

INTRODUÇÃO

O estado democrático de direito do Brasil é regido pelo sistema denominado como “Civil Law”. Tal ordenamento tem como fundamento a aplicação da norma através da Lei escrita, ou seja, norma jurídica positivada, tendo o sistema supramencionado como origem o Império Romano. No sistema da Civil Law, a Lei é soberana, podendo, subsidiariamente, ser aplicadas outras fontes do Direito em julgamento de casos, quando a Lei escrita não prevê a conduta em questão, podendo usar assim a analogia, decisões vinculantes de tribunais, doutrinas e outras fontes.

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe importante instrumento para a adoção do sistema brasileiro de precedentes. Os trabalhos de preparação desta nova norma processual civil iniciaram-se em novembro de 2009, tendo-se registado progressos consideráveis tanto em termos de tempo como de discussão, análise e revisão.

Dessa forma, o Código de Processo Civil buscou ampliar a aplicabilidade dos precedentes vinculantes, trazendo a lei para uma nova fase com mais segurança jurídica e independência.

Vale ressaltar que a Stare Decisis possui como reflexo o sistema da Common Law, não valorando soberanamente o direito positivado, que fundamenta o sistema da Civil Law, afinal, a stare decisis é uma expressão oriunda de uma terminologia norte americana, que significa “ficar com as coisas decididas”, e está prevista na Constituição Federal (art. 102, III, § 2º, CF), prevendo que decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade vinculam “os demais órgãos do Poder Judiciário...”, contudo, com a atual previsão do Código de Processo Civil, a stare decisis está acima da Lei positivada, havendo assim contradições, afinal, como afirma Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal entende que “a Lei é fundamental e suprema em um Estado. É a partir dela que deve ser interpretado todo o ordenamento jurídico.”, ou seja, com a previsão da stare decisis no código civil, a lei deixa de ser suprema e soberana.

É válido citar no presente trabalho sobre o “Garantismo Constitucional”, como uma forma de proteger tal soberania da Constituição, como uma forma até mesmo de evitar o ativismo judicial, que é a prática de cada vez mais os julgadores interferirem de maneira proativa nos julgamentos, contudo, portanto, objetiva-se assim apontar a proatividade estatal nos julgamentos com a soberania da stare decisis.

Utilizar-se-á dos seguintes métodos na presente pesquisa: revisão bibliográfica, analisando obras e estudos acerca do tema juntamente com o aporte na legislação brasileira extravagante, fazendo com que as doutrinas fundamentem o trabalho junto com as Leis, resultando assim na fundamentação e estruturação teórica do estudo.

STARE DECISIS E A NATUREZA VINCULATIVA DOS PRECEDENTES

O termo “*Stare Decisis*” vem de origem do direito inglês, que significa “ficar com algo definido / decidido”, também definido por Tucci (2004) como “mantenha-se o Direito e não se moleste o que foi decidido”¹, ou seja, a decisão vinculante proferida acerca do presente caso já está decidida por julgados passados, por uma Corte Superior, conforme trouxe a (Código de Processo Civil), especificamente no artigo 926, onde diz acerca da uniformização da jurisprudência nos tribunais.²

Acerca do precedente, Fredie Didier conceitua que “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.³”, ou seja, poderão ser fundamentadas decisões provenientes de julgados em Corte Superior, em casos análogos ao litigado.

A *Stare Decisis* é a fundamentação aplicadas nas decisões em países que adotam o sistema *Common Law*, pois, não se restringem a fontes positivadas do direito, como a Lei, aplicada no Brasil, no sistema da *Civil Law*, mas, a precedentes de casos já julgados, até que haja o *Overruling*, técnica aplicada quando a Corte repensa acerca dos fundamentos que embasaram tal decisão.

As decisões de tribunais superiores, como o Supremo Tribunal, têm um peso maior e são vinculativas para tribunais inferiores dentro da mesma jurisdição, gerando assim uma hierarquia do *Stare Decisis* acerca dos precedentes. Os tribunais inferiores devem seguir esses precedentes, a menos que ocorram circunstâncias induzidas que justifiquem sua não aplicação.

No entanto, nem todos os precedentes são igualmente vinculativos. No sistema do common law, por exemplo, existem dois tipos de precedentes: vinculativos e persuasivos. Os

¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p.160.

² TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. V.2. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 385.

preceitos vinculativos são aqueles que devem ser seguidos pelos tribunais inferiores, enquanto os preceitos persuasivos são aqueles que podem ser respeitados e utilizados como orientação, mas não são vinculativos.

Máynez (2002) explica o termo “fontes do direito” com uma metáfora, comparando-as com as nascentes de um rio, sendo que essas águas brotam das profundezas da terra, e assim também surge as fontes do direito, das profundezas da sociedade, afinal, o comportamento da sociedade exige constante evolução das normas jurídicas, ou seja, saem das profundidades da sociedade, para a superfície do direito⁴.

