

O QUE É UM PRECEDENTE?

WHAT IS A PRECEDENT

Biano Arruda Bezerra Neto
Juiz Federal da TR/PB e da TNU
Diretor da ESMAFE/PB
Doutor pela PUC/SP

RESUMO: No presente artigo, a partir da visão do direito como linguagem, apresenta-se o conceito de precedente, confrontando-o com a ideia de jurisprudência, bem como enfatizando a necessidade de mudança de paradigma para a sua compreensão no contexto do CPC/2015.

Palavras-chave: linguagem, decisão judicial, jurisprudência, precedente, mudança de paradigma, CPC/2015.

ABSTRACT: *In the present article, from the view of law as language, the concept of precedent is presented, confronting it with the idea of jurisprudence, as well as emphasizing the need for a paradigm shift for its comprehension in the context of CPC / 2015.*

Keywords: *language, court decision, jurisprudence, precedent, paradigm shift, CPC / 2015.*

Para a construção de decisões judiciais, tão importante quanto citar “textos normativos” é a citação de julgados dos tribunais, o que é feito a partir da referência à respectiva jurisprudência.

A razão dessa importância está no fato de que, tanto quanto o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, por meio do exercício de sua função jurisdicional, acrescenta “normas jurídicas” ao ordenamento, que o integram e devem ser levadas em conta pelos julgadores em suas decisões. Há diferenças, contudo. A primeira delas está na circunstância de que, enquanto os legisladores produzem “textos normativos” a partir de “decisões políticas”, os juízes e tribunais produzem “normas jurídicas” a partir de “decisões judiciais”. E a segunda grande diferença é que todos os “textos normativos” postos pelo legislador vinculam os magistrados (art. 927 do CPC/2015), enquanto que,

no caso das “normas jurídicas” postas pelo Poder Judiciário, algumas os vinculam, outras, porém, são meramente indicativas.

Em textos anteriores, publicados aqui no CONJUR, abordei a importância da compreensão acerca da diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica”¹, enfatizando que desconhecer essa realidade implica na falta de consciência do que significa a própria ideia de decisão judicial, porque esta, em sua essência, consiste exatamente na **passagem** que os juízes fazem dos “**textos normativos**” para as “**normas jurídicas**” (norma do caso concreto), bem como da “**narrativa das partes**” para a sua “**própria narrativa**” (fatos componentes das “questões jurídicas”² que lhes são submetidas a julgamento).

No presente texto, o objetivo é diferenciar **jurisprudência** e **precedente**, o que será feito a partir do exame acerca do uso desses termos no CPC atual e no anterior, bem como responder à pergunta sobre se estamos prontos para compreender e aplicar a grande meta constante do art. 926 do Código de 2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O CPC de 1973 já utilizava os termos jurisprudência e precedente para se referir a conceitos diferentes. A palavra jurisprudência aparecia indicando um conjunto de decisões judiciais que resolvia questões jurídicas de maneira uniforme. O Código revogado, contudo, não esclarecia se essa uniformidade dizia respeito à atividade hermenêutica e à atividade argumentativa realizada para construir a decisão judicial, ou apenas ao resultado do julgado.

Houve, no CPC de 1973, a preocupação de criar um capítulo próprio para tratar da uniformização da **jurisprudência**; porém, a julgar pela tradição do direito brasileiro de criar súmulas de jurisprudência, que valorizam muito mais o resultado do julgamento, em detrimento da maneira como a decisão paradigma foi construída, é correto inferir-se que, no marco do código anterior, por jurisprudência, deve-se entender apenas a convergência do tribunal com relação ao resultado do julgamento das causas³.

1 Acerca da diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica”, consultar: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013; CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014; CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2012; GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013.

2 Sobre os conceitos de ‘ponto’, ‘questão’, ‘causa’ e ‘caso’, consultar: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

3 Acerca da hipótese apresentada, conferir o art. 7.º, VII, 11, III, 102, “caput”, art. 102, §4.º, 103, 359, IV, todos do Regimento Interno do STF, nos quais as súmulas são tratadas como o extrato fundamental da jurisprudência dominante.

A grande **dificuldade** do Poder Judiciário brasileiro em uniformizar seu entendimento a respeito da forma de se construir a decisão judicial confirma essa hipótese reducionista e limitada. Essa hipótese também é corroborada pelo próprio enunciado do art. 479, que, expressamente, afirma que a jurisprudência dominante pode ser conhecida por meio de súmulas: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”⁴ (grifei).

