

O SINCRETISMO DO CIVIL LAW E COMMON LAW PELO USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO BRASIL¹

Maria Oderlânia Torquato Leite²

Gustavo Raposo Pereira Feitosa³

Resumo: O objetivo do artigo consiste em analisar os processos de convergência e aproximação entre os sistemas de direito do *Civil Law* e do *Common Law*, a fim de analisar as influências e aplicações dos precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro. O estudo envolveu uma pesquisa de caráter bibliográfico, legislativo e documental. A investigação permitiu verificar que a classificação do direito dos países a partir da sua ligação com as grandes famílias de direito perde força na medida em que as aceleradas transformações sociais e econômicas produzem a incorporação livre de elementos de outras tradições e um sincretismos de formas jurídicas. Sobressaem nos países vinculados ao sistema jurídico de tradição romano-germânica a incorporação incisiva do precedente judicial vinculante ao seu catálogo de fontes ao tempo que nos países originários do sistema do *Common Law* se fortalece o *statute law*. Estes proces-

¹ Artigo originalmente publicado, com pequenas modificações, pelo XXII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

² Mestre em Direito pela UFC. Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri – URCA. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza. Bolsista da FUNCAP. E-mail : oderlania@yahoo.com.br

³ Advogado. Doutor pela Unicamp. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Fortaleza; Professor da Universidade Federal do Ceará; Editor do periódico Pensar- Revista de Ciências Jurídicas. Líder do Grupo Direito e Relações Internacionais, Segurança e Reforma do Estado. E-mail: gfeitosa@terra.com.br

sos repercutem no Brasil e produzem efeitos importantes, especialmente pela adoção de elementos dos chamados precedentes judiciais vinculantes dentro de um contexto de fortalecimento do poder das cortes e de alteração da dinâmica da interpretação legal e constitucional.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil; Civil Law; Common Law; Precedente Vinculante; Sincretismo;

THE SYNCRETISM OF CIVIL LAW AND COMMON LAW BY USING OF LEGAL BINDING IN BRAZIL PRECEDENTS

Abstract: The scope of present article is to demonstrate that the right systems, not to reveal tight, are subject to a long and endless process of transformation, with notions that no longer hold the absolute power that showed the moment of conception, the article provides a sincretismo process, where these systems taper, without, however, to realize their real differences. One of the most significant changes to the legal system of the Roman-Germanic tradition had to face during the last decades has been the incorporation incisive judicial precedent binding to its catalog of sources. This article only nature essayist, seeks to highlight some assumptions of the study of the two great systems - Common Law and Civil Law - as well as studying the way in which the use of binding precedent was being incorporated to the brazilian processualism which generated the already said, syncretism of systems with fading of traditional distinctions railways and especially a new mode of application and justification of the right to contribute to the judicial activity.

Keywords: Procedural Law Civil; Civil Law; Common Law; Binding Precedent; syncretism.

INTRODUÇÃO:



Direito tem agrupado os diversos ordenamentos jurídicos em grandes conjuntos, que a prática tem denominado de “famílias de direitos” ou “sistemas de direito”. O critério para tal agrupamento tem variado, segundo podem variar as concepções dos autores, em razão das classificações que adotam. A adotada por René Davi⁴, que é a por nós adotada, no presente artigo, é a que reuni os subsistemas de direitos, nos seguintes sistemas ou famílias: o sistema romano-germânico, que os autores ingleses e norte-americanos denominam "civil law", família essa na qual se encontra o Direito brasileiro; o sistema do "Common-Law", que, engloba "o sistema inglês", o "britânico" e o "anglo-saxão", o sistema dos direitos socialistas, e outras concepções da ordem social e do direito.

De tal classificação, no presente ensaio, interessa-nos estudar, pelos limites deste trabalho e dada as peculiaridades de cada sistema de direito, o sistema romano-germânico conhecido como *Civil Law* sistema este adotado no Brasil e o sistema anglo-saxão, o *Common-Law*, adotado na Inglaterra, nos Estados Unidos.

