendo como maiores representantes do positivismo brasileiro os teóricos Miguel Lemos e Teixeira Mendes. Muitos positivistas ocuparam cargos públicos de relevo na organização burocrática do Estado brasileiro da época, mas gradativamente tiveram suas ideias derrotadas pelo liberalismo político capitaneado pelo jurista e político Rui Barbosa.

Entretanto, nos dias atuais, o positivismo jurídico no Brasil passa por uma crise de identidade, pois, nas palavras de SOUZA (2007, p. 18), “o direito vem servindo ao Estado como forma de sustentação de um modelo de exclusão e opressão”, fazendo com que o Brasil enfrente sérios problemas de ordem social decorrentes da figura de um Estado mínimo, em virtude das práticas neoliberais. Trata-se de um modelo

jurídico que não mais se sustenta na atualidade, seja em virtude das constantes conquistas de direitos, seja na busca pela efetividade desses direitos, outrora relegados ou não previstos na ampla malha legislativa brasileira e que hoje são pleiteados cotidianamente nos tribunais pátrios.

Nessa perspectiva, com as práticas neoliberais e a globalização, o Brasil passou a ter cada vez mais conexão com os ordenamentos jurídicos de outros países, sobretudo dos países considerados de Primeiro Mundo (EUA, Japão, Austrália e boa parte da Europa). Essa interdependência proporcionou uma troca constante de bens, valores, informações e experiências nas mais diversas áreas das ciências, incluindo o Direito.

Ademais, as incongruências existentes em um sistema jurídico que concebe o magistrado apenas como *bouche de la loi* se acirraram com o tempo, obrigando o Estado a rever suas construções jurídicas de forma a oferecer aos seus cidadãos uma prestação jurisdicional condizente com os princípios estruturantes do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com os princípios da segurança jurídica, devido processo legal, o acesso equânime à justiça e a dignidade da pessoa humana.

Deste modo, surge a ideia do precedente judicial, seja com as reformas empreendidas na legislação processual civil desde a década de 1970, seja com a inserção de institutos na

Constituição Federal de 1988 com o objetivo de amenizar as incongruências existentes em um sistema jurídico originário da *civil law*, possibilitando a sua evolução. Uma evolução que visa atribuir mais coerência, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema jurídico brasileiro, aproximando-o da teoria dos precedentes judiciais da *common law*.

LUIZ GUILHERME MARINONI (2013, p. 60 e 61) afirma que a evolução da *civil law* deu-se com a onda constitucionalista, onde os juízes passaram a ter um poder parecido com o poder que o juiz inglês tem na *common law*, assim como, com o poder que o juiz norte-americano tem ao realizar o controle de constitucionalidade de lei que está sendo objeto de determinada controvérsia. Poderes que outrora o magistrado brasileiro não gozava em virtude da adoção de um positivismo seco, inflexível, onde o juiz não era considerado um ser pensante, isto é, o juiz era apenas a *bouche de la loi*, uma herança da Revolução Francesa que em nada contribuiu para a evolução do direito.

Cumprе anotar que é inegável o papel que o instituto da súmula vinculante exerceu para a ampliação dos debates acerca da temática, assim como as reformas empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro nos últimos tempos, o que alguns doutrinadores denominam de *commonlawlização* do direito brasileiro, isto é, implementação de elementos da

common law no direito brasileiro, tais como a valorização das decisões dos tribunais superiores.

Contudo, qualquer tentativa de assemelhar as súmulas (comuns ou vinculantes) à doutrina dos precedentes judiciais ou do *stare decisis*, beira a um absurdo jurídico inestimável. Com efeito, estes e outros contrastes serão dirimidos nos próximos tópicos. Assim como, o significado dos precedentes judiciais no *civil law* brasileiro.