Por essas mesmas razões é que o termo **precedente**, já constante do art. 479 do CPC anterior, é apresentado ali de forma bastante simplista, como sinônimo de julgado, ou seja, como o resultado do julgamento de um caso. Em tais termos, segundo o citado dispositivo, precedente era tido como o “julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal”. Assim, vários precedentes comporiam a jurisprudência dos tribunais ou tribunal.

Esse tipo de noção é totalmente compatível com a cultura jurídica de sua época, que não diferenciava “texto normativo” e “norma jurídica”⁵. Para esse tipo de pensamento, o ordenamento jurídico seria composto pelo conjunto de leis produzidas apenas pelo Poder Legislativo; o trabalho do juiz seria aplicar a lei com justiça, a moral seria totalmente separada da lei, a decisão judicial seria resultado da subsunção lógica da lei aos fatos e a atividade interpretativa do juiz consistiria em descobrir o sentido dos textos normativos, através da utilização dos métodos interpretativos: lógico, gramatical, histórico, teleológico e sistemático⁶.

Em outros termos, o conceito de **jurisprudência** era reduzido ao conjunto de julgados que convergiam em torno de determinada conclusão quanto à solução de uma mesma “questão jurídica” e **precedente**, por sua vez, era apenas o julgado, em sua unidade. Não havia, assim, qualquer preocupação em descrever a atividade hermenêutica e a atividade argumentativa desenvolvidas para a passagem da “narrativa das partes” para a “narrativa do juiz”, bem como do “texto normativo” para a “norma jurídica”. Em suma: não

4 No CPC de 1973, o termo aparece outras nove vezes. Em nenhuma delas é possível encontrar elemento que permita concluir de forma diferente daquela exposta neste parágrafo: art. 120, art. 475, §3.º, art. 541, parágrafo único, art. 543-A, §3.º, art. 543-C, §2.º, art. 544, §4.º, II, “b” e “c” e art. 557 e art. 557, §1.º. Nesse mesmo sentido, consultar a Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990.

5 Sobre a diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica” no contexto da construção da decisão, consultar: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

6 Para uma crítica acerca do uso dos métodos tradicionais, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

importava, para os conceitos de precedente e jurisprudência, como a decisão judicial era construída, ou seja, como o juiz, o desembargador, o ministro ou tribunal chegavam às suas conclusões, mas apenas quais seriam essas conclusões.

Ora, se uma conclusão qualquer, impulsionada por puro voluntarismo, ou mesmo por interesses inconfessáveis, fosse repetida várias vezes, tornaria-se jurisprudência, formada por precedentes. Se ela fosse solitária e isolada, por outro lado, seria apenas uma divergência. O que interessa frisar é que estaria indene de críticas e blindada contra escrutínios por parte dos cidadãos, porque, simplesmente, a atividade interpretativa e a atividade argumentativa não importavam. Tanto é assim que bastava que fossem justificadas através de ementas de outros julgados, de súmulas, de conceitos vagos ou através de paráfrases de textos legais. Para o CPC atual, esse tipo de prática, segundo o art. 489, deveria levar à nulidade da decisão judicial.

O CPC de 2015, por sua vez, da mesma forma como já o fazia o anterior, diferencia de forma clara **precedente** e **jurisprudência**. Todavia, o sentido que lhes dá é muito mais rico e essa virada advém não da forma como esses termos são utilizados ao longo do código, especialmente nos arts. 521, IV, 978, 1.029, §1º, 1.034, §3º, I, e 1.043, §4º, mas da maneira como eles aparecem nos arts. 489, 926 e 927, justamente aqueles que trazem o grande diferencial do atual CPC na matéria, uma vez que veiculam os dois grandes cometimentos em relação aos quais a magistratura brasileira é chamada a aderir: a) o compromisso com o emprego de criteriosa atividade hermenêutica e argumentativa quando da construção da decisão judicial; b) o compromisso com a estabilidade, integridade e coerência do caminho utilizado para dar cabo do cometimento anterior.

Mas, afinal, o que é precedente? Ao contrário do CPC de 1973, o atual não o conceitua. Dessa forma, o caminho utilizado pela doutrina brasileira⁷ tem sido buscar inspiração na lição dos tratadistas de países cujo sistema jurídico opera a partir da existência de um “direito comum” (“common law”). Segundo essa tradição, o “direito comum” seria histórica e costumeiramente construído pela sociedade⁸ e suas instituições políticas. Dentre estas últimas, está o próprio Poder Judiciário, que não apenas tem a função de revelar as normas desse sistema, mas também de construí-las, a partir de suas decisões.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013; MARI-NONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: JusPodivm, 2016; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

8 Importante frisar que a “Constituição” britânica é não escrita e que a norte-americana é sintética.

É na referida tradição, portanto, que o precedente, na qualidade de decisão que revela e materializa o “direito comum”, dada sua imensa relevância, tem sido objeto de atenção e estudo. A importância que os “textos normativos” têm para a compreensão da ideia de ordenamento jurídico, bem como para a construção das decisões judiciais, em nossa tradição, o precedente tem para a o sistema da “common law”, e o seu conceito, como o das “normas jurídicas”, somente pode ser entendido a partir da reflexão sobre como o juiz efetua a passagem do “texto normativo” para a “norma jurídica”. Para esse sistema jurídico, essa noção está nos conceitos de “**ratio decidendi**” e “**holding**”. Vamos a eles, então.

