

AUTORES

Renato Augusto de Almeida*

renatoalmeida26@hotmail.com

Thais Novaes Cavalcanti**

tncav@uol.com.br

* Mestre em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO (Brasil).

** Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, Brasil). Professora do programa de mestrado da Universidade Católica de Salvador (UCSAL, Brasil). Professora da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Brasil).

Precedentes como forma de argumentação jurídica: o equilíbrio de competências entre Legislativo e Judiciário nas decisões de direitos fundamentais e a judicialização da política

Precedentes como forma de argumentación jurídica: el equilibrio de competencias entre el poder Legislativo y el Judicial en las decisiones de derechos fundamentales y la judicialización de la política

Precedents as a means of legal reasoning: the balance of competences between the Legislative and the Judiciary in the decisions concerning fundamental rights and the judicialization of politics

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar o uso dos precedentes como forma de argumentação jurídica, do uso da analogia e do raciocínio indutivo para os magistrados, através da metodologia comparativa entre os sistemas do *Civil Law* e *Common Law*. A análise histórica da utilização dos enunciados jurisprudenciais desde 1875 até os dias atuais será confrontada com os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro como forma de esclarecer a utilização dos enunciados jurisprudenciais como se leis fossem. O objetivo é buscar maior segurança jurídica por parte dos magistrados ao utilizarem os precedentes através do raciocínio indutivo e não dedutivo. A judicialização da política surge neste cenário com o objetivo de entender os conflitos entre o Legislativo e o Judiciário brasileiro.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo abordar el uso de los precedentes como forma de argumentación jurídica, del uso de la analogía y del raciocinio inductivo por los magistrados, a través de la metodología comparativa entre los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*. El análisis histórico de la utilización de los enunciados jurisprudenciales desde 1875 hasta la actualidad se confrontará con los dispositivos del Código de Proceso Civil brasileño, como forma de esclarecer la utilización de los enunciados jurisprudenciales como si fueran leyes. El objetivo es buscar mayor seguridad jurídica por parte de los magistrados al utilizar los precedentes a través del raciocinio inductivo y no deductivo. La judicialización de la política surge en este escenario con el objetivo de entender los conflictos entre el poder Legislativo y el poder Judicial brasileño.

ABSTRACT

The present article aims to address the use of precedents as a form of legal argument, from the use of analogy and inductive reasoning by magistrates, through a methodology that compares Civil Law and Common Law systems. The historical analysis of the use of jurisprudential statements from 1875 until the present day will be confronted with the provisions of the Brazilian Civil Procedure Code as a way of clarifying the use of jurisprudential statements as if they were laws. The idea is to seek greater juridical security on the part of magistrates in using precedents through inductive and non-deductive reasoning. The judicialization of politics arises in this scenario in an attempt to understand the conflicts between the Brazilian legislative and judiciary branches.

1. Introdução

O estudo dos precedentes vem recebendo grande atenção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Para melhor compreendê-lo, é necessário estudar o sistema *Common Law*, utilizado em países como a Inglaterra, pois os magistrados utilizam o raciocínio indutivo na aplicação dos precedentes neste sistema, dependendo menos da atuação do legislador para resolver os conflitos.

Além do mais, há de se conferir a devida importância à análise histórica do direito brasileiro, tendo em vista que os assentos jurisprudenciais, datados de 1875, espelham a maneira como os precedentes são utilizados. Ao invés de adotar a mesma linha de raciocínio adotada pelo sistema *Common Law*, os assentos tiveram o condão de fixar entendimentos de tribunais como se lei fosse, e o advento da súmula vinculante observou a mesma toada quando da sua edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro.

Há grande importância e relevância na utilização dos precedentes, especialmente em problemáticas ligadas às lacunas apresentadas no âmbito dos direitos fundamentais, o que confere maior dinamismo a estes direitos face à evolução da sociedade, que ocorre cada vez mais de maneira mais rápida.

O trabalho realizado pelo legislador não tem sido suficiente para abarcar tal evolução, o que pode deixar em falta demandas concernentes à efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido é que surge o tema da judicialização da política, em nome da busca do necessário equilíbrio entre os poderes Legislativo e Judiciário.

Diante do que for apresentado, o trabalho em deslinde tem o condão de ofertar uma melhor resolução quanto às demandas envolvendo direitos fundamentais através do uso dos precedentes pelos magistrados como uma ferramenta valiosa para dar um sentido mais amplo e estável possíveis aos mesmos. A promulgação do Novo Código de Processo Civil brasileiro acabou por reforçar o estudo dos precedentes como forma de debate no âmbito da argumentação jurídica.

Assim, no capítulo primeiro pretende-se apresentar os precedentes judiciais como surgem no sistema do *Common Law*, especialmente através da análise do voto de Sir Edward Coke, *Chief Justice da Court of Common Pleas* em 1837. A seguir, serão estudados os assentos jurisprudenciais no início da formação do Sistema Judicial brasileiro em confronto com a utilização das súmulas e o Decreto Imperial de 1875. No terceiro capítulo será estudada a argumentação jurídica e as técnicas utilizadas como a analogia para a formação do raciocínio jurídico do magistrado no sistema brasileiro. A seguir será tratada a contribuição do Código de Processo Civil brasileiro e suas regras para a compreensão dos precedentes e a forma com que isso pode colaborar para a efetividade e concretização dos direitos fundamentais.

