

A TEORIA DOS PRECEDENTES E O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL: SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

Thais Estevão Saconato¹

RESUMO

Trata-se de trabalho fruto de pesquisa bibliográfica relacionada à teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, mais especificamente da importância dos precedentes para a garantia da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais, através do controle do ativismo judicial. Enfoca os dois sistemas jurídicos existentes que podem regulamentar a ordem jurídica de um Estado, quais sejam, *civil law e common law*, a respeito dos quais se faz rápida abordagem histórica e suas diferenças. Na sequência, aborda a aproximação entre os dois sistemas, o que ocorreu com o pós-positivismo e a valorização dos princípios fundamentais como fonte do Direito, o surgimento do ativismo judicial, seu conceito e características, e a necessidade da adoção do sistema de precedentes como ferramenta de segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE

Precedentes Judiciais. Ativismo Judicial. Segurança Jurídica. Estabilidade.

¹ Advogada, Especialista em Direito Tributário pela UNISUL/LFG, Mestranda no Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília – SP, bolsista CAPES/PROSUP, membro do grupo de pesquisa DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais. E-mail: estevaosaconato@uol.com.br

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiu no Brasil o pós-positivismo, que culminou com a valorização dos princípios fundamentais e ampliou os poderes dos magistrados, permitindo-lhes a interpretação das normas e a prolação de decisões fundamentadas no princípio do livre convencimento motivado.

Neste cenário o Poder Judiciário passou a ser convocado a manifestar-se de forma crescente sobre questões atinentes ao âmbito político, surgindo a judicialização da política, o que favoreceu o ativismo judicial.

O sistema *civil law*, de origem romano-germânica, adotado pelo direito brasileiro, por ter se aproximado ao sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, numa revisão proativa, passou a reconhecer os precedentes como fonte do Direito e como ferramenta de segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais.

Daí ser oportuno pensar sobre a importância do aprimoramento das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro e a vinculação de soluções aos precedentes dos Tribunais Superiores, com o fito da uniformização das decisões judiciais e imposição de limites para o controle da atividade criativa do Poder Judiciário.

Por isso, mostra-se proveitoso compreender o significado do precedente judicial no direito brasileiro, bem assim entender as técnicas de julgamento baseadas na aplicação dos precedentes, as quais estão expressamente previstas no ordenamento jurídico e constitucional.

A teoria dos precedentes judiciais ganhou maior destaque com a inclusão do tema no então projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/2010), atualmente a Lei 13.105/2015. Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam especifica e expressamente os precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo Código de Processo Civil.

1 CIVIL LAW E COMMON LAW: PARTICULARIDADES E A APROXIMAÇÃO DOS DOIS SISTEMAS

Os dois principais sistemas jurídicos adotados para regulamentar a ordem jurídica de um Estado são o *civil law* e o *common law*.

A diferença entre ambos, desde a origem de cada um, é importante para a compreensão dos precedentes. Oportuno observar que, apesar das diferenças entre os sistemas, ambos remontam a uma base comum: a origem europeia.

No *civil law*, o direito é escrito, codificado, e a jurisdição estruturada

preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Os poderes do juiz decorrem da lei e as suas decisões sempre estão subordinadas a algo “maior”, ou seja, a lei. A segurança jurídica está nos textos da lei. Sua origem advém da Revolução Francesa quando, no século XIX, com a passagem do poder do monarca para a Nação nasceu o raciocínio jurídico do sistema *civil law*.

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem ‘a boca da lei’. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais com se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. (WAMBIER, 2009, p. 121).

Entendia-se que o juiz não podia interpretar a lei, devendo limitar-se a aplicá-la aos casos, evitando, assim, a distorção dos textos legais. Tais fatos eram indispensáveis à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica da época. O princípio da igualdade no sistema *civil law* estava associado à aplicação da letra da lei, o que ocasionou a codificação do direito.