Com efeito, por conta do intenso processo de transformação pelo qual passa o Judiciário brasileiro, acompanhado de uma explosão de litigiosidade, judicialização da política, reforma do Estado, insegurança jurídica, dentre outros, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação .

A interpretação e a aplicação do Direito processual não

⁴ Dentre os vários autores que pesquisaram detidamente sobre ambas as famílias jurídicas, destacam-se, p. ex.: GUSTAV RADBRUCH – *Lo spirito del diritto inglese* -, RENÉ DAVID - *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Direito Comparado – UGO MATEI - *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America* e MAURO CAPELLETTI – *Il Processo civile italiano nel quadro della contraposizione ‘civil law’ – ‘common law’* .

podem prescindir destas transformações. Verifica-se o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação de textos normativos, determinando a norma geral que deles deve ser extraída (*a ratio decidendi*) e que deve ser aplicada a casos semelhantes, o conhecido precedente judicial vinculante. Esse último aspecto é o que interessa a este ensaio, que cuida de estudar esta mudança na processualística brasileira atual, ou seja, a clara utilização pelo *civil law* das regras de sistematização do *common law*.

Nos tópicos iniciais pretendemos estudar os dois grandes sistemas perpassando pelo inevitável estudo do processo histórico de formação e de suas fontes com a análise dos elementos que lhes são mais específicos, que lhes dão forma, lhes contrastam ou lhes aproximam, como uma maneira de fixar as premissas necessárias para o desenvolvimento do tema proposto. Em seguida, o tema é colocado dentro do atual paradigma processual que reconhece a utilização do precedente judicial vinculante como o instrumento que serviu de mudança na atividade jurisdicional dos países do *civil law*, para tanto estudamos a doutrina do *stare decisis* e finalizamos, trazendo a análise do sincretismo existente entre os dois sistemas.

1 O CIVIL LAW E O COMMON LAW: OS DOIS SISTEMAS DE JURISDIÇÃO EM UM BREVE RESGATE HISTÓRICO

Uma visão panorâmica dos clássicos sistemas do direito do *common law* e do *civil law*, faz-se necessário. Esses sistemas se encontram submergidos num incessante processo de convergência mútua, fruto da busca do homem e da sociedade por um sistema sócio-jurídico mais seguro, eficiente, célere e,

ao fim, justo.

Evidentemente que, neste espaço abreviado, não será possível descer às minúcias da história dos dois sistemas, de sorte que será preciso limitar-se aos aspectos principais.

1.1 O CIVIL LAW E A CENTRALIZAÇÃO JURÍDICA NA EUROPA

Nos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e em praticamente todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência destes – como os países da América Latina⁵ –, predominam sistemas jurídicos com características comuns e agrupados em torno do grande modelo chamado de *civil law*.

O *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, deriva do direito romano⁶ mas com este não deve ser confundido. Além do Direito Romano, o Direito Canônico influenciou o sistema legal Romano-Germânico, não só na Europa, como também naqueles países aos quais a Igreja Católica enviou representantes e princípios de catequização.⁷ Referido

⁵ Atualmente, fazem parte da família do sistema Romano-Germânico os seguintes países: 1) Na Europa – França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Itália, Espanha, Portugal, Suíça, Áustria e, na fronteira austríaca, Turquia; 2) No Norte da África – quase todos os países, incluindo Marrocos, Tunísia e Egito; 3) Na África do Sul – todas as ex-colônias francesas, belgas e portuguesas, incluindo Zaire, Angola e Moçambique; 4) No Oriente Médio – a Síria e a Jordânia; 5) A América Latina inteira, desde o México até a Argentina; 6) Nos Estados Unidos – os Estados da Louisiana; 7) No Canadá – a província de Quebec; 8) No Pacífico – Japão, Indonésia e Filipinas. (VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007.)

⁶ Entende-se Direito Romano para os fins do presente estudo todo o ensinamento jurídico e o conjunto de regras que se formou posteriormente ao fim do governo republicano da Roma antiga, a partir do século II a. C até 530 d.C.