3. O SIGNIFICADO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CIVIL LAW BRASILEIRO

Com disseminada *commonlawlização* do direito brasileiro, isto é, com a valorização da jurisprudência criativa dos Tribunais pátrios como fonte do direito, vislumbrou-se sinais fortes da ideia de precedentes judiciais no Brasil, principalmente aqueles considerados obrigatórios (vinculantes). Todavia, há, na doutrina, divergências quanto à existência de uma cultura de precedentes no Brasil, até porque o ordenamento jurídico brasileiro é filiado à família da *civil law*, mas com doses de *common law*, assim como ordenamentos jurídicos de outros países. Os EUA, por exemplo, não são genuinamente *common law*, trata-se, assim como o Brasil, de um sistema jurídico híbrido, com porções de *civil law* e de *common law*.

Sobre essa *commonlawlização* do direito nacional, SÉRGIO GILBERTO PORTO (2015, p. 08) registra que se trilhou esse caminho em virtude da constatação da importância que a jurisprudência vem ganhando no cenário jurídico nacional, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm ganhando valor no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo através do crescente prestígio da corrente de pensamento que valoriza a função inventiva do juiz.

Outrossim, o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo trouxeram um impacto deveras importante sobre o *civil law* brasileiro. O juiz que outrora era mero *bouche de la loi*, passou a criar o direito para o caso concreto, ao invés de ser meramente um revelador do direito que fora anteriormente estabelecido pelo legislador, sobretudo quando se depara com casos em que não há previsão normativa que o solucione.

No entanto, para MARINONI (2013, p. 60 e 61) há uma vontade em tornar completamente irrelevante o papel que o neoconstitucionalismo impôs ao juiz por parte da doutrina que vê esse papel como uma violação a um dos princípios basilares da República: o princípio da separação dos poderes. E aduz ainda que há uma certa dificuldade em perceber que a tarefa do juiz da *civil law*, nos dias atuais, está muito próxima da exercida pelos magistrados na *common law*.

Cumprе salientar que foram as reformas empreendidas nos últimos tempos, no âmbito do Código de Processo Civil, que introduziram a ideia de precedentes judiciais obrigatórios (vinculantes) no Brasil, e também a Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional 45/2004 contribuíram para promover profundas alterações na sistemática jurisprudencial brasileira, bem como na função exercida pelos Tribunais Superiores, Tribunais dos Estados e DF e pelo juiz singular, para conferir credibilidade, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema jurisdicional.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (2012, p. 12 e 13) propõe uma teoria normativa do precedente judicial, onde uma teoria procedimental da argumentação jurídica com precedentes judiciais é concebida para atender às demandas de racionalidade das decisões judiciais. Em outras palavras, o jurista fornece parâmetros metodológicos para estabelecer uma forma de se trabalhar com precedentes, especialmente uma maneira de extrair normas jurídicas desse tipo de fonte do direito para usá-las na posteridade, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos.

Para isso, BUSTAMANTE (2012, p. 13 e 14) usa como fundamento a Filosofia do Direito para institucionalizar parâmetros, normas e métodos de argumentação com o fito de racionalizar a prática de se seguir precedentes judiciais. E

afirma que a conexão entre o Direito e Racionalidade é essencial para a cultura de respeito aos precedentes. Por conseguinte, aduz que não só de argumentos filosóficos se sustentam os precedentes judiciais, mas também de duas constatações, ambas presentes no *civil law* brasileiro.

A primeira diz respeito à exigência das constituições contemporâneas dos Estados democráticos de se fundamentar suas decisões judiciais. Tal exigência, no Brasil, é prevista no art. 93, inciso IX² da Constituição Federal de 1988, onde contém um mandamento obrigando a publicidade dos julgamentos e a fundamentação das decisões. Trata-se de um princípio constitucional-processual alçado à categoria de direito fundamental, que, caso seja desrespeitado, tornará a decisão nula. Esse princípio foi alçado à categoria constitucional em virtude das mesmas razões que propiciaram a Revolução Francesa: o repúdio à prática arbitrária, elitista e corrupta dos magistrados e Cortes de Justiça.