Os juízes estavam presos à lei porque ela é que dizia como o julgador deveria proceder. O *Codex* devia ser concebido em primeiro lugar e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado. A interpretação doutrinária, a jurisprudência e o costume encontravam-se subordinados à autoridade do estatuto. (NOGUEIRA, 2013, p. 42).

Assim, no *civil law* a decisão é formada com base em um raciocínio voltado à formação da convicção, em conjunto com o enquadramento dos fatos nos moldes delineados pela norma jurídica. O juiz é obrigado a narrar os fatos e os fundamentos jurídicos, o conteúdo da defesa e as provas requeridas e produzidas. (MARINONI, 2013, p. 217).

Já o sistema do *common law*, ao contrário, adota um direito costumeiro, pautado na jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Neste sistema há respeito obrigatório aos precedentes.

Para Gustavo Santana Nogueira, o *common law* pode ser definido como o sistema jurídico baseado nos precedentes judiciais:

Originária das leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não

consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades. (NOGUEIRA, 2013, p. 34-35).

O *common law* formou-se no período entre o ano 1.066, quando ocorreu a Conquista Normanda, até o início da dinastia Tudor, em 1485, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, na Inglaterra.

A Conquista Normanda foi um grande acontecimento na história do direito inglês, pois trouxe para a Inglaterra um poder forte e centralizado, ocorrendo a instalação do feudalismo no país. Este feudalismo se caracterizava pela organização, pelo caráter militar, elementos que permitiram o desenvolvimento da *common law*, direito comum a toda a Inglaterra. (DAVID, 2002, p. 357-359).

“Apesar da conquista Normanda foram preservados os Tribunais, os direitos e os impostos saxônicos, enfim, as instituições saxônicas, para benefício das rendas normandas.” (NOGUEIRA, 2013, p. 32).

Naquela época, o sistema da *common law* era considerado adequado às necessidades e estava bem inserido na realidade social de seu tempo. Os primeiros juízes deste sistema aplicavam regras de origem germânica.

A interpretação da lei não se subordinava a qualquer critério mais rígido, pois o rei era o natural intérprete da lei, cabendo aos juízes a tarefa de procurar a *ratio decidendi* para adaptá-la ao caso concreto, não estando submissos a qualquer texto legal escrito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152).

“Essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152). Na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 153).

A ideologia da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito invocassem os precedentes judiciais, apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Deste modo, na análise e solução de casos concretos, uma relevante diferenciação entre os dois sistemas é o fato de que, na *civil law* parte-se do geral para o particular, ou seja, a premissa maior é a lei, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a solução almejada. A este fator dá-se o nome de método dedutivo. Já na *comom law*, parte-se do particular para o geral, ou seja, há a interpretação de um

caso concreto e a extração da regra jurídica a ser aplicada, sendo que a decisão será voltada para julgados de casos semelhantes ou análogos – método indutivo.

No Brasil, com sua tradição romano-germânica, sempre vigorou o sistema do *civil law*, já que a lei sempre foi a fonte primária do direito, com fundamento no positivismo jurídico, conforme expressamente disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito.

Ocorre que nos países que empregam o *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) foi desenvolvida a doutrina dos precedentes judiciais, que, em regra, possuem força vinculante (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se funda no princípio do *stare decisis*. Ou seja, no *stare decisis* há a atribuição de força vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores aos tribunais inferiores quando se tratar de casos análogos.

No sistema *civil Law*, o precedente judicial, em geral, tem cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*). Neste sistema a jurisprudência possui apenas a função de orientar e direcionar a interpretação da lei pelos magistrados, sem, contudo, ser obrigatória.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil, certo preconceito em relação a esse sistema, numa tentativa frustrada de colocar a lei e o positivismo jurídico acima de qualquer precedente jurídico ou instituto semelhante, tentando-se negar a importância dos institutos de *common law*.

