# SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

# SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

## Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

# A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO AMERICANO NA SÚMULA VINCULANTE.

## THE REALISM INFLUENCE IN AMERICAN LEGAL SÚMULA VINCULANTE .

**Mônica Emília Moreira [1]**

**Resumo**

A presente pesquisa tem como tema central o Realismo Jurídico Americano e sua influencia na Súmula Vinculante. Buscará, demonstrar que o instituto da Súmula Vinculante, apresenta traços da teoria realista do direito em sua concepção. Para tanto, procurou-se conceituar o realismo e suas correntes de pensamento, para buscar compreender melhor esta corrente de pensamento. Outrossim, relativo a Súmula Vinculante investigou-se sua inserção no direito brasileiro, a qual se deu, por ocorrência da Emenda Constitucional de número 45.Ao fim, se buscará demonstrar a aproximação de ambos.

**Palavras-chave:** Realismo jurídico, Súmula vinculante, stare decisis, Precedente judicial

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research is focused on the American legal realism and its influence on Binding Precedent . Seek to demonstrate that the Institute of Binding Precedent , presents traces of realistic theory of law in its design. Therefore , we tried to conceptualize the realism and its currents of thought , to seek a better understanding of this current of thought . Furthermore , concerning Binding Precedent investigated its insertion in Brazilian law , which was given by the occurrence of Constitutional Amendment number 45.Ao end, it will seek to demonstrate the approach of both.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Legal realism, Súmula vinculante, Stare decisis, Judicial precedent

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, atualmente cursa disciplina isolada Tópicos em Teoria do Método Jurídico: no programa de Pós Graduação em Direito da PUC-Minas.

## INTRODUÇÃO

A Súmula Vinculante, desde o advento da Emenda Constitucional 45, vem sendo aplicada amplamente a resolução de casos semelhantes pelo judiciário. Tem a súmula por função, no nosso direito, promover uma interpretação da lei, de caráter atemporal, relacionada a uma determinada matéria, que possa ser replicada em casos congêneres.

Nesse sentido adverte Lênio Streck possuir a súmula um caráter anti-hermenêutico, pois em sua concepção a hermenêutica é exatamente a construção que prova a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de aplicação. (STRECK, 2014).

Tem a súmula por função, no nosso direito, promover uma interpretação da lei, de caráter atemporal, relacionada a uma determinada matéria, que possa ser replicada em casos congêneres. Nesse sentido adverte Lênio Streck possuir a súmula um caráter anti-hermenêutico, pois em sua concepção a hermenêutica é exatamente a construção que prova a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses de aplicação. (STRECK, 2014).

Porém essa forma de aplicação do Direito não nasce com a Súmula Vinculante, haja vista, que forma similar é encontrada no direito norte americano sob a forma de *stare decisis*, termo este que provém do latim e quer dizer: mantenha a decisão e não perturbe o que foi decido. Seu surgimento no direito anglo-saxão se deu posteriormente ao do precedente e sua função na verdade é atribuir força vinculante ao precedente judicial revestindo o precedente de uma eficácia *erga omnes.* (NUNES, 2010).

Trabalha o *stare decisis* da distinção das decisões e sistematização das decisões, separando o que seria uma decisão *holding,* que vincula os casos futuros, do *dictum*, que eram as razões utilizadas pela corte, as quais não eram fundamentais para a solução do caso, não podendo se revestir de efeito vinculante. (STRECK, 2014).

É sabido que o direito estadunidense possui como uma de suas bases teóricas o Realismo Jurídico, despontando neste cenário como um sopro de modernidade no direito norte-americano, rejeitando assim o formalismo normativo. A partir deste momento, não mais se faria alusão aos pais fundadores da constituição para solucionar os conflitos.

Seus teóricos defendem a caráter dinâmico do direito, assim como sua criação judicial. Argumentam estar a sociedade em fluxo mais célere que o direito, devendo ser constantemente revisado. Segundo este pensamento, o direito a ser seguido não é o que

está contido em livros, *Law in books*, mas sim o direito em ação, *Law in action*. (JORGE, 2012).

Contudo, a doutrina da escola realista americana do direito pode ser resumida no conjunto de normas seguidas pela sociedade, a qual, para ela, é composta pelos juízes, e não se referem ao comportamento dos cidadãos. (JORGE, 2012). Por conseguinte, interessa aos realistas o direito efetivamente aplicado, isto é, o produto dos tribunais, e não o direito posto nos livros – o denominado direito legislado. (NOJIRI, 2005).

Para os realistas, o direito que deve ser estudado consiste na legislação aplicada ao caso concreto, a qual tenha sido interpretada pelos tribunais. Eles acreditam não estarem as normas postas aptas a guiar a vida em sociedade. Elas apenas devem inspirar os juízes na solução dos casos concretos. (NADER, 2010).