Sobre o fato do princípio da motivação das decisões se tratar de um direito fundamental, são concisas as palavras de WILSON ALVES DE SOUZA (2012, p. 284), ao assegurar

² **Art. 93.** [...] 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 à estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

que mesmo não previsto no capítulo atinente aos direitos fundamentais, não quer dizer que a carta constitucional não garanta tal direito. E finaliza:

[...] a motivação das decisões judiciais se insere no princípio do processo devido em direito. Isso significa dizer, que não atende ao princípio do processo devido em direito – este, inquestionavelmente, um direito fundamental, sob todos os aspectos – um Estado que permita aos seus juízes decidir a respeito da vida, da liberdade, da propriedade e demais bens das pessoas, sem motivação, em atenção, especialmente, às partes, e à sociedade, ainda mais quando tal Estado se proclama democrático de direito. (SOUZA, 2012, p. 284 e 285)

A segunda constatação de BUSTAMANTE (2012, p. 15) diz respeito à constitucionalização das grandes questões de justiça. O neoconstitucionalismo alçou à categoria de norma constitucional, isto é, positivou o que outrora pertencia ao jusnaturalismo. Houve, deste modo, uma constitucionalização de princípios e direitos fundamentais essenciais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como previsto pelo Art. 3º, inciso I³ da Constituição Federal de 1988, assentada

³ **Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

nos lemas da Revolução Francesa: *Liberté–Egalité–Fraternité*.

Em linha diametralmente oposta, GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA (2015, p. 231 e 232) assevera que o Brasil jamais teve uma cultura que valorizasse os precedentes. Para corroborar essa afirmação, o autor assegura que isso decorre do ensino jurídico nas universidades, que prestigiam o ensino do direito como direito positivado, e não o direito tal como visto pelos Tribunais, como ocorre nos países filiados à *common law*. Além disso, o ensino jurídico brasileiro é assentado em doutrinas que explicam e exemplificam a legislação em vigor.

Além dessa crítica contundente, NOGUEIRA (2015, p. 232 e 233) afiança que, com a mudança de composição dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho), abre-se a possibilidade de alterar a jurisprudência já estabilizada, pois os novos ministros objetivam expor ao Tribunal a sua visão particular de como o Direito deve ser entendido e aplicado, sem se preocupar com a opinião já sedimentada por seus antecessores. O autor assevera ainda que nem os próprios Tribunais respeitam seus precedentes, pois é possível encontrar inúmeros precedentes que corroboram ora a tese sustentada pela parte autora, ora

pela parte ré, o que proporciona uma insegurança jurídica inadmissível em tempos de neoconstitucionalismo e *commonlawlização* do direito brasileiro.

Ademais, NOGUEIRA (2015, p. 237) também sustenta que no Brasil há Súmulas e Precedentes em excesso, havendo uma utilização imprópria dos mesmos. Para confirmar isso, avaliza que:

Não é raro ver decisões do STJ e do STF que não fazem a comparação analítica dos casos que estão julgando com o precedente. Transfere-se para a parte interessada o ônus de, após o julgamento do seu caso, procurar o precedente e tentar entender porque o mesmo foi invocado para justificar aquela decisão proferida. Em que pese ser uma prática comum nos Tribunais, com ela não podemos concordar, posto que passa para a parte um ônus que era dever do Tribunal: fundamentar a decisão. (NOGUEIRA, 2015, p. 237)

Em seguida, garante que a função dos precedentes na *common law* é diversa da *civil law* brasileira, pois, enquanto, no Brasil, os precedentes são utilizados para acelerar o tempo necessário para julgar um recurso, na *common law* são primordialmente usados como fonte do direito, o que faz a decisão que se estabeleça como precedente ter uma formatação completamente diferente. Na *common law*, consoante o autor, há um cuidado sensivelmente maior em julgar o caso concreto

baseado em precedentes, já que o Tribunal trabalha com o precedente como fonte do direito, e não como técnica de aceleração do julgamento dos recursos, como no Brasil.