2. A abordagem conceitual dos precedentes a partir do sistema Common Law

O verbete *Common Law* significa a lei que se desenvolveu continuamente pelo trabalho dos magistrados nos séculos XII e XIII, de modo a formar um corpo uniforme e comum de leis em toda a Inglaterra e País de Gales por meio dos precedentes judiciais (Gibbins & Martin, 1999, p. 40).

O magistrado passa a estar vinculado à experiência do *Common Law*, fazendo parte do corrente padrão de decisões por meio da tradição histórica inglesa (BELL, 2006, p. 40-42). Justifica-se tal comportamento pelo fato de o desenvolvimento do direito inglês ter o aspecto de continuidade

PALAVRAS-CHAVE

Precedentes;
argumentação
jurídica; Common
Law; Civil Law;
judicialização da
política

PALABRAS CLAVE

Precedentes;
argumentación
jurídica; Common
Law; Civil Law;
judicialización de la
política

KEYWORDS

Precedents; legal
argumentation;
Common Law; Civil
Law; judicialization
of politics

Recibido:
08.10.2017

Aceptado:
11.06.2018

histórica, em que o presente não se desconecta do passado e de suas raízes históricas, sendo assim produto de sua história.

Importante destacar o relato feito por Sir Edward Coke - *Chief Justice da Court of Common Pleas* (Johnson, 1837, p. 210) - no volume I do *The First Part of the Institutes of the Laws of England* (Coke, 1809, p. 170). Na obra, reitera que a máxima do *Common Law* consiste na sua permanência temporal, ou seja, continuam vigentes as prescrições residentes na memória do direito local. Portanto, as leis mais antigas e gerais do reino, além dos costumes, fazem parte do *Common Law*. O argumento para tal afirmação reside no uso imemorial através do tempo das leis e pela ausência de divergência quanto àquelas.

Coke ainda menciona as prescrições parlamentares. Estas, compostas por atos e estatutos do Parlamento inglês, também fazem parte do *Common Law*, quando do trabalho da alta corte parlamentar, de modo a revogar um costume ou lei geral local. Em contrapartida, àquelas que não encontram a respectiva limitação permanecem memorialmente válidas, fazendo parte do *Common Law*, uma vez que não houve invalidação por qualquer estatuto ou ato (Coke, 1809, p. 170).

De maneira a elucidar o *Common Law*, Coke define que este nada mais é do que a razão do direito, e portanto, a vida do direito. Apesar dos homens dizerem o seu significado, ainda assim não saberá a razão do direito e tão logo esquecerá o seu significado superficial. A razão correta do direito só poderá ser apreendida quando for compreendida para o uso em múltiplos casos, não apenas em uma casuística singular (Coventry, 1830, 183b).

Logo, a visão de Coke sobre o direito pautava-se pela prática cotidiana, pois toda a origem do direito deriva dos costumes locais, sendo desenvolvidas e ampliadas pelos juízes quando da aplicação em novos casos e situações (LOBBAN, 2001, p. 18 e 20). Ainda, a decisão mais nova não mudava a essência do direito, mas explanava a verdade contida nos documentos mais remotos, como a Magna Carta, e decisões judiciais pretéritas, e quanto mais antigas mais puras encontrava-se a explicação do direito.

As argumentações de Sir Edward Coke elencadas quanto ao *Common Law* nos parágrafos acima tomaram forma no *Bonham's Case*, afirmando que:

(...) em muitos casos o *Common Law* deve controlar os atos do Parlamento, e em certos casos julgá-los como meramente inválidos; pois quando um ato do Parlamento é contrário ao direito comum e à razão, a lei deve controlá-lo e julgar o mesmo como inválido (Johnson, 1837, p. 322).

Nesse sentido, Sir William Blackstone acompanha o esboço por Sir Edward Coke, definindo o *Common Law* como:

(...) o antigo compêndio de máximas e costumes não escritos, compostos das mais variadas fontes que subsistiram de maneira imemorial na Inglaterra [...] O seu valor foi transmitido à população em geral, pelo fato de as decisões serem universalmente conhecidas, assim como por, consideravelmente, se adaptar ao espírito da nação Inglesa. (Blackstone, 2011, p. 34)¹.

No mesmo sentido, Lloyd (2000, p. 307) afirma que o *Common Law* "(...) é produto da tradição e técnica jurídica profissional e sofisticada (...)". Apesar de não se tratar de um direito codificado, as decisões proferidas pelos juízes são continuamente interpretadas, de modo que são extraídos assim os princípios legais que podem ser usados em novos casos. Dennis Lloyd ainda afirma que "Os juízes não atuam no vácuo, mas são parte da comunidade em que funcionam, e os princípios legais desenvolvidos e aplicados por eles refletem, em certa medida, tanto os sentimentos predominantes quanto os usos e costumes aceitos pela sociedade" (Lloyd, 2000, p. 308).

O precedente judicial consiste em seguir princípios legais discorridos em casos decididos em tempo anterior. O precedente judicial baseia-se no princípio do *stare decisis*, termo latino que significa basear-se no que já foi decidido acerca de um assunto (Gibbins & Martin, 1999, p. 133).