⁷ Em que pese o sistema de tradição do *civil law* – também conhecido como romano-germânico – ter ligação com o direito da antiga Roma sua evolução também o distancia dele, até porque muitas de suas características derivam de fontes diversas do direito romano, como o direito canônico, o direito comercial, as revoluções e a ciência do edireito. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâ-*

conhecimento jurídico era proveniente, de basicamente, duas fontes: as institutas, escritas por Gaius, no século II d.C., e as compilações feitas pelo imperador Justiniano, no século VI d.C.⁸

As origens do *Civil Law* remontam ao século XII. René Davi⁹ sublinha que “até esta época existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar de sistema, e talvez mesmo de direito”. É no século XIII que aparece verdadeiramente o chamado “domínio da doutrina”, que irá perdurar por cerca de cinco séculos, até o advento das correntes do Direito Natural¹⁰.

Do século XII até o século XVII, as Universidades Europeias passaram a estudar o direito romano como um direito que exprime a justiça, por outro lado, nem o direito local nem a prática do direito eram estudados nesse período. Interessante registrar que nesta época, não foi só o direito romano que foi estudado nas universidades, aos poucos foi-se introduzindo uma pluralidade de fontes que mesclavam o direito costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glosas e os comentários, formando o *ius commune*.

A aparição do sistema do *Civil Law* tem sua origem não em uma unidade política, mas em uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: este é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar¹¹. E René David¹² complementa:

neo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25.

⁸ WATKIN, Thomas Glyn. *An Historical Introduction to Modern Civil Law*. 1ª ed. Aldershot: Ashgate Publishing, 1999, p. 10.

⁹ Op. Cit. pág. 27 a 29.

¹⁰ DAVID, René. Op. Cit. pág. 31. Do Ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e os comentadores. É nessa época em que nasce a preocupação de que é por meio do direito que se pode assegurar a segurança necessária ao progresso das cidades e do comércio. Além disso, passa-se a diferenciar o direito da religião, criando-se, inclusive, o direito canônico nesta época.

¹¹ DAVID, René. Op. Cit. pág. 42.

A eclosão do sistema romano-germânico, que se produz nos séculos XII e XIII, de modo algum é devida à afirmação de um poder político ou à centralização operada por uma autoridade soberana. O sistema romano-germânico diferencia-se por isto do direito inglês, em que o desenvolvimento da common law está ligado ao progresso do poder real à existência de tribunais reais fortemente centralizados. No continente europeu não se observa nada disto. O sistema de direito romano-germânico vai, pelo contrário, afirmar-se, nos séculos XII e XIII, numa época em que não só a Europa não constitui uma unidade política, mas em que a própria ideia de que ela poderia ser diferente acaba por parecer quimérica: numa época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do império não bastarão para reconstruir, num plano político, a unidade do Império Romano.

Foi no final do século XIV que houve uma verdadeira deturpação do direito romano pelo canônico com a inclusão do método escolástico, por meio de uma filtragem completa de cunho interpretativo. Essa perspectiva se fixava na ideia de criação de um direito natural, que não guardava ainda relação alguma com a pretensão de criação de um direito positivo. Uma escola de Direito Natural acabou triunfando nas Universidades nos séculos XVII e XVIII e afastou definitivamente o método escolástico e elevou a importância da sistematização do direito.

Muito da organização social do Império Romano e com ela a faceta jurídica de um sistema de vida restou, de certo modo, esquecida. Não obstante, remanesceram importantes fontes documentais do direito romano como as compilações de Justiniano: o Código, o Digesto e as Institutas, que datam de 529 a 574. O passo seguinte para a formação do direito do *Civil Law* ocorreu com a passagem da administração da justiça para Juízes com formação universitária. A aplicação do direito passou a demandar um conhecimento teórico aprofundado cuja fonte encontrava-se na Universidade. Nesse contexto, verifica-se

¹² DAVID, René. Op. Cit. pág. 41.

uma supervalorização do direito enquanto regra geral, em detrimento da equidade e da conciliação. A simbiose entre o direito universitário e a prática administrativa finalmente ocorre quando a Escola do Direito Natural, por um lado rejeita a vontade insuperável do soberano como obstáculo para a imposição da lei, e por outro, reconhece para o mesmo líder político o direito de legislar. O produto final desta simbiose é o movimento de codificação, que acaba eclodindo com Napoleão, na França.