NOGUEIRA (2015, p. 237 e 238) elenca uma gama de sugestões para se instalar em terras brasileiras uma cultura de respeito aos precedentes próxima ou semelhante à instalada nos países vinculados à *common law*. Dentre as sugestões elencadas, estão a redução da importância, quiçá eliminação das súmulas, sejam vinculantes ou comuns. Para isso, utiliza o argumento de que as súmulas têm a pretensão de sintetizar uma *ratio decidendi* extraída dos precedentes escolhidos para justificar a sua edição em poucas linhas. Assim, é incongruente conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente judicial, pois acaba provocando uma má aplicação e conseqüentemente diminui sua força, já que há uma desvinculação da súmula com relação ao fato que a originou.

Nesse sentido, os Tribunais brasileiros deveriam valorizar mais seus precedentes, não os superando sem as técnicas corretas e a devida cautela, fazendo uma distinção adequada e precisa, citando os precedentes com mais frequência. Insta salientar que citar apenas a ementa ou o número do precedente não é utilizá-lo da maneira adequada, deve-se fazer uso de todos os elementos argumentativos que

influíram na criação daquele precedente citado, demonstrando cabalmente que aquele precedente deve ser aplicado ao caso *sub judice*, assim como a casos futuros.

Mesmo diante da posição contundente sustentada por Gustavo Santana Nogueira, o presente trabalho opta por concordar parcialmente com a doutrina propagada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Gilberto Porto, Thomas da Rosa Bustamante, dentre outros. Ademais, vale ressaltar que é possível conceber uma cultura de respeito ao precedente, mesmo em um sistema jurídico filiado à *civil law*.

Contudo, nota-se que para se conceber uma cultura de respeito aos precedentes judiciais em um ordenamento jurídico vinculado ao sistema da *civil law* não é uma tarefa fácil, demandando reformas estruturais drásticas, além das que foram realizadas, com as devidas mudanças de paradigmas, bem como uma transformação na forma de se raciocinar com precedentes nos tribunais pátrios e nos juízos singulares.

Deste modo, apesar das alterações na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Civil, há ainda um vácuo, seja na consciência dos magistrados, seja na cultura processualística brasileira, a ser preenchido para que se implante verdadeiramente uma cultura processual de respeito aos precedentes tal como a concebida na *common law*. O que para muitos juristas é uma tarefa impossível, já que o sistema

jurídico brasileiro é filiado à tradição jurídica da *civil law* e muitos magistrados ainda incorporam o juiz *bouche de la loi*.

4. CONCEITOS E COMPARAÇÕES NECESSÁRIAS PARA SE COMPREENDER O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *CIVIL LAW* BRASILEIRO

O presente tópico tem a função de evitar incoerências, bem como erros no uso da expressão “precedente judicial” na práxis jurídica brasileira. Para tanto, faz-se necessária uma diferenciação dos precedentes judiciais com relação a outros institutos/elementos presentes no direito brasileiro, tais como: costumes, súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência, ementa e coisa julgada. Tais figuras são presentes na cultura jurídica da *civil law* brasileira, mas na maioria das vezes são utilizadas como sinônimos de precedentes judiciais.

Inicialmente, vale frisar que todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente, porque, no entendimento do direito norte-americano, precedente é uma decisão que tem aptidão para fixar um arquétipo para casos vindouros.

Nessa perspectiva, LUCAS BURIL DE MACÊDO (2015, p. 106 e 107) ao distinguir precedente judicial do costume sustenta que o precedente advém do caso concreto,

enquanto os costumes seriam os usos sociais moralmente adequados e reconhecidos por um determinado grupo social. Sendo assim, seriam como normas implícitas resultantes do exercício direto do poder de criação de normas pela sociedade.