Acerca das fontes do direito, Bobbio cita que a intenção das Leis positivadas seriam limitar outras fontes do direito, ou seja, a fonte formal do direito à legislação, para ele, seria uma forma de monopólio da produção de leis por parte do estado.⁵

Vale ressaltar também um trecho em que Grossi citava acerca da existência de dois planos, ao se referir das fontes do direito, sendo eles a Lei e o Direito, onde dizia que:

Bodin, ainda no século XVI, registra dois planos, dois níveis da experiência jurídica francesa: o das leis - ainda em crescimento-; e o outro, mais subterrâneo, enraizado na sociedade, que ele não hesita em chamar direito. Planos diferentes, mas também realidades particularmente diferentes devido as suas qualidades intrínsecas: a lei régia liga-se somente à vontade do rei, não tendo relevo o seu conteúdo substancial; o direito é, ao contrário, o fruto da experiência de vida de uma comunidade que registra em si as soluções mais éguas que, cotidianamente, a comunidade fez suas.⁶

Assim, Bodin caracteriza um possível conflito em sua obra, onde possivelmente há conflito no “dizer o direito, por algo posto, positivado, como as leis, satisfazendo na época as vontades do rei, e o direito que previa em si, a necessidade da sociedade, um direito propriamente oriundo da evolução de uma comunidade.

Sendo assim, a *Stare Decisis* surge no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo consigo decisões dos tribunais, desconcentrando a fundamentação das decisões nas leis positivadas, e começando também aplicar o precedente da *stare decisis* já prevista no Código de Processo Civil.

A *stare decisis* opera por meio da criação de uma hierarquia de precedentes. As decisões de tribunais superiores, como o Supremo Tribunal, têm um peso maior e são

⁴ MÁYNEZ, Eduardo García. Introducción al estudio del Derecho. 53ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2002, p. 52.

⁵ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26-27.

⁶ GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 17.

vinculativas para tribunais inferiores dentro da mesma jurisdição. Os tribunais inferiores devem seguir esses precedentes, a menos que ocorram circunstâncias induzidas que justifiquem sua não aplicação.

No entanto, nem todos os precedentes são igualmente vinculativos. No sistema do common law, por exemplo, existem dois tipos de precedentes: vinculativos e persuasivos. Os preceitos vinculativos são aqueles que devem ser seguidos pelos tribunais inferiores, enquanto os preceitos persuasivos são aqueles que podem ser respeitados e utilizados como orientação, mas não são vinculativos.

A APLICAÇÃO DA STARE DECISIS NO SISTEMA DA COMMON LAW

É necessário inicialmente a compreensão que a doutrina do *stare decisis* não se confunde com o sistema *Common Law*, afinal, os precedentes judiciais não são características de um único sistema, pois ele transcende para outros sistemas também, como o *Civil Law*.

Portanto, não se pode confundir a doutrina com o sistema, afinal, o sistema da Common Law existiu por muito tempo sem a *stare decisis* e sem o *rule of precedent* (regra dos precedentes).

As Leis existem tanto no sistema da *Civil Law*, como no *Common Law*, contudo, o que muda entre elas é seu grau de relevância, sendo que a *Stare Decisis* tem a função de atuar ao lado da Lei e dos costumes no sistema *Common Law*, constituindo assim a fonte do direito principal neste sistema.⁷

Analisando a *stare decisis* em outros países, é válido ressaltar que nos Estados Unidos não é aplicada obrigatoriamente em todos os casos semelhantes, ou seja, os tribunais não estão vinculados às suas próprias decisões, e tem a liberdade de usar uma outra fonte e aplicar uma decisão diferente, desde que ocorra a motivação/ justificação correta.⁸

Acerca da aplicação da fonte na *Common Law*, explica Ramirez que:

A “exigência hermenêutica”, segundo Gadamer, “é justamente a de compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido.” Assim, ainda que tenha sido permeável à subjetividade dos métodos, a tradição da common law nunca cedeu à tentação de esquecer os fatos ou de escondê-los sob as conceituações jurídicas

⁷ MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios/Luiz Guilherme Marinoni. – 3. Ed.Rev. Atual. E ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁸ DAVID, René, 1906- Os grandes sistemas do direito contemporâneo/ René David; tradução: Hermínio A. Carvalho. – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

contidas nas decisões judiciais ou nas *opinions of the court*. Ao contrário, para o juiz daquele sistema decidir invocando um precedente é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e, só após compará-los, identificá-los e distingui-los, ele poderá aplicar a regra.⁹

A *Stare Decisis* não é uma fonte construída exclusivamente pelo sistema da *common Law*, como muitos pensam. Entre os séculos XVI e XVIII, muitos países reconheceram a importância do precedente como uniformização do *Jus Commune* europeu.¹⁰

ATIVISMO JUDICIAL: DIREITO OU AMEAÇA?

O ativismo judicial é caracterizado quando decisões ou atitudes são tomadas pelo poder judiciário quando alguma Lei é interpretada com intuito de preencher lacunas que não foram supridas pelo poder Legislativo.

De acordo Barroso¹¹:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Acerca ainda da interpretação do termo “ativismo judicial”, entende Valle que:

O problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.