A tendência em países de tradição *Common Law* é de que as cortes sigam o que já foi decidido em questões legais semelhantes quando há fatos materiais similares. Logo, um conjunto de precedentes judiciais consiste em seguir os casos decididos anteriormente quanto à matéria vinculada, de modo a proporcionar estabilidade no desenvolvimento de princípios legais, evitar decisões arbitrárias pelos tribunais, e usar os casos decididos anteriormente de modo a não se suscitar todos os princípios legais uma vez

apresentados dentro das mesmas questões legais, criando assim a sensação de estabilidade entre os cidadãos (Fine, 2011, pp. 76-78).

A questão fundamental dos precedentes consiste em extrair os seus elementos fundamentais, verificando a presença e identidade de todos os elementos componentes de uma decisão (Zufelato, 2015, p. 99), de modo a distinguir uma causa da outra para se aplicar o precedente no caso concreto, bem como num direcionamento mais objetivo.

É o que pode se extrair do que foi descrito por Neil Maccormick e Robert Summers, onde os precedentes judiciais referem-se às decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões em casos futuros. Servem assim como um mecanismo para resolver problemáticas do presente e do futuro, sendo assim parte fundamental da razão prática humana. Desta feita, dentro da sistemática do *Common Law*, os casos não são julgados com o propósito de formar precedentes judiciais, mas sim para resolver o litígio e, futuramente, a motivação da decisão judicial pode servir para casos futuros (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, p. 391 e 398).

Diante do ocorrido, percebe-se que os precedentes judiciais dentro da sistemática no *Common Law*, onde a linearidade histórica dos julgados e a obtenção da “razão do julgamento” diferenciam-se da tratativa no direito brasileiro, que através do uso das Súmulas apenas se reproduz o entendimento majoritário dos tribunais quanto a um determinado assunto. Assim, é possível observar, desde logo, uma sistemática mais fluída no sistema *Common Law* que permite maior flexibilidade para o direito amoldar-se às novas situações fáticas.

3. Os assentos jurisprudenciais e a evolução legislativa da Súmula no Brasil desde o Decreto Imperial nº 2684 de 1875

Na tradição do direito brasileiro, a ideia de precedente remete à ideia da sua função meramente persuasiva, com o propósito de dar orientações ao órgão julgador. Isto se dá desde o Decreto Imperial nº 2684 de 1875, considerado o primeiro exemplo de precedente vinculativo no Brasil (Zufelato, 2015, p. 101).

Diante da ausência de assentos jurisprudenciais que fixassem entendimentos de um tribunal para serem observados em casos posteriores, surgiu o referido Decreto com o objetivo de conferir força de lei aos assentos da casa de suplicação de Lisboa, conforme redação expressa em seu artigo 1º (Brasil, 1875), determinando a competência para o Supremo Tribunal de Justiça (Brasil, 1875) fixar os demais (Torres, 2015, p. 132).

Dentro do âmbito deste Decreto, o parágrafo segundo do artigo segundo discorre que os assentos tomados pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), sendo registrados em livro próprio e obrigatórios provisoriamente até que o Legislativo viesse a derogá-los em momento posterior (Brasil, 1875).

Assim, o uso de enunciados de súmulas como se leis fossem (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, p. 397) continuou a ser dado até a década de 1960, onde o Supremo Tribunal Federal, diante do acúmulo de processos a espera de julgamento, decidiu por publicar a Súmula de sua jurisprudência, com o propósito de conferir maior certeza ao direito (Souza, 2012), contribuindo para a aplicação de uma mesma regra para os casos semelhantes, concedendo tratamento igual aos que buscassem uma solução pela via judicial.

Dentro da linhagem histórica do direito brasileiro, ainda é essencial observar o teor do artigo 103-A da Constituição Federal brasileira de 1988, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que inseriu a Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, a saber:

(...) o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar **súmula** (grifo nosso)

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 (Brasil, 1988).

Por fim, é de se observar que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 ainda prende-se ao uso do termo Súmula em vários de seus dispositivos legais (Brasil, 2015), percebendo-se assim uma relação histórica quanto ao uso das Súmulas, observado os assentamentos jurisprudenciais elencados anteriormente, o que pode limitar o entendimento e a intenção do Legislativo quanto a evoluções em potencial do Código em face da reprodução de institutos antigos sem um encadeamento lógico ou pertinente, conferindo assim uma estagnação ao direito brasileiro.

4. O raciocínio jurídico pela indução e dedução: o uso da analogia para a formatação da linha de raciocínio pelos magistrados

Os juízes, na atribuição de suas funções típicas, valem-se do raciocínio para aplicar uma lei a um caso concreto. No entanto, quando não há lei, costumes ou princípios que lhes forneçam embasamento para fundamentar suas decisões, o raciocínio por analogia acaba sendo a principal argumentação utilizada.