E complementa aduzindo:

[...] é fácil perceber a diferença entre as duas fontes normativas, sobressaltando o fato que enquanto o precedente necessita da atividade judicante para se formar, o costume, por sua vez, é independente de qualquer atividade jurisdicional, constituindo-se a partir da reiteração de determinada atitude no seio social. Em outras palavras, o precedente é fonte normativa de origem estatal, ao passo que o costume é não estatal, ainda que venha a ser reconhecida pelo Estado. (MACÊDO, 2015, p. 107)

Já a jurisprudência é comumente conceituada na práxis forense como sendo as decisões reiteradas dos Tribunais. MACÊDO (2015, p. 108 e 109) afirma que o termo jurisprudência possui três sentidos. O primeiro é dado pelo jurista romano Ulpiano que designa toda a ciência do direito, desta forma, os *juris prudentes* seriam os homens que sabiam o direito aplicável aos casos concretos. O segundo advém da etimologia da palavra e trata-se do conjunto de pareceres dos jurisconsultos sobre problemas jurídicos que lhes foram submetidos. Já o terceiro é um sentido mais estrito e

habitualmente utilizado, e diz respeito às decisões dos juízes e Tribunais sobre questões jurídicas que lhes foram apresentadas mediante casos concretos.

Para TARSILA RIBEIRO MARQUES FERNANDES (2012, p. 287 e 288), a jurisprudência é uma norma geral do caso concreto que passa a ser repetida em vários casos semelhantes vindouros que começam a adotar esse mesmo entendimento sedimentado outrora. Aduz ainda que a jurisprudência nada mais é do que uma norma geral construída pelo Poder Judiciário. Sendo assim, a *ratio decidendi* reiterada em diversas decisões gera a jurisprudência.

No que concerne à utilização das ementas, paira sobre a práxis forense um erro crasso, qual seja: o uso da ementa como se precedente fosse. MACÊDO (2015, p. 110 e 111) aduz que se trata de uma confusão pragmática e não conceitual e assevera ainda que:

[...] o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, ou que ementa e precedente signifiquem a mesma coisa. O problema é mais profundo. Na verdade, há a utilização da ementa como se fosse o núcleo do precedente, evitando-se assim a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expendida. Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais. (MACÊDO, 2015, p. 110)

Com efeito, MACÊDO (2015, p. 110) assegura que a ementa é um elemento facultativo das sentenças e acórdãos, servindo para fins de divulgação e para facilitar a documentação dos julgados de determinada corte. Já o precedente é uma fonte do direito que incorpora todo o texto da decisão. Assim, pode-se aduzir que a ementa nada mais é do que a parte informativa, em forma de resumo, de uma determinada decisão que pode ser ou não precedente.

A coisa julgada, segundo conceito difundido por DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA (2009, p. 165), é a “imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva da decisão judicial”, isto é, tal imutabilidade se refere às partes em litígio e a elas protege, não podendo mais se discutir a questão, em regra, salvo, com o ajuizamento de uma ação rescisória, onde parcela significativa da doutrina sustenta que esta ação proporciona o fenômeno da relativização da coisa julgada.

Enquanto o precedente, além de vincular as partes em litígio servirá como paradigma para os casos futuros que recaírem sobre o mesmo juízo ou tribunal. Trata-se, em verdade, de um efeito externo de uma decisão judicial que auxilia ou vincula os magistrados nas decisões futuras, bem como confere aos jurisdicionados previsibilidade e, sobretudo,

segurança jurídica, isto é, sem surpresas que violem os preceitos máximos do Estado Democrático Social de Direito, entre eles, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o devido processo legal (*due process of law*).

Ademais, MARINONI (2010, p. 213 e 214) atrela o princípio da segurança jurídica à ideia de “previsibilidade”, ou seja, tornar a prestação jurisdicional algo menos conturbado, dotado de confiabilidade que propicie uma redução na descrença existente perante o sistema político-jurídico vigente, bem como diante do Poder Judiciário⁴.