Para Frederick Schauer⁹, da Universidade da Virgínia, a *ratio decidendi*, que em bom português pode ser traduzida “como o fundamento ou os fundamentos da decisão”, ao lado do “holding”¹⁰, que, segundo o “Black’s Law Dictionary”, significa declarar as conclusões da corte a respeito da incidência da lei sobre determinado fato¹¹, são os fatores que permitem identificar e qualificar como precedente determinada decisão judicial. Em outras palavras, uma decisão judicial é identificada pelos fundamentos utilizados para a resolução das questões postas, bem como pelas suas conclusões, e **não apenas destas**. Dessa forma, precedente não é um tipo de decisão judicial, mas uma **qualidade** do julgado, que é construído pelo julgador de forma a possibilitar o conhecimento acerca dos aspectos hermenêuticos e argumentativos determinantes para a conclusão a que nela se chegou.

Ainda segundo ele, muita tinta já foi gasta na tentativa de definir esse conceito de “ratio decidendi”, podendo-se citar pelos menos três grandes correntes acerca do tema¹²: a) para a primeira corrente, a “ratio decidendi”

9 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.36-53.

10 Schauer adverte que os conceitos de “ratio decidendi” e “holding” são apenas similares, porém não idênticos, e que este é mais utilizado na prática jurídica dos Estados Unidos, enquanto aquele no Reino Unido: “Much of the foregoing discussion connects with the traditional distinction between the holding of a case (roughly, but only roughly, equivalent to what in Great Britain is called the ratio decidendi) and the dicta that a court may also offer in the process of issuing an opinion. According to the traditional distinction, the holding of a case consists of what is necessary to support the result in that case.” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.180).

11 “To adjudge or decide, spoken of a court, particularly to declare the conclusion of law reached by the court as to the legal effect of the facts disclosed.” (BLACK, Henri Campbell. **Black’s Law Dictionary**. Saint Paul: West Publishing, 1968, p.864).

12 “Much theoretical ink has been spilled over the question of just how one determines the rationale of some potential precedent case, with some theorists arguing that it is a matter of connecting the facts as found by the court with the outcome, others saying that it must be the connection of *material* facts with outcome and still others believing that it is a matter of actually extracting the argument from the opinion of the first decision (Goodhart 1930; Goodhart 1959; Montrose 1957; Schauer 1991, p.181-87; Simpson 1958).” (Precedent. In: MARMOR, Andrei (Editor). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012, p.129).

é um problema de como os juízes e tribunais identificam os fatos discutidos na causa e os conectam com o resultado do julgamento; b) para a segunda, a “ratio decidendi” é um problema de como os juízes e tribunais identificam na norma os fatos juridicizados e os conectam com o resultado do julgamento; c) para a terceira, a “ratio decidendi” envolve, sim, o problema de saber como os juízes e tribunais interpretam e identificam os fatos juridicizados pela norma e os conectam com o resultado, mas a questão não é essa, mas extrair quais os argumentos eles utilizaram para justificar essa operação, pois são eles os elementos tangíveis para se identificar a razão de decidir.

A chave para encontrar a resposta acerca dos argumentos utilizados, prossegue o autor norte-americano, está em, primeiramente, identificar por quais razões a lei ou outra fonte normativa, torna relevantes determinados fatos, ou seja, está em identificar os fatos juridicizados pela norma. Em seguida, o esforço reside em compreender como a decisão judicial, no caso o precedente, identificou e descreveu os fatos relevantes da demanda, bem assim que razões utilizou para, conectando-os com a lei ou outras fontes normativas, chegar às conclusões acerca da resolução do caso¹³.

Em tais termos, quando uma decisão judicial é construída mediante a exposição desses elementos, ela pode ser considerada verdadeiramente um **precedente**, o qual se apresenta como guia obrigatório para as cortes inferiores, no caso da imposição de observância vertical imposta pelo sistema jurídico, ou como guia sugestivo para as cortes de mesma hierarquia, quando a observância horizontal do precedente não seja imposta.