Entende-se por analogia o procedimento pelo qual é possível atribuir a um caso não regulamentado a mesma disciplina legal de um caso semelhante que já o tenha sido, como método integrativo para as lacunas legais existentes (Aieta, Ishida & Leite, 2002, pp. 81-83). O raciocínio por analogia, desta forma, compreende duas formas, a saber:

a) indutivo, onde parte-se do caso particular para o geral, analisando-se a finalidade para descobrir a razão que justificaria a aplicação de um preceito (Aieta, Ishida & Leite, 2002, pp. 81-83), de modo que a conclusão a que se chega

não é uma simples reformulação dos conteúdos das premissas básicas, mas uma projeção com base em experiências passadas referente a casos semelhantes (Kelly & Slapper, 2011, p. 233 e 234); b) dedutivo, onde parte-se do geral para o particular, formando-se conclusões a partir de premissas (Kelly & Slapper, 2011, p. 232 e 233). Diante da patente singularização realizada pelo raciocínio dedutivo, sedimenta-se uma norma capaz de solucionar casos concretos que estejam sob o espectro da norma editada, sem observar as suas respectivas peculiaridades como é feito no raciocínio indutivo.

A analogia, dada a sua peculiaridade de observar as semelhanças relevantes para os casos em concreto, utiliza-se amplamente do raciocínio indutivo existente (Aieta, Ishida & Leite, 2002, p. 85, 104 e 105) para preencher as lacunas existentes em lei, onde ao se partir de vários preceitos obtém-se princípios afins, sendo estes aplicados aos casos não expressos nos dispositivos legais. É nesta esteira em que o raciocínio indutivo é utilizado, de modo que o juiz encontra um caso análogo e usa-o para decidir o processo em julgamento, especialmente no uso dos precedentes judiciais.

Logo, dentro da sistemática do *Common Law*, tradicionalmente, um precedente judicial é aplicado por indução, ou seja, parte-se de um caso em concreto específico para uma norma abstrata geral, onde o aplicador, por via de processo interpretativo onde trata de explicar os princípios do direito sobre o qual o caso está baseado² (Gibbins & Martin, 1999, p. 202; Cross & Harris, 1991, p. 43 e 45), acaba por extrair elementos do caso em tela de modo a se decidir como se retroagirá a casos pretéritos para fundar a sentença, observada a analogia com os precedentes judiciais, de modo a explicitar uma norma geral para se resolver a pendência judicial (Taranto, 2010, pp. 213-216). Desta feita, neste exercício de raciocínio indutivo, o juiz extrai o princípio geral da fundamentação do caso anterior para aplicá-lo do caso *sub judice*, o que lhe confere a possibilidade de modular de maneira consciente os precedentes judiciais (Kelly & Slapper, 2011, p. 236).

Na casuística brasileira, os precedentes jurisdicionais são aplicados pela analogia por dedução, partindo-se de uma norma jurídica abstrata para o caso concreto. Desta feita, os precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro são aplicados de maneira prescritiva, mais especificamente pela confecção de súmulas

(Taranto, 2010, pp. 214-216), onde o STF edita súmulas vinculantes concernentes a matérias recorrentemente aduzidas em juízo (Brasil, 1988), limitando-se a observar a parte prescritiva do texto.

Pelo que foi aduzido, o raciocínio pela analogia indutiva, este comumente utilizado no manuseio dos precedentes judiciais, confere maior autonomia para os magistrados analisarem o caso concreto *sub judice*, com o fito de conferirem ao respectivo o sentido mais coerente para a demanda judicial. Ao invés de singularizá-lo dentro de um conjunto de leis, como se faz através do raciocínio dedutivo, torna-se mais proveitoso para o ordenamento jurídico uma apreciação mais cautelosa pelos magistrados do caso concreto, fundamentando a respectiva sentença com maior propriedade e, conseqüentemente, ser utilizada como precedente para casos posteriores.

5. Os direitos fundamentais como elementos de ordem objetiva: a omissão do Legislativo, o papel do Judiciário, e a judicialização da política

Os direitos fundamentais são garantias pontuais reunidas em um catálogo, motivadas pelo desenrolar histórico da humanidade (Hesse, 1998, p. 244), são prerrogativas onde se concretizam as garantias de uma convivência digna, em que o qualificativo “fundamentais” vem a tangenciar situações jurídicas sem as quais o ser humano não concretiza suas condições mais importantes para a sobrevivência em uma determinada coletividade (Silva, 2010, p. 178).

A Lei Fundamental alemã, em seu artigo 1º, nas alíneas 2 e 3, postula o seguinte quanto aos direitos fundamentais (Alemanha, 1949):

(...) (2) o povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos

diretamente aplicáveis e vinculam os **poderes legislativo, executivo e judiciário** (grifo nosso).

Disto é possível afirmar que os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em razão de sua natureza vinculativa aos poderes públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário – sendo de grande relevância a configuração material da atividade estatal. Diante desta narrativa, entende-se que os direitos fundamentais se constituem como base da ordem jurídica da coletividade, o que os coloca como elementos de ordem objetiva, em razão de inserir o particular dentro de um agrupamento social através de um poder estatal constitucional (Hesse, 1998, pp. 239, 240 e 275 e 277).

Em razão do Legislativo não conseguir acompanhar constantemente a evolução da sociedade, de modo a prever todo e qualquer caso, vem o Judiciário a suprir a falta legislativa quando esta é levada por qualquer cidadão ordinário. Ainda, é de se levar em consideração que os direitos fundamentais geram um dever de proteção pelo Estado, devendo este tomar as providências para tutelá-los (Marinoni, 2016, p. 59) e, com base no dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, cabe a este dizer como se tomarão as devidas providências para a consecução protetiva.