Já MACÊDO (2013, p. 114, 115 e 116), por outro lado, afirma que a coisa julgada possui caráter concreto, enunciando a situação jurídica que foi submetida à autoridade do Poder Judiciário. Sendo assim, sua força seria proveniente

⁴ Sobre a previsibilidade MARINONI (2010, p. 213) disserta que para que haja previsibilidade são necessárias algumas condições. Se é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que estas dependem, para gerar previsibilidade, da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-las. Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada. Porém, como a previsibilidade não descarta da circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis.

da eficácia declaratória da sentença e estaria ligada ao fim da discussão do caso concreto.

MARINONI (2013, p. 138), por sua vez, avalia que:

O precedente é destinado a garantir a estabilidade da aplicação do direito, enquanto a coisa julgada garante a inalterabilidade da aplicação do direito em determinado caso concreto. Ao contrário do que ocorre em relação à coisa julgada, a estabilidade garantida pelo precedente não é absoluta, na medida em que os precedentes podem ser revogados. O judiciário pode deixar de interpretar a lei em determinado sentido, mas a interpretação da lei, cristalizada em sentença acobertada pela coisa julgada, jamais poderá ser alterada de modo a roubar o benefício outorgado àquele que obteve a tutela jurisdicional do direito. (MARINONI, 2013, p. 138)

Já as súmulas também não devem ser confundidas com os precedentes, pois estas possuem métodos, fundamentos e natureza jurídica distintas. Para MACÊDO (2015, p. 112, 113 e 115) as súmulas possuem um procedimento específico para sua criação, modificação e extinção. Elas são atos jurídicos autônomos que não se confundem com uma decisão judicial. São emitidas em forma de verbetes gerais e abstratos, que são aplicados de forma semelhante ao texto legal. Já os precedentes obrigatórios, segundo o jurista, são baseados em atos decisórios como fonte do direito. Assim, os precedentes

são *conditio sine qua non* para a existência das súmulas, isto é, tratam-se de institutos jurídicos indissociáveis, mas distintos.

Para LÊNIO LUIZ STRECK (2014, p. 63 e 64) a súmula é um produto de um conjunto de outros textos. E em virtude de tal fato, em determinado momento, o Supremo Tribunal Federal institui um enunciado que em vez de resolver determinado caso concreto, terá a função de resolver todos os demais casos que podem ser abrangidos pelo novo texto da súmula (comum ou vinculante). Assim, a súmula não surge para resolver um litígio, mas para solucionar todos os casos porvindouros. Assim, tal circunstância a diferencia sobremaneira do precedente tal como vislumbrado na *common law*.

As súmulas vinculantes foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, inserindo o art. 103-A⁵ na Constituição Federal de 1988.

Nota-se que as súmulas com efeito vinculante serão elaboradas somente pela mais alta corte do Poder Judiciário –

⁵ **103-A.** O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

o Supremo Tribunal Federal – após a aprovação pela maioria qualificada de dois terços de seus membros. E passará a ter efeito vinculante após sua publicação. O efeito vinculante destas súmulas recairá sobre todos os órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo. Tais súmulas não recairão sobre o Poder Legislativo, pois o mesmo tem liberdade para editar leis (em sentido amplo) que contrariem um enunciado inscrito em uma súmula vinculante.

Nas palavras de STRECK (2014, p. 70), a súmula vinculante passa a ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar com as particularidades do caso concreto, devendo ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecanicamente, mas hermeneuticamente, respeitando a coerência e a integridade do direito. Ademais, o jurista concatena ainda que a súmula vinculante, diferentemente dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal.

Outrossim, STRECK (2014, p. 69) assevera que as súmulas vinculantes desvinculam-se dos casos que a originaram, se impondo como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possuindo, assim, dimensão atemporal. Já os precedentes são constituídos como critérios normativos a serem seguidos em

novos casos nos quais exista idêntica questão fática e de direito, ou seja, estes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função essencial é servir de arquétipo para as decisões posteriores.

