

PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Lucas Henrique Dias Milagres¹

1- INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como foco a abordagem analítica do precedente judicial como fonte do Direito Processual Civil e além do arcabouço teórico da teoria das fontes do Direito, pretende realizar uma abordagem histórico-jurídica da origem das tradições judiciais dos países anglo-saxônicos.

O precedente judicial, através do CPC/2015, tem um considerável papel na Ciência Jurídica pátria, já que o precedente figura como fonte integrativa e subsidiária do microsistema processual jurídico brasileiro, traçando novas projeções para as decisões dos tribunais.

Como organização do ensaio, evitando perdas metodológicas, inicialmente será abordada a história e a teoria dos precedentes judiciais no direito comparado, baseado na tradição anglo-saxônica. Na tradição de origem não-consuetudinária, seguirá a abordagem do contexto histórico da tradição civil law, que representa as “fons”, do latim fonte, do direito no sistema jurisdicional pátrio.

Em seguida, sob a ótica da teoria das fontes do Direito, o problema da incompletude do ordenamento jurídico será abordado na perspectiva da questão das lacunas e da subsidiariedade da norma processual civil juntamente com os precedentes judiciais como fonte do Direito, no âmbito da jurisprudência, como a aplicabilidade da técnica no Supremo Tribunal Federal.

2- DESENVOLVIMENTO DO ENSAIO

2.1 DIREITO COMPARADO – COMMON LAW E CIVIL LAW: PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

O sistema de precedentes judiciais decorre historicamente dos países anglo-saxônicos, nos quais a common law é a sua base. Essa concepção saxônica de preconizar o costume como fonte do direito, de forma causal, encerra peculiaridades para o surgimento de um sistema solidificado por intermédio das decisões judiciais baseadas na

¹ DIAS, Lucas Henrique Milagres. Discente PPGSD- UFF.

norma consuetudinária.

A tradição jurídica dos países anglo-saxônicos possui sua base estrutural nas relações sociais num momento determinado histórico e na maneira como costumeiramente tipos específicos de conflitos são resolvidos pela comunidade. Tais regras consuetudinárias são acolhidas pelos representantes judiciais e reelaboradas de forma a vigerem por meio dos precedentes. Nesse sentido, sobre o precedente:

[...] é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)².

Dessa forma, marcam a tradição do *common law* as características da reelaboração a nível judiciário dos convencimentos motivados casuisticamente nos processos individuais, agora solidificados em nível de cogência, amplificado pelo sistema de precedentes.

O contexto histórico-político e normativo brasileiro herdou o sistema germânico-português, no qual a norma jurídica, lei em sentido estrito, é a fonte primária do direito. Assim, filiamos-nos ao sistema do *civil law*. Decorre deste contexto o surgimento de um Estado de Direito que preconiza a aplicação da norma legislada, seja princípio ou regra, evoluindo com a Constituição Federal de 1988 para o Estado Democrático de Direito.

O contexto histórico do sistema brasileiro de fontes do Direito, que é estruturado através da *civil law*, em contraponto com o sistema da *common law*, revelam-se as bases teóricas de cada sistema e a forma de concepção das fontes do direito em relação ao Novo CPC, Lei nº 13.105/2015. O sistema brasileiro de fontes do direito decorre do positivismo jurídico, que tem a lei como fonte primária do direito, em contrapartida com os países anglo-saxônicos, da *common law*, nos quais o sistema de precedentes judiciais é notório em relação ao contraponto do sistema brasileiro de fontes.

Apesar de se tratar de um Estado Legal, nos termos do postulado axiológico da legalidade – Constituição Federal de 1988, art. 5º, II – pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei”³, a jurisprudência, agora, com a força dos precedentes judiciais, tem papel importante na construção da norma jurídica,

² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003. p. 33.

³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 14 de fev. 2022.

sendo também fonte relevante do direito brasileiro.

O precedente judicial como fonte do direito a partir da concepção normativa estruturada pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, representa singular avanço na ciência do direito contemporânea, uma vez que invoca a consolidação de um sistema próprio na teoria dos precedentes judiciais, amoldado à realidade jurídica brasileira.

2.2 PRECEDENTES COMO FONTE DO DIREITO NO BRASIL

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., fator relevante a ser considerado pela teoria das fontes do direito remonta à contextualização das unidades produtoras da norma jurídica, unidades estas inseridas no panorama histórico e social dos destinatários. Daí então sobreleva o supracitado jurista que as fontes do direito, assim como os fatos sociais, estão sujeitos às intempéries históricas e devem ser moldadas conforme a sociedade e o direito caminham⁴.

Norberto Bobbio, em consolidada obra, quando menciona sobre as fontes, faz revelar um desafio fulcral do sistema jurídico na perspectiva juspositivista: a incompletude. Do problema da incompletude derivam as lacunas normativas, diante da impossibilidade do sistema abarcar todos os fatos jurídicos da sociedade⁵.

A conclusão lógica derivada da teoria das fontes, conforme magistério de Miguel Reale, é que os precedentes judiciais, entendidos como fatos a serem valorados, são, em essência, fontes motrizes da norma jurídica jurisprudencial, inaugurada neste esteio pela aplicabilidade, na seara eleitoral, da estipulação do art. 15 do Código de Processo Civil⁶.

Norberto Bobbio denomina o fenômeno das lacunas normativas de “zona intermediária”, com solução preestabelecida nos ordenamentos e, no contexto do Direito, a norma inserta no artigo 15 da Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil – estabelece a função integrativa para determinadas lacunas⁷.

O art. 15 do Código de Processo Civil prescreve, in verbis:

⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Da previsão do precedente judicial como fonte de direito no Código de Processo Civil, destaca-se a preocupação do legislador com a estabilidade da jurisprudência, e, diante da aplicabilidade dos precedentes judiciais na produção da norma, extrai-se a relevância da consideração dos fatos jurídicos predecessores da decisão judicial. Nesse sentido, o art. 926 do Código de Processo Civil assevera:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação⁸.

Da estipulação supra extrai-se o dever dos tribunais, e, neste contexto de instrumentalidade, do Código de Processo Civil que decorre da força do precedente como fonte do Direito, no âmbito da jurisprudência dos seus tribunais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É irrefutável que a força do precedente judicial é fator preponderante para o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais no esteio da sua projeção sobre a própria lei no sentido estrito, ganhando nova forma e poder com a estipulação positiva, mesmo que suplementar do Código de Processo Civil.

Da abertura jurídica ao diálogo das fontes normativas, principalmente utilizando as experiências de outros sistemas, a exemplo da common law, o aprimoramento das instituições que velam pela ordem e segurança jurídica nas decisões se consolida, uma vez que o direito é mutável e deve seguir o curso histórico e social.

Dessa forma, o desafio proposto a título de aplicabilidade da fonte precedencial na seara eleitoral não termina na análise jurídico-doutrinária. Evidente que tal assertiva seria insuficiente para responder aos novos desafios que a força dos precedentes judiciais inaugura na jurisprudência dos tribunais eleitorais.

Trata-se de desafio também de cunho político, no sentido de que a função dos juízes encontra na força dos precedentes a necessidade de reavaliação constante da

⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 22 fev. 2022.

função do tribunal eleitoral na construção da norma, no esteio de todo contexto histórico e social que a função requer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial-49**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 10 de fev de 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O Medo do Precedente: As Técnicas de decisão no Supremo Tribunal Federal**. CAMPOS (UFPR), v. V. 18, p. 155-172, 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 22. ed. São Paulo. Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2016. Volume único.