Nesse sentido, torna-se fundamental o papel exercido pelo magistrado na realização da eficácia dos direitos fundamentais quando o legislador, na sua função típica, emprega conceitos indeterminados concernentes a direitos fundamentais ou acaba por ser omissivo (Hesse, 1998, pp. 279-285). A esses conceitos indeterminados dá-se também o nome de cláusulas gerais, onde a indeterminação conceitual permite a complementação judicial (Marinoni, 2016, p. 61).

Na Alemanha, por exemplo, a alínea 4 do artigo 19 de sua Lei Fundamental diz o seguinte no que concerne à restrição de direitos fundamentais e o papel da via judicial “toda pessoa, **cujos direitos forem violados pelo poder público** (grifo nosso), poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2º, segunda frase” (Alemanha, 1949).

O que se vê presente a partir do extrato acima é a efetividade da proteção jurídica no sentido de conferir um direito judicial eficaz e capaz de suprir a falta legislativa. Nesta toada, o Judiciário age

na insuficiência funcional do Legislativo, onde o juiz tem o poder para elaborar a norma adequada ao caso concreto, dada a falta de embasamento no bojo da norma fundamental para solucionar o caso em concreto.

Desta feita, é possível vislumbrar com o fenômeno da judicialização da política, nos moldes de uma “(...) atuação proativa dos magistrados, no sentido de uma efetiva intervenção no sistema político, com a fixação de interpretação diferenciada frente aos poderes majoritários” (Lima, 2008, p. 99). Nesta toada, a judicialização da política pode significar:

(1) A expansão da atuação dos tribunais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência dos direitos de decisão do legislativo, do gabinete ou da função pública para os tribunais ou, pelo menos, (2) A difusão de métodos de tomada de decisão judicial fora da própria seara judiciária. Resumindo, poderíamos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial (Vallinder, 1994, p. 91)³.

Argumenta-se que um dos fatores fundamentais para tanto reside na maior divisão e centralização das tarefas entre os poderes Executivo e Legislativo (Brandão, 2013, p. 190), sobre as quais Alexander Hamilton no *Federalist Paper* n° 78 escreve que:

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo (Hamilton, 2003, p. 458).

Os Estados Unidos da América enveredaram-se para uma estrutura administrativa menos centralizada e fundada em direitos (Brandão, 2013, p. 191), cuja base do *Common Law* condiciona

o juiz a buscar de maneira fiel e politicamente neutra a regra ou o precedente judicial aplicável ao caso concreto (Koerner, Inatomi & Baratto, 2011, p. 27), e a Suprema Corte local, por sua vez, adentrou em diversas questões de ordem política dada a composição do sistema norte-americano (Shapiro, 1994, p. 101), cabendo às Cortes única e exclusivamente se pronunciar quanto aos casos contenciosos, ou seja, aqueles que estão em trâmite judicial, afastando-se de julgamentos de ordem política (Smith, 1979, p. 262).

Com o propósito de validar um uso mais adequado aos precedentes judiciais dentro da dinâmica estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro, trata-se assim de adaptar o instituto à realidade do *Civil Law* para oferecer maior segurança jurídica dentro do âmbito dos direitos fundamentais, considerando a intrínseca função judiciária de atribuir sentido ao direito mediante argumentações racionais. Justifica-se tal proposição pelo fato de as referidas decisões alcançarem autoridade suficiente que lhes permitam conferir a devida uniformidade ao direito, atribuindo assim significações ao direito em análise (Marinoni, 2016, pp. 61-67).

6. O sistema *Civil Law* e os precedentes judiciais no Código de Processo Civil brasileiro

O estudo dos precedentes dentro da tradição *Civil Law* torna-se primordial, haja visto que nesta a certeza e a previsibilidade vêm a orientar os valores jurídicos, de modo que o processo de interpretação e aplicação da lei deve ser feita da maneira mais automática possível. Em outras palavras, um fato é forçado a se encaixar na lei, mesmo quando não há disposição legal (Merryman & Perdomo, 2007, pp. 48-52), razão pela qual os precedentes judiciais encontram resistências para serem aplicados em sua concepção original.

Diante de novas técnicas de julgamento em massa, não se pode permitir que argumentações de cunho econômico e funcional ganhem força para reduzir a função judiciária a dados estatísticos. A justificativa em deslinde tem o propósito de conferir a máxima proteção e efetividade aos

direitos fundamentais, tendo em vista que na casuística brasileira, por exemplo, as políticas públicas adequadas à obtenção dos mesmos não são asseguradas, razão pela qual é grande o número de demandas repetitivas ajuizadas.

Neste sentido, os precedentes, na lógica prevista no Código de Processo Civil brasileiro, não podem ser usados como forma de padronização jurisprudencial, uma vez que a superficialidade na tratativa com as Súmulas não garante estabilidade, razão pela qual deve ser esclarecido o uso do referido instituto adequadamente, dada a evolução histórica dos países de tradição *Civil Law* (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, pp. 378-382).

Conclui-se que, os precedentes judiciais podem contribuir consideravelmente para a segurança jurídica na argumentação dos direitos fundamentais, mas é de se levar em conta que a argumentação baseada única e exclusivamente neles não acaba por ser suficiente para uma fundamentação racional dos direitos fundamentais (Alexy, 2015, p. 559), de modo que a ampliação dos conceitos referentes a direitos fundamentais pode servir de esteio para o legislador constitucional na sua função típica de editar normas que tragam segurança e efetividade à categoria de direitos mais importantes à dignidade do ser humano.