A era dos descobrimentos, as colonizações, e mesmo a imposição cultural e econômica do ocidente, determinou a expansão do sistema romano-germânico para os países da América Latina, Japão, Indonésia, África e Oriente Próximo. Evidentemente, que isso não significa que as regras legais sejam semelhantes, posto que a técnica de codificação e a dispersão do sistema tornaram muito difícil identificar uma unidade legal para o sistema.¹³

As revoluções americana e francesa, bem como os movimentos de independência na América Latina influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual, marcada por amplo debate e novas ideias acerca da humanidade, sociedade, economia e estado. Essa evolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras de direito processual.¹⁴

Destaque-se que na Europa Continental houve uma revolução com a negação e o rompimento com a antiga ordem le-

¹³ Aliás, segundo René David, parte da doutrina culpa as codificações pelo rompimento da unidade do direito Europeu. Porém, o mesmo autor, em outra passagem discorda dessa assertiva, asseverando que na verdade o que a codificação provocou foi a união e fortificação do direito europeu. (Op.Cit. p. 53)

¹⁴ MERRYMEN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latine American*. 3ª ed. Stanford University Press, California, 2007.

gal. O *jus commune* e o direito canônico perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte de direito. Ou seja, implementou-se no *Civil Law* um direito unificado que substituiu o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto legislativo “completo” e de valor geral.

Como parte desses processos, assistiu-se ao avanço dos projetos de codificação. Buscava-se, mediante a criação de novos códigos, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente com a criação de instrumentos normativos aparentemente simples, claros, sistemáticos e racionais. O direito deveria ser também conhecido por todos, e a codificação faria esse papel. Não obstante, apesar das boas intenções, prevaleceram na idealização dos códigos as propostas mais tradicionais, inspirados, em grande medida, nas instituições jurídicas vigentes e na visão dos estudiosos e dos intérpretes especializados do direito.¹⁵

1.1.1 FONTES DO DIREITO NO *CIVIL LAW*

A mais marcante característica do *Civil Law* consiste no posicionamento da lei como fonte primária do direito. A estas normas atribuem-se a vantagem de simplificar o conhecimento sobre o direito, além de torná-lo menos fragmentado e mais sistemático. Entretanto, seus caracteres de generalidade e de abstração não impedem que seu significado final dependa da maneira como as leis são aplicadas pelos juízes.

Os países que compõem a família do sistema Romano-Germânico são também conhecidos como “países do direito escrito”. Essa denominação refere-se, particularmente, à lei escrita que é, em todos esses países, a fonte primária de direito, instrumento básico para expressá-lo, primeiro objeto a ser pes-

¹⁵ CHEVVALIER, Jaques. Op. Cit., pág. 174; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

quisado na busca do seu conhecimento.¹⁶

A organização das leis em tais países tem como característica comum e principal a presença de uma norma constitucional ou de várias leis de alçada constitucional, abaixo das quais se pode estruturar uma série de outras normas de hierarquia inferior. Distinguem-se, contudo, no que respeita ao grau de rigidez da(s) norma(s) constitucional(is), impondo, eventualmente, um processo legislativo mais formal e complexo para que se proceda a eventual alteração na Lei Maior.

Nada obstante a prevalência do direito legislado, nos países da família do *civil law* observa-se que outros mecanismos também funcionam como fontes do direito, muito embora em menor medida. Por óbvio, o Direito legislado não tem condições de esgotar todas as situações que demandam a intervenção do sistema jurídico, não sendo possível pois, exigir-se dos operadores do Direito a sua total submissão às leis.¹⁷ São tidas como fontes secundárias do direito no *civil law* os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais do direito e a doutrina.