⁹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

¹⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972, p.65.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 06.

Ou seja, o ativismo judicial seria então a participação mais intensa do poder judiciário, a ponto que interferem até mesmo no poder Legislativo e Executivo, atuando de forma que sai do âmbito delegado para o poder judiciário.

Vale ressaltar que os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo são órgãos separados, ou seja, há independência entre eles, embora exerçam controle recíproco sobre a atividade de cada um.

O fato de serem independentes, mas, terem o controle recíproco sobre as atividades de cada um é uma forma de não colocar em risco a democracia e os direitos fundamentais, garantindo assim que nenhum poder prevaleça sobre o outro.¹²

Os poderes cumprem um papel interpretativo da Constituição, afinal, em suas atuações, todos devem respeitar, e caminhar fundamentos nos parâmetros que a Constituição Federal impõe.

Com a interpretação do artigo 926 da Lei Federal nº 13.105/2015, caberá ao judiciário interpretar e decidir em caso de conflitos acerca da interpretação das normas legais e até mesmo constitucionais, cabendo criticar no presente cerne que, mesmo independentes, os poderes se complementam e devem agir em harmonia, não devendo sobressair algum, como por exemplo o judiciário.

Contudo, é válido ressaltar que desde o passado, com a cultura romana-cristã, que refletiu a criação do nosso ordenamento jurídico, afinal, tal cultura valia da lei para impor as regras a serem seguidas na sociedade, havia a necessidade da interpretação das leis, afinal, como disse Carreiro¹³:

o Direito acompanha as transformações sociais, o mesmo não ocorrendo com a lei, que não evolui. Ela, para seguir de perto a transformação de seu conteúdo, tem de ser substituída por outra, já que, realmente, é a cristalização do que está sendo, naquele momento, revestido

Ou seja, a sociedade vive em constante evolução e transformação, contudo, a lei não evolui da mesma maneira, dependendo assim que as leis existentes preencham as lacunas

¹² ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: Sociedade e Poder. In. WEFFORT, F.C. (Org.). Os clássicos da política. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006.

¹³ CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In: Introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1976. p. 222.

presentes na sociedade, desde o passado, até a atualidade, afinal, a linguagem jurídica pode trazer as lacunas para interpretação¹⁴.

Assim, se faz necessária a interpretação das leis, para melhor aplicação delas, contudo, de forma moderada, afinal, cabe ao poder Legislativo legislar, e não ao judiciário.

CONCLUSÃO

O poder judiciário não é eleito pelo povo, como os membros do Congresso Legislativo, porém, estão desempenhando através do ativismo judicial um determinado poder político, onde ganha legitimidade através da *Stare Decisis* como fonte superior a Lei, sobressaindo os outros poderes, e podendo colocar assim, em risco a legitimidade da democracia.

Contudo, de fato há muitas lacunas na nossa legislação, e como já mencionado no presente trabalho, a sociedade está em constante evolução, e cada vez mais novas necessidades surgem, sendo necessárias serem supridas, contudo, vivemos em uma sociedade com pluralidade social, tendo valores e princípios diferentes, diversas culturas crenças, classes, sexualidade e/ou gêneros, não podendo as vezes todos chegarem no “consenso comum” do que é certo ou não.

Acerca das perspectivas futuras para o *Stare Decisis* e o ativismo judicial, ambos tendem a caminharem juntos, não somente na seara cível, mas, com a aplicação do precedente superior, o poder judiciário tende a cada vez mais ter o poder de legislar, conforme sua decisão “soberana”.

Ante todo o exposto no presente estudo, o ativismo judicial não deveria ser tão recorrente, mas, apenas uma exceção à regra, afinal, ainda temos o poder Legislativo e o poder Executivo, não devendo assim atribuir sua função de legislar ao Judiciário, afinal, a lei tende a evitar omissões e até mesmo excessos estatais, devendo assim ser dosada sua aplicação pelo poder judiciário, a fim de evitar danos maiores ao que recorre a jurisdição.

¹⁴ NOJIRI, Sérgio. Fundamentação e linguagem. In: O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo : RT, 1999. p. 96.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2621>. Acesso em: 5 de abr. 2023.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** V.2. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/13ufwnEaOYt-sQ9bAXb51I5rL1ZmN5RKs/view>. Acessado em 09 de março de 2023.

Douglas, William O. “**Stare Decisis.**” *Columbia Law Review*, vol. 49, no. 6, 1949, pp. 735–58. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1119147>. Acesso em: 5 de junho de 2023.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima. **Da judicialização da vida aos precedentes judiciais obrigatórios: uma análise do impacto na efetividade dos direitos da personalidade no Brasil.** 2020. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Cesumar, . Orientador: Dirceu Pereira Siqueira.

KHUN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions.** 2. ed. Chiago: The University of Chicago, 1970.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del Derecho.** 53ª ed. **Cidade do México:** Porrúa, 2002.

NOJIRI, Sérgio. **Fundamentação e linguagem. In:** O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo : RT, 1999..

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** 2ºed. Curitiba: Juruá, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.