6.1. Da prévia análise do Código de Processo Civil brasileiro quanto à sistemática dos precedentes judiciais

O Novo Código de Processo Civil brasileiro tratou de ser inovado pelo legislador quanto à sua redação, fazendo alusão aos precedentes judiciais e à jurisprudência. No entanto, jurisprudência e precedente judicial têm significados diferentes (Salles, 2015, p. 80 e 81). Ao passo que a primeira trata acerca do conjunto de julgados relacionados a uma situação de fato específica, o segundo consiste numa técnica decisória onde a identidade de um julgado e de um caso submetido a julgamento permite um encadeamento contínuo, de modo que casos subsequentes se baseiem nas mesmas razões de decidir quanto ao um caso prévio (Neves, 2016, p. 1485).

Para tratar acerca dos precedentes judiciais, é cediço resaltar que estes acabam por se tornar “vinculantes” ao longo do tempo, sem que haja a necessidade da imposição de uma regra ou efeito vinculante. Por sua vez, os juízes, dentro da sistemática *Common Law*, ressaltam a importância

dos julgados como forma de conferir certeza e linearidade ao direito (Zufelato, 2015, p. 91).

O que se pode dizer é que não há uma regra determinando a vinculação dos precedentes judiciais, especialmente em países de tradição *Civil Law*, onde se busca no direito legislado a norma aplicável. Portanto, os precedentes não possuem caráter normativo no direito brasileiro, mas apenas jurisprudencial, com o propósito de dar unidade e sentido aos preceitos normativos, e uma jurisprudência uniforme torna a ajudar os precedentes a manterem uma maior coesão (Salles, 2015, p. 82 e 83).

Desta feita, pode-se dizer que o legislador brasileiro tratou de colocar elementos e métodos que os magistrados possam se valer de modo a dar significação e sentido às normas, dando ensejo à constante continuidade para os trabalhos legislativos. Não se trata de permitir que o Judiciário invada a competência legislativa para a criação de normas (Salles, 2015, p. 86), mas valer-se do raciocínio utilizado pelos magistrados levando em conta a sua atividade interpretativa da norma quanto às situações fático-jurídicas que forem análogas, observando-se os fundamentos e argumentos que compõem a decisão (Neves, 2016, p. 1489) para que haja um trabalho mútuo entre o Judiciário e o Legislativo, onde cada poder atuaria em sua respectiva função.

O art. 926 (Brasil, 2015), por exemplo, vale-se em seu *caput* e parágrafos das palavras “jurisprudência”, “precedente” e “súmula”. Nesse sentido, é importante notar que o *caput* do referido artigo é redigido de forma que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, de modo a uniformizar a as mesmas.

É importante frisar que o Código busca corrigir a falta de estabilidade dos julgados dos tribunais brasileiros, de modo a conferir uma linearidade, coesão e integridade aos mesmos, especialmente quanto à redação do parágrafo segundo do art. 926, postulando que os tribunais devem atentar-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação dos enunciados de súmulas.

No tocante à linearidade argumentativa, esta deve vincular-se à reconstrução histórico-institucional do julgamento de um *leading case* com o fito de se entender se o mesmo se aplica às casuísticas posteriores. Em caso da superação do referido entendimento, a ruptura com o mesmo não deve se dar de maneira repentina, mas através

de uma racionalidade crítica, de modo que a suprema corte o faz de modo explícito, dada a falta de compreensão do direito quando do estabelecimento do precedente antigo (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, pp. 373-377 e 415).

Quanto ao discorrido acima, foi disposto da seguinte maneira pelo legislador o parágrafo terceiro do artigo 927:

(...) na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do supremo tribunal federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (Brasil, 2015).

Nota-se, desde então, que a lei em questão trata de dar embasamento para a modulação e formação dos precedentes judiciais linearmente, de modo que o um caso recente possa ditar o uso do precedente judicial do acontecimento do fato em diante, ampliando assim o seu espectro às situações fáticas, de modo que o mesmo seja usado em julgamentos posteriores, o que permite também uma maior atuação interpretativa pelos magistrados.

Além do mais, quanto aos elementos essenciais da sentença, a técnica legislativa trata acerca da importância da fundamentação judicial no parágrafo primeiro do art. 489 (Brasil, 2015) no novo código, não se considerando fundamentada a decisão judicial, segundo os incisos V e VI quando:

V - Se limitar a invocar **precedente** (grifo nosso) 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** (grifo nosso) invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (Brasil, 2015).

O que se vê patente na técnica legislativa descrita acima é a busca de uma racionalidade normativa para a construção de um modelo de precedentes judiciais, de modo a que as referidas fundamentações descritas sejam usadas em julgamentos posteriores (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, p. 377).

É notória a inovação que o Novo Código de Processo Civil incorpora à sua redação, tendo como objetivo de construir um direito jurisprudencial com maior coesão e, consequentemente, coerência. No entanto, não se pode entender que a estabilidade mencionada no texto legal não significa dizer que a uniformização tenha o condão de fechar o rol argumentativo acerca da interpretação de um direito (Theodoro Junior, Nunes, Bahia & Pedron, 2016, p. 373).