Consoante a isso, estes autores consideram que a norma não deve ser usada pelo juiz como argumentação, cabendo a ele então criar a sua própria argumentação, desenvolvendo uma atividade hermenêutica. Portanto, nesta atividade, os juízes gozam de ampla discricionariedade para formular a sua técnica interpretativa. (NOJIRI, 2005).

Em terras americanas se tornou muito comum, nas universidades, o ensino de técnicas de argumentação e raciocínio, haja vista o seu sistema jurídico baseado em casos já julgados. Diferentemente da Inglaterra, nos Estados Unidos, ao se aplicar o que já fora decidido anteriormente pelos tribunais, inova-se em relação aos Ingleses, uma vez que, na aplicação das decisões já consolidadas, os juízes podem interpretar os julgados, não se fazendo, assim, a sua aplicação em caráter obrigatório absoluto, mas com certa discricionariedade. Desenvolve-se uma atividade hermenêutica acerca de precedente em relação à sua aplicação ao caso concreto a ser decidido. (AZEVEDO, 2008).

Faz-se importante ressaltar que determinado conteúdo, o qual jamais será discutido pelos tribunais, será interessante para o direito enquanto ciência social, para o estudo universitário. Com isso, pode-se ter uma visão amplificada do direito, uma vez que não se ficará adstrito ao estudo do produto dos tribunais, algo que poderia ser considerado como uma estagnação do pensamento jurídico. (AGUILAR, 1999).

A ideia matriz do realismo norte-americano encontra-se fundada no Common Law não consiste em um conjunto de regras a respeito dos institutos jurídicos, mas de uma tradição de costumes e hábitos consolidados. O berço da Common Law é a Inglaterra, a qual não sofrera grande influência do direito romano-germânico, mantendo assim sua tradição consuetudinária. (STRECK, 2014).

O Common Law consiste em um direito caracteristicamente de origem anglo-saxônica, ou seja, um direito consuetudinário tipicamente inglês. Faz-se mister ressaltar que mesmo o Common Law tem por base os costumes consolidados em uma sociedade este sistema possui um direito legislado denominado satute law que seria o direito estatutário ou legislativo. (BOBBIO, 1995).

Afirma Streck ser o Common Law uma criação do direito processual, pois com a formação dos direitos subjetivos de maneira empírica, foram aparecendo também as questões controversas. À medida que iam surgindo, era criado um remédio para a sua solução (STRECK apud AZEVEDO, 2008). Esse sistema permaneceu sempre em vigor o qual o direito estatutário vale, enquanto não contrariar o direito consuetudinário, portanto pode-se afirmar que o Common Law funciona em certa medida, como um controle das funções do legislativo, limitando assim o poder do rei (BOBBIO, 1995).

No direito americano, assim como no inglês, as leis ou *statute law* não consistem na fonte primária do direito. Mas isso não quer dizer que os juristas desses países não consideram as regras produzidas pelo legislador, mas que eles preferem as normas que já passaram pela interpretação dos tribunais. (AZEVEDO, 2008).

Desta forma, se faz mister estudar as possíveis influências teóricas sofridas pela Súmula Vinculante, e conhecendo-o melhor poderá aperfeiçoar a sua construção e aplicabilidade em nosso sistema jurídico.

## METODOLOGIA

A fundamentação teórica da pesquisa se dará por meio de pesquisa bibliográfica, a qual buscará conceituar o Realismo Jurídico nos Estado Unido da América, trazendo ao trabalho as ideias de seus principais teóricos acerca da atividade dos tribunais e da aplicação do direito efetuada por eles.

Em relação a Súmula Vinculante se buscará o seu conceito, antecedentes históricos, sua distinção do precedente judicial, assim como a sua inserção em nosso direito decorrente do advento da emenda Constitucional n 45.

A pesquisa se dará em livros teóricos e artigos relativos às duas temáticas periféricas, Súmula Vinculante e Realismo Jurídico Americano, pois a temática central que consiste na Influência da Teoria Realista Americana na Súmula Vinculante é tema que não encontra-se devidamente tratado em nossa literatura jurídica

## RESULTADOS PARCIAIS

A presente pesquisa tem demonstrado, até o momento, a aproximação das ideias contidas na Teoria Realista Americana, com a Súmula Vinculante. Foram encontrados vários aspectos convergentes da teoria com o instituto, portanto, podemos afirmar que a investigação vem se demonstrando exitosa em relação ao que se propunha. Porém, não tem-se a intenção de esgotar o assunto neste trabalho, cabendo assim, um estudo ainda mais aprofundado da temática.

## BIBIOGRAFIA


AGUILAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. 117 p.

AZEVEDO, Marcelo Antônio Duarte. **Súmula Vinculante: o precedente como fonte do direito.** São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009. 169 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart:** um debate sobre a indeterminação do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, 92 p.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2010. 311 p.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p 31-87.

NUNES, César Aparecido. **Aprendendo filosofia.** 2. ed. São Paulo: Papirus 1987. 112 p.

STTRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isso - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2014. 125 p.