Com o passar do tempo, a tradição do *civil law*, com raízes na Revolução Francesa, passou por transformações. O juiz, que antes era proibido de interpretar a lei, passou a interpretá-la.

Com o advento da Constituição de 1988, a lei perdeu o seu posto de supremacia, passando a ser subordinada a ela:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. (MARINONI, 2013, p. 65).

Assim, a aproximação dos dois sistemas no Brasil ocorreu devido à constitucionalização do Direito. A partir de então a teoria dos precedentes ganhou

importância para a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da isonomia.

Nota-se, portanto, que a jurisdição do *civil law* teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) inegavelmente aproximado o sistema do *civil law* ao do *common law*.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 165-166), os sistemas jurídicos que iniciaram em diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, com objetivos compartilhados.

Para René David,

Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito." (2002, p. 20).

O fato é que os países de origem *civil law* estão empregando aos poucos e de diversas maneiras o sistema dos precedentes judiciais em suas jurisdições. Assim, com essa aproximação, o precedente tornou-se uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja do *civil law* ou do *common law*, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito. Assim, o judiciário brasileiro passou a usar, ainda que de maneira tímida, a figura de precedentes, que são decisões judiciais tomadas à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

A lei e sua visão codificada perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A função dos juízes também passou por transformações, deixando de

apenas declarar a vontade concreta da lei, para atuar ativamente ante as interpretações normativas e as situações omissas da lei.

Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, consolidando sua verdadeira finalidade.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com o convencimento do magistrado, procurando no legislativo, fundamentos para ela. Em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema amparo para motivar sua decisão. A adoção do sistema de precedentes auxilia na construção do ordenamento jurídico.

2 ATIVISMO JUDICIAL - ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

De acordo com TEIXEIRA (2012, p. 38), a origem do ativismo judicial advém dos Estados Unidos, mais especificamente da decisão *Lochner v. New York*, onde a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado que tratava do limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros. Este caso, além de representar a “Era Lochner”, na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram invalidadas pela Suprema Corte dos EUA, foi considerado, também, um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial exercido por aquela Corte:

Mas foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo judicial *activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular. [...] Um aspecto fundamental do ativismo judicial que Schlesinger detectou imediatamente foi a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. (TEIXEIRA, 2012, p. 39).

A teoria da separação dos poderes, da qual originou o Estado Liberal, privilegiou, em cada momento histórico, a atuação de um ou de outro poder, culminando no fortalecimento do Poder Judiciário, a quem se atribuiu, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira dimensões que ilustraram as últimas décadas do século XX e o início do século XXI. (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118).

No contexto da modernidade, Kelsen elaborou a Teoria Pura do Direito,

destacando que o momento da decisão constitui o único interessante ao campo da ciência do direito.

O ideal positivista baseou-se na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei. (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118).

O Constitucionalismo liberal, que surgiu com as constituições dos séculos XVIII, XIX, e XX e teve como marca a defesa e proteção de um rol de direitos individuais voltados às garantias das liberdades, os limites a atuação do Estado, o controle da ação dos governantes e um modelo de Estado assentado na separação dos poderes, começou, a partir da segunda metade do século XX, a ceder espaço para as teorias pós-positivistas. Em consequência, o modelo de mera aplicação da lei, típico do positivismo, perde espaço para um processo cada vez mais amplo de interpretação da norma e sua compatibilidade com princípios constitucionais (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118 e 119).

Assim, o Poder Judiciário, que antes detinha apenas a função de julgar, reafirmando os textos legislativos, influenciado pelo positivismo jurídico, passa a atuar ativamente na criação e aplicação das leis.

Porém, nos países oriundos do *common law* esta função do Poder Judiciário de aplicação literal da lei, sem emissão de juízo de valor, nunca teve repercussão, ao contrário dos países de origem romano-germânica.

Neste sentido, Marinoni dispõe:

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juízes, a vontade foi confiada ao judiciário. (MARINONI, 2013, p. 49).