Apesar das mudanças, o legislador ainda usa o termo “súmula” nos dispositivos legais. Conforme explanação dada quanto às súmulas e o seu desenrolar histórico no direito brasileiro previamente neste artigo, o apego ao tradicionalismo no uso das súmulas pode atrapalhar a fluidez que o instituto dos precedentes judiciais, de modo a fixar e engessar entendimentos quanto a uma matéria fático-jurídica.

6. Conclusão

Pela abordagem conceitual dos precedentes judiciais, especialmente dentro da sistemática observada no *Common Law*, pode-se perceber que o direito pode ser trabalhado de forma mais linear e constante, de modo que os magistrados se baseiam em casos decididos anteriormente para fundamentarem suas decisões em casos presentes.

Diante do raciocínio que o juiz deve levar em consideração para solucionar um caso em concreto valendo-se dos precedentes judiciais, é comum o uso do raciocínio indutivo, especialmente nos países de tradição *Common Law*. A partir de um caso análogo ao que será julgado, o magistrado extrai o princípio geral da fundamentação de um caso anterior para aplicá-lo no caso *sub judice*, analisando pormenorizadamente os casos pretéritos a fim de verificar se é possível realizar o exercício comparativo. Nos sistemas de tradição *Civil Law*, por sua vez, observa-se com maior frequência o emprego da analogia dedutiva, de modo a singularizar os casos concretos sob o jugo de uma norma editada.

Face às lacunas apresentadas pela lei, especialmente em âmbito constitucional, de onde se extraem os direitos fundamentais, o uso

do raciocínio por analogia indutiva é de grande monta, especialmente quando os juízes se valem dos precedentes judiciais para fundamentarem suas decisões. Embora os precedentes judiciais contribuam imprescindivelmente para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, a argumentação neles baseada não é, sozinha, suficiente para o controle racional da fundamentação nesse âmbito, havendo assim a necessidade do Legislativo em suprir as lacunas legais.

No que concerne à logística do uso dos precedentes no Brasil pela redação do Novo Código de Processo Civil, percebe-se que o legislador buscou inovar de modo a abarcar institutos de maior familiaridade ao *Common Law*. No entanto, o que se viu pela redação do novo diploma processual afim a matérias de cunho cível foi um arraigamento ao desenvolvimento dado ao longo da histórica jurídica brasileira, que se desenrolou através das bases fixadas pelo sistema *Civil Law* como, por exemplo, o uso viciado das Súmulas Vinculantes nos dias atuais, que se remetem historicamente aos assentos jurisprudenciais datados de 1875.

É patente que os institutos usados com maior frequência no sistema *Common Law* conferem maior dinamismo a um ordenamento jurídico, assim como a atuação cotidiana dos magistrados, onde estes têm uma importante função de dinamizar o direito gradativamente à medida que uma sociedade evolui e novas questões acabam por surgir.

Contudo, a incorporação de institutos como o precedente judicial dentro do sistema *Civil Law* requer uma maior racionalidade pelos magistrados, de modo que estes possam valer-se dos mesmos para exercerem suas respectivas funções típicas. Caso contrário há a prospectiva para a judicialização da política imperar quando da omissão legislativa, corroborando com as tensões já existentes entre Legislativo e Judiciário brasileiro.

Por tudo o que foi abordado, os precedentes judiciais podem conferir uma grande margem de estabilidade e segurança jurídica ao ordenamento jurídico em sua generalidade, uma vez que se permite que um direito fundamental pode ter o seu campo interpretativo ampliado pelo uso do raciocínio indutivo. É nesta vereda que o do Novo Código de Processo Civil brasileiro trata de seguir, permitindo uma racionalidade argumentativa mais abrangente e contínua

quanto ao âmbito dos direitos fundamentais, haja vista que o Legislativo dificilmente consegue acompanhar as inovações no seio da sociedade. O Judiciário, por sua vez, pode contribuir significativamente para uma evolução do direito mais célere, eficaz e coerente, com o propósito de dirimir não apenas os conflitos em juízo, mas grande parte das lacunas legislativas ainda não solucionadas.

NOTAS

¹ Tradução livre de trecho da obra *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1 (1753) de Sir William Blackstone, a saber: (...) *ancient collection of unwritten maxims and customs, which is called the common law, however compounded or from whatever fountains derived, had subsisted immemorially in this kingdom; (...) This had endeared it to the people in general, as well because its decisions were universally known, as because it was found to be excellently adapted to the genius of the English nation.*

² A operação em questão é denominada como *ratio decidendi*, esta de importante validade para doutrina do precedente judicial, pois qualquer lei expressa ou implicitamente levada em conta pelo juiz se trata de um passo necessário para se chegar à conclusão do caso concreto. Sob a ótica dos fatos no qual o caso em concreto é apresentado e dos prévios julgamentos de outros casos para se aplicar um precedente judicial.

³ Tradução livre de trecho do paper *The Judicialization of Politics - A World-Wide Phenomenon: Introduction*, de Torbjörn Vallinder, a saber: (1) *the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aieta, V. S.; Ishida, V. K. & Leite, G. S. (2002). *A indução e a analogia no campo do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Alemanha. (1949). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (Trad. M. Assis). Recuperado de [https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf]. Consultado [23-07-2016].

Alexy, R. (2015). *Teoria dos direitos fundamentais* (2ª ed; Trad. V. A. da Silva). São Paulo: Malheiros Tradução.