No que concerne ao conteúdo, STRECK (2014, p. 72) diferencia-os com maior clareza, coadunando que a súmula vinculante encerra-se da mesma forma que a legislação em um texto normativo. Por outro lado, os precedentes não são prescrições literais e abstratas em formato legislativo, isto é, deve ser identificado com o caso decidido, para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte.

Desta forma, não há que se confundir os precedentes judiciais com as súmulas (comuns ou vinculantes) ou com as ementas, costumes, jurisprudência, bem como com a coisa julgada. São institutos distintos, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, no qual cada um tem um papel específico determinado na maioria das vezes pela lei, com o auxílio da doutrina que amplia ou restringe o seu alcance hermenêutico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, nota-se que a interdependência econômico-financeira e política, comumente chamada de “globalização”, entre os países do globo propicia também uma troca constante de experiências no campo jurídico,

particularmente entre as famílias jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*, ambas concebidas em países do Ocidente, especificamente em países europeus.

Nessa perspectiva, a ideia de precedente judicial, cujos maiores expoentes são os países de origem anglo-saxônica, está sendo gradativamente incorporada aos sistemas jurídicos filiados à *Civil Law*, seja como uma maneira de conferir segurança jurídica e previsibilidade às decisões emanadas do Poder Judiciário, seja como uma forma de garantir respeitabilidade e observância dos princípios da igualdade e da segurança jurídica em tais decisões.

Vale ressaltar que o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, com a valorização dos direitos fundamentais, dotados de eficácia horizontal, vertical e diagonal, contribuíram significativamente para a guinada à valorização dos precedentes judiciais, bem como com a superação do juiz *bouche de la loi*, concepção de origem francesa, cuja atuação do magistrado resumia-se a declarar a vontade do legislador.

Deste modo, resumir o Direito Brasileiro ao Positivismo Jurídico nos dias atuais é uma forma errônea de vislumbrar tal ordenamento jurídico, concebendo-o como algo estanque e fechado, um tanto impraticável na era da internet e em tempos de globalização, onde cada vez mais os países

trocam informações e comungam experiências nos mais diversos campos do saber.

No entanto, conforme visto acima, o uso desarrazoado e desvirtuado da ideia de precedente judicial poderá transformar os magistrados em meros repetidores de enunciados, súmulas e jurisprudências, algo incompatível com os princípios que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, 1909 – **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**/ Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René, 1906- **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**/ René David; tradução: Hermínio A. Carvalho. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Coleção justiça e direito).

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.v. 1

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. **Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course – Escola da Advocacia da União Ministro Victor Nunes Leal – Ano IV**, nº 16, v. 2 (abril de 2012). Brasília: EAGU, 2012. Mensal.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito/ Hans Kelsen**; [tradução Joaquim Baptista Machado]- 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Lucas Buriel de Macêdo. 1ª edição. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. **A força dos precedentes - estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR/Luiz Guilherme Marinoni**. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2010.

_____ **Precedentes Obrigatórios/Luiz**
Guilherme Marinoni. – 3. ed. rev. atual. e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Gustavo Santana Nogueira. 2ª edição. Salvador: Editora *Jus Podvim*, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Sérgio Gilberto Porto. Disponível em: www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em: 11/05/2015 às 15:55.

RODRIGUES, Bruno de Sousa. **Os precedentes judiciais sob a ótica da doutrina do “stare decisis”**. Bruno de Sousa Rodrigues. Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia. Salvador, nº 12, p. 235 – 254, maio de 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito nos EUA**. Guido Fernando Silva Soares. 2ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I). O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA**. Guido Fernando Silva Soares. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo 1997.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?/ Lenio Luiz Streck, Georges Abboud. – 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.**

SOUZA, José Fernando Vidal de. **Reflexões sobre o Positivismo Jurídico no Brasil: Uma análise da crise ecológica**. José Fernando Vidal de Souza. Revista do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Oficina nº 283. Agosto de 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro/ Wilson Alves de Souza. – 2. ed. ver. e ampl. – Salvador: Dois de Julho, 2012.**