1.2 O *COMMON LAW* :A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL INGLÊS

O Common Law prevalece como grande sistema de direito na Inglaterra, nos Estados Unidos da América (com exceção do Estado da Louisiana), no Canadá (com exceção do Estado da província do Quebec), na Austrália, na Índia e em outros países que participam da coroa britânica.

O *Common Law* nasceu nas Cortes Inglesas. Entre os séculos X e XI a Inglaterra estava dividida em inúmeros distritos administrativos e povoada por um sem número de castelos militares de defesa das terras, sendo que nesses distritos territoriais funcionavam cortes judiciais (as *Hundred Courts* e as *Cou-*

¹⁶ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 63.

¹⁷ VIEIRA, Andreia Costa. Op. Cit. pág. 63.

nty Courts) compostas por servidores não profissionais que administravam a justiça de acordo com os costumes locais. Paralelamente, impondo-se às vezes como concorrente e às vezes como prevalente, existiam as jurisdições senhoriais, que atuavam principalmente em questões fundiárias. Aplicava-se naquele período o direito dos povos germânicos (anglos e saxões), direito esse, denominado por Cavanna de “*direito popular anglo-saxão*.”¹⁸

O Império Romano dominou a região hoje conhecida como Inglaterra por três ou quatro séculos da era cristã. O período que se iniciou com a chegada dos normandos à Inglaterra, em 1066, foi fundamental na formação do *common law*. Neste ano, exército da região da Normandia (norte da França) conquistou a Inglaterra. Deu-se então a separação entre Estado e Igreja e o rei consolidou-se como supremo senhor, proprietário imediato das terras feudais inglesas. Embora o direito anglo-saxônico tenha sido mantido por Guilherme, o Conquistador, o domínio normando significou na Inglaterra o estabelecimento de um poder forte, centralizado, carregado de uma maior experiência administrativa.

Inicialmente o Rei exercia apenas a “alta justiça”. A maioria dos litígios seguia para a jurisdições antes mencionadas e os Tribunais Reais não estavam aptos a administrar a justiça, mesmo em grau de recurso¹⁹. Aos poucos, no entanto, conformou-se a organização e a competência dos Tribunais no sistema inglês com a constituição das *County courts* ou *Hundred courts*, que aplicavam os costumes locais; com as jurisdições senhoriais, por meio da *Courts of Baron*, *Court Leet* e *Manori-*

¹⁸ CAVANNA. *Storia del diritto moderno in Europa*. p. 491 e 492.

¹⁹ DAVID, René. Op. Cit., pág. 360. Três tribunais diferentes conheciam respectivamente das três categorias de causas que eram submetidas à sua intervenção: Tribunal de Apelação. (*Exchequer*), para questões relacionadas com as finanças reais; Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleads*), para questões de propriedade imobiliária e a posse de imóveis; e o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), para as graves questões criminais que se relacionassem com a paz do reino.

al Courts; e com os Tribunais de Westminster ou Tribunais Reais de Justiça (*Exchequer, Common Pleas e King's Bench*)²⁰.

Em 1187, a edição do livro Glanvill marcou o início do *common law* e estabeleceu os princípios de sua literatura²¹. Após Glanvill, Bracton – juiz e religioso, trouxe grandes contribuições à arte de escrever sobre a *common law*. Como juiz, Bracton dispunha de acesso aos casos julgados nas cortes, descrevia-os e fazia comentários.²²

Ao tempo do reinado de Edward I de 1272 a 1307 já existia o hábito da citação, pelas partes do processo, de casos antigos, com o fim de exemplificar seus direitos, sem que essa citação tivesse caráter vinculante. Em razão da extrema dificuldade de acesso aos rolos das Cortes (“Rolos de Direito das Cortes do Rei”), circulavam relatórios das discussões ali travadas, de sorte que o método utilizado por Bracton acabou por influenciar a escrituração dos chamados “Livros do Ano” (que não se confundem com os “Relatórios de Casos” – *Law Reports*), que nada mais eram que comentários de “petições orais” endereçadas às Cortes durante o reinado de Edward I.

O *common law* passou a contar com regras procedimentais, bem como remédios