É oportuno observar que, apesar de no *common law* prevalecer a ideia de criação do direito, não se pode pensar que o processo decisório naquele sistema seja discricionário, pois a segurança jurídica das decisões está baseada em um sistema de precedentes, que garante a coerência das decisões e limita o poder do julgador

através da vinculação a eles.

Mas, apesar dos países que adotam o sistema do *civil law* terem sido influenciados pelo positivismo por um longo tempo, com o pós-positivismo o juiz também passou a ter um papel legislativo que antes lhe era negado.

No Brasil, o protagonismo do Poder Judiciário ganhou relevância com a entrada em vigor da Constituição de 1988, oportunidade em que o magistrado passou a ter função mais ativa na sociedade ao assegurar direitos fundamentais não regulados legalmente.

O aumento das discussões judiciais em torno de questões políticas ocasionou a judicialização das relações sociais e, os processos de globalização culminaram, também, na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que antes eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Neste cenário nasce o ativismo judicial brasileiro (TEIXEIRA, 2012, p. 41).

O protagonismo do Judiciário é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos e, via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição. Esse é o contexto em que se fortalece o chamado ativismo judicial. (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 118 e 119).

O termo ativismo possui vários aspectos e tem como foco primordial a autonomia dos magistrados na construção do caso e na tomada de decisão.

Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional que extrapola os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico ao Poder Judiciário na resolução de conflitos (RAMOS, 2010, p. 129).

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Para TEIXEIRA (2012, p. 48), “a nocividade do ativismo judicial ocorre

quando a decisão judicial tem um fim político e depende da negação à tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica.”

Sobre o sentido positivo do ativismo judicial, Teixeira discorre:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete. (TEIXEIRA, 2012, p. 48/49).

Para ROCHA e BARBOSA (2015, p. 121), existem três posições no Brasil sobre o ativismo judicial: para os adeptos da primeira, o protagonismo do Poder Judiciário constitui risco à democracia e compromete o equilíbrio e harmonia dos poderes, pois autoriza os juízes a tomarem decisões baseados em suas preferências pessoais; a segunda reconhece o ativismo na prática do Supremo Tribunal Federal como sendo decorrência da conjuntura pós-constituição de 1988; a terceira afirma que o protagonismo é consequência direta da necessidade de efetivar a Constituição, sendo que os juízes devem decidir com base nos princípios constitucionais.

Um ponto comum entre essas três posições está no fato de que, para todas elas, a postura ativista relativiza o ideal de certeza pressuposto no positivismo, sendo que o caráter imprevisível das decisões, que podem ser baseadas tanto em princípios quanto nas preferências pessoais do intérprete, ou até mesmo imotivadas, compromete a previsibilidade e a segurança jurídica que as decisões deveriam proporcionar. (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 124).

Para TEIXEIRA (2012, p. 51), o ativismo é uma patologia constitucional necessária, desde que utilizada positivamente, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado. Para ele, quatro são as espécies de condutas ativistas dos magistrados que mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, quais sejam: atuação como legislador positivo, ofensa ao princípio da separação dos poderes, desconsideração por precedentes jurisprudenciais e decisões judiciais viciadas por decisionismo político.

Portanto, o sistema de precedentes é uma arma que pode garantir a segurança e a previsibilidade das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro.

3 OS PRECEDENTES COMO FERRAMENTA DE SEGURANÇA JURÍDICA NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO DO PAÍS

Conforme já mencionado, o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o *civil law*, que adota a lei como fonte primordial em decisões judiciais. Porém, em um ordenamento no qual a igualdade é direito fundamental, não deve ser admitido que o mesmo tribunal decida de maneira distinta casos iguais.

Assim, os precedentes, se bem empregados, podem solucionar o problema de decisões tão conflitantes em casos tão semelhantes, concretizando-se decisões mais céleres e justas, transformando a jurisdição em uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto.