Nesse último caso, o **precedente** é identificado como “stare decisis”¹⁴, expressão latina que pode ser traduzida para o português como “apoio ao já

13 Na lição de Neil MacCormick, a maior autoridade inglesa sobre precedentes é Rupert Cross, para quem “o fundamento da decisão de um caso é qualquer norma do direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para chegar à conclusão, relacionada à linha de raciocínio adotada por ele.” Em seguida, MacCormick oferece sua lição: “o fundamento da decisão é a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz que seja suficiente para determinar um ponto do direito posto em questão pelos argumentos das partes num caso, sendo ele um ponto a respeito do qual uma deliberação era necessária para sua justificação (ou uma de suas justificações alternativas) da decisão no caso. (Aqui é preciso que se repita a advertência de que, de acordo com essa perspectiva, nem todos os casos – mesmo casos que ‘firmam jurisprudência’ – possuem um único fundamento da decisão)”. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.281).

14 “As regras do ‘stare decisis’ e a natureza vinculante do precedente são conceitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos. ‘Stare decisis’ é um termo (sic) latino que tecnicamente significa ‘deixe como está’; o sujeito oculto da sentença é o precedente ou casos decididos anteriormente. Constitui também a tendência de uma Corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares. Deste modo, os casos decididos anteriormente formam um conjunto de precedentes que vinculam as cortes em decisões subsequentes. Elas tendem a seguir a corrente adotada em casos anteriores, mesmo que não alcancem o mesmo resultado previsto em um primeiro momento.” (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.76).

decidido”, ou “respeito ao já decidido”, no sentido de que o juiz ou o tribunal, mesmo que não seja obrigado a tanto, ao julgar caso idêntico ao já julgado pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal de mesma hierarquia, reconhece na sentença ou no acórdão passado a existência de bons motivos para julgar o caso presente mediante: (I) a consideração dos mesmos fatos juridicizados, (II) o alcance das mesmas conclusões e, sobretudo, (III) a partir da utilização das mesmas razões para vincular os fatos tidos como relevantes (ou juridicizados pela norma) às conclusões a que chegou.

Por fim, Schauer diz que, à primeira vista, seguir um precedente obrigatoriamente, apenas porque veio de uma corte superior ou apenas porque se trata de uma decisão proferida anteriormente parece **irracional**. Todavia, quando se considera a estabilidade do sistema jurídico, o respeito ao quanto já decidido antes confere relevância à atitude que prega o “stare decisis et non quieta movere”, sempre ressalvada a possibilidade de revisão (*overruling*¹⁵), nos casos em que isso for admitido a cortes inferiores ou de mesma hierarquia. Todavia, conclui, se o que se chamar de precedente não puder ser identificado por meio da “ratio decidendi”, do “holding” ou de suas conclusões, **falar de precedente não passa de uma grande ilusão**.

Essa advertência é bastante válida para a realidade brasileira, uma vez que, como visto, apesar dos diversos mecanismos e técnicas processuais para a identificação e uniformização das decisões judiciais, o resultado esperado sempre foi muito aquém do necessário para alcançar tais objetivos.

No Brasil, estamos em pleno processo de **transição** entre a cultura do antigo e do novo CPC. Ainda continuamos valorizando a ideia de precedente como uma unidade de jurisprudência, sendo esta apenas o conjunto das decisões de um tribunal convergentes em torno de determinada conclusão, sem qualquer preocupação quanto à compreensão como as decisões foram efetivamente construídas, isto é: como o juiz efetuou a passagem do “texto normativo” para a “norma jurídica”, bem assim a passagem da “narrativa das partes” para a sua própria “narrativa”.

Esse tipo de pensamento nunca permitirá o cumprimento das metas do art. 926 do CPC, nem tampouco permitirá aos cidadãos o controle das decisões do Poder Judiciário, instância de poder cada vez mais relevante para a criação

15 O termo “overruling” significa o ato de sobrepor uma decisão. Toni M. Fine, após reforçar que a tradição formada em torno da ideia do ‘stare decisis’ é consolidada nos Estados Unidos, porém não tem caráter absoluto, cita esclarecedora declaração da Suprema Corte do seu país, proferida por ocasião do julgamento do caso “Ring v. Arizona”: “A doutrina do ‘stare decisis’ é de fundamental importância para a ‘legalidade material’ (‘rule of law’), (mas) nossos precedentes não são sacrossantos. Já sobrepujamos decisões anteriores nas quais a necessidade e a propriedade de fazê-lo foram definidas”. (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.84).

de “normas jurídicas” integrantes do conjunto que chamamos ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

BLACK, Henri Campbell. **Black's Law Dictionary**. Saint Paul: West Publishing, 1968.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: JusPodivm, 2016.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015.

MARMOR, Andrei (Editor). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.