Bell, J. (2006). *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*. Nova Iorque: Cambridge University Press.

Blackstone, Sir W. (2011). *Commentaries on the Laws of England in Four Books* (vol. 1, 1753). Indianapolis: Liberty Fund, INC..

Brandão, R. (2013). A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* (263), 251-290. Recuperado de [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648]. Consultado [22-04-2017].

Brasil. (1875). *Decreto nº 2.684*. Recuperado de [http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2684-23-outubro-1875-549772-publicacaooriginal-65290-pl.html]. Consultado [26-07-2016].

Brasil. (1988). *Constituição Federal de 1988*. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Consultado [27-07-2016].

Brasil. (2015). *Código de Processo Civil*. Recuperado de [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Consultado [22-05-2017].

Coke, Sir E. 1809. *The First Part of the Institutes of the Laws of England* (16ª ed., vol. I; rev. e correção F. Hargrave & C. Butler. Londres: Luke Hansard & Sons, Lib. 2, Cap. 10, sec. 170.

Coventry, T. (1890). *A readable edition of Coke upon Littleton*. Londres: Saundres & Benning.

Cross, R. & Harris, J. W. (1991). *Precedent in english law* (4ª ed.). Nova Iorque: Oxford University Press.

Fine, T. M. (2011). *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes.

Gibbins, M. & Martin, J. (1999). *The complete a-z law handbook*. Londres: Hodder Arnold h&s.

Hamilton, A. (2003) Da Inamovibilidade do Poder Judiciário. In A. Hamilton, Madison, J. & John, J. *O Federalista* (Trad. H. Martins Oliveira). Belo Horizonte: Líder.

- Hesse, K. (1998). *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha* (2ª ed, Trad. L. A. Hech). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- Johson, W. C. *The Life of Sir Edward Coke* (vol. I). Londres: Henry Colburn, 1837.
- Kelly, D. & Slapper, G. (2011). *O sistema jurídico inglês* (Trad. M. Moreia de Castro; rev. téc. F. Bilac M. Filho & M. Geller Moszkovic). Rio de Janeiro: Forense.
- Koener, A., Inatoni, C. C. & Baratto, M. (2011). Sobre o Judiciário e a Judicialização. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericana*, II, 17-52. Recuperado de [http://www.ilae.edu.co/llaeRevista/RVPdf/Vol.II-Nro4/Vol.II-Nro4-2011-17.pdf]. Consultado [22-04-2017].
- Lima, F. D. S. (2008). Judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: linhas gerais sobre o debate. *Revista da Faculdade de Direito Maurício de Nassau* (ano 3, nº 3), 85-111. Recuperado de [http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj026982.pdf#page=85]. Consultado [22-04-2017].
- Lloyd, D. (2000). *A ideia de lei* (Trad. A. Cabral, 2ª ed). São Paulo: Martins Fontes.
- Lobban, M. (2001). *The Common Law mind in the age of Sir Edward Coke*. Londres: Amicus Curiae. Recuperado de [http://sas-space.sas.ac.uk/3766/]. Consultado [08-03-2018].
- Marinoni, L. G. (2016). *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC* (2ª ed). São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- Merryman, J. H. & Perdomo, R. L. (2007). *The civil law tradition – an introduction to the legal system of Europe and latin America* (3ª ed). California: Stanford University Press.
- Neves, D. A. (2016). *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: Jus Podivm.
- Salles, C. A de. (2015). Precedentes e Jurisprudência no Novo CPC: novas técnicas decisórias? (77-88). In VV. AA. *O Novo Código de Processo Civil - questões controversas*. São Paulo: Saraiva.
- Shapiro, M. (1994). Juridicalization of Politics in the United States. *International Political Science Review*, 15(2), 101-112. Recuperado de [http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/019251219401500202]. Consultado [22-04-2017].
- Silva, J. A. da. (2010). *Curso de direito constitucional positivo* (33ª ed). São Paulo: Malheiros.
- Smith, G. P. (1979). Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review. Transition?. *University of Puget Sound Law Review*, 2(2), 255 - 267. Recuperado de [http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=sulr]. Consultado [12-01-2017].
- Souza, M. A. de. (2012). *A origem das súmulas. Associação Nacional dos Procuradores da República*. Recuperado de [http://anpr.org.br/artigo/40]. Consultado [05-04-2017].
- Taranto, C. M. G. (2010). *Precedente Judicial - autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- Theodoro Junio, H., Nunes, D., Bahia, A. M. F. & Pedron, F. (2016). *Novo CPC: fundamentos e sistematização* (3ª ed). Rio de Janeiro: Forense.
- Torres, C. N. C. (2015). O papel dos precedentes no direito brasileiro: do Império até o novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, 15(28), 127-143. Recuperado de [http://www.bibliotekevirtual.org/revistas/metodista-unimep/cd/v15n28/v15n28a07.pdf]. Consultado [29-04-2017].
- Vallinder, T. (1994). The Judicialization of Politics - A World-Wide Phenomenon: Introduction. *International Political Science Review*, 15(2), 91-99. Recuperado de [http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/019251219401500201]. Consultado [22-04-2017].
- Zufelato, C. (2015). Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais (89-118). In VV. AA. *O Novo Código de Processo Civil - questões controversas*. São Paulo: Saraiva.