Para Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Luís Henrique Barbante Franzé, o Brasil não tem a tradição de respeitar os precedentes, tratando-se, portanto, de uma questão cultural, tendo em vista que o próprio ensino jurídico brasileiro não valoriza as decisões dos tribunais, preferindo as regras à aplicação do direito em casos concretos. (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 14).

É notório que a jurisprudência tem influenciado os operadores do direito e tem fundamentado sentenças dos magistrados brasileiros, consolidando posicionamentos e entendimentos.

Porém, ela não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, e com eles não pode ser confundida, conforme dispõe o jurista Carlos Maximiliano: “Contribui como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.” (MAXIMILIANO, 1980, p. 187).

Quanto a esta diferença entre precedentes e jurisprudência, Michele Taruffo expressa que há uma distinção de caráter quantitativo:

Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente... nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas

decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. (TARUFFO, 2014, p. 3).

Frequentemente as súmulas e jurisprudências são utilizadas sem uma análise comparativa dos casos, causando confusão entre o real significado da aplicação da jurisprudência e dos precedentes judiciais. Os trechos de decisões usados fora de contexto, sem qualquer relação com a situação fática originária, demonstra a crise do sistema jurídico atual. Já o precedente judicial está relacionado aos fatos de um determinado caso, o que impossibilita a sua aplicação em casos posteriores a partir da simples verificação da ementa do julgamento, pois se trata de uma questão jurídica, inseparável do caso que lhe deu origem. (RAMIRES, 2010, p. 68).

Assim, para que a decisão judicial seja fundamentada em um precedente deve-se analisar se existe analogia entre os casos.

A liberdade de interpretação dos juízes, calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, não pode desestruturar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Para ROCHA e BARBOSA (2015, p. 127), o precedente resguarda o livre convencimento do magistrado, pois não determina a este como determinado fato deve ser julgado, e nem impõe a ele qual norma deve ser aplicada ao caso concreto. O precedente apenas firma uma interpretação correta a ser dada a uma norma diante de um caso concreto.

Por isso, a fixação do conceito de ativismo judicial deve ser feita de maneira criteriosa, pois, apesar da postura dinâmica do magistrado no processo, esta não pode significar a hipertrofia dos seus poderes, resultando em um autoritarismo, e nem a conversão do juiz em legislador, contrariando o princípio da separação dos poderes.

Neste sentido,

Embora o processo de tomada de decisão seja sempre, em alguma medida, um processo interpretativo e, nesse sentido, criador de sentido, a ampla discricionariedade possibilitada pelas normas de textura aberta da Constituição e pelo ativismo, pode em determinadas circunstâncias comprometer sensivelmente a previsibilidade das decisões judiciais. [...] O controle do ativismo, então, deve se dar não pela contenção da atividade interpretativa, presente sempre em maior ou menor grau em toda atitude decisória, mas na forma com que sua decisão é justificada no sistema. (ROCHA e BARBOSA, 2015, p. 125/126).

Hans Kelsen destacou a necessidade de respeito aos precedentes: “A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.” (KELSEN, 2006, p. 278). Assim, um dos direitos fundamentais do cidadão é a segurança, expressa no artigo 5.º da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3685/DF, firmou entendimento que a segurança jurídica é um direito fundamental.

Gustav Radbruch, filósofo alemão, citado por Gustavo Santana Nogueira, entende que a justiça, a utilidade e a segurança jurídica são elementos do direito. A segurança jurídica “exige positividade do direito: se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que deve ser jurídico, e de uma posição que esteja em condições de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido.” (RADBRUCH, 2004, p. 108 apud NOGUEIRA, 2013, p. 55).

Ou seja,

A partir do momento em que não se pode estabelecer a justiça em cada caso concreto, pelo menos que se dê segurança ao que foi decidido, na presunção de que a decisão a ser protegida seja a mais justa. Servem as lições não só como base filosófica da coisa julgada como também como base para a teoria de vinculação de precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 55).

A segurança jurídica está vinculada à existência de normas e à sua aplicação de forma estável e previsível.

Para ARISTÓTELES (2001, p. 102), o papel do juiz é restabelecer a igualdade, pois ele é um guardião da justiça e também guardião da igualdade.

Demandas iguais não podem ter soluções diferentes. Logo, a noção de justiça redundaria em um critério de isonomia, no qual são ofertadas às partes igualdade de condições.

Deste modo, a teoria aristotélica de justiça, que vê na figura do juiz o guardião da igualdade e da justiça, corrobora a doutrina do precedente, que é fundamentada na igualdade substancial, defendida pelo filósofo ao permitir que casos diferentes recebam soluções distintas. (NOGUEIRA, 2013, p. 63).

Assim, a adoção do sistema de precedentes no Brasil é o melhor caminho para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das decisões judiciais. Conforme já anunciado, o judiciário brasileiro usa, ainda que de maneira tímida, a figura dos precedentes, o que deve mudar com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que tratavam

especificamente sobre o uso dos precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo *codex*, e será aplicado em nosso sistema. Porém, ainda não há uma teoria consolidada sobre o uso deste instituto, o que deverá acontecer com o decorrer do tempo e sua utilização.

Além do mais, já se utiliza a decisão de outros magistrados como meio de influenciar decisões em casos idênticos. O Novo Código torna obrigatória decisão igual para casos iguais e a fundamentação das decisões.

Tal uniformização trará maior segurança jurídica e previsibilidade nas decisões, fazendo com que um dos grandes problemas do judiciário nacional seja sanado, qual seja, o excesso de demandas.

Assim, é importante compreender o conceito de precedente judicial e as formas de reconhecimento dos precedentes previstas no direito brasileiro, bem como atentar para a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos existentes e vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores, visando a necessidade de decisões judiciais mais uniformes e estáveis.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O poder judiciário não existe para satisfazer o ego pessoal de um ou outro jurista, mas sua finalidade precípua é promover o bem social por meio da justiça na medida em que esta deve ser aplicada em cada caso conforme suas particularidades.

Daí a importância do sistema de precedentes, que se bem empregado poderá solucionar o problema de decisões tão divergentes em casos tão semelhantes.

O enquadramento do caso ao precedente deve ser atividade do juiz, que, assim, mantém sua liberdade de julgar e seu livre convencimento motivado, fatores estes que constituem condição da democracia e do respeito à vontade constituinte.

Assim, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, coerentes e uniformes, sendo os precedentes uma poderosa ferramenta para a solução da insegurança jurídica que hoje permeia o sistema jurídico brasileiro.

Diante da nova realidade dos precedentes judiciais, com o advento do Novo *codex* processual civil, resta uma esperança para ver a justiça sendo efetivada por meio de uma concreta e devida aplicação do direito, com respeito às decisões já empregadas em casos solucionados, ressaltando a força vinculante destas para os juízes que irão se manifestar em casos semelhantes tendo tais decisões como

parâmetros, concretizando-se decisões mais céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Torrieri Guimarães. 6.^a ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 215, Jan. 2013, p. 207-248.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, abr/jun 2000, p. 83-89.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O regime do precedente judicial no Novo CPC. In: **Revista do Advogado AASP**, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n.º 75, abr. 2004, p. 73-77.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. n.47, 2008, p. 11-58.

_____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O novo código de processo civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 8, p. 185-210, out./dez. 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 115-133.

SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A segurança jurídica e os precedentes da common law. In: LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa e KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (Org.). **Diálogos (im)pertinentes** - Juiz e Jurisdição. Curitiba: Instituto Memória - Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Gênesis**: revista de direito processual civil. Curitiba, n. 13, v. 9, jul/set. 1999, p. 485-498.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

_____. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, v. 35, março 2010, p. 167-172.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20.07.2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 8, jan-jun 2012, p. 37-58.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 172, Jun. 2009, p. 121.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, Mar. 2010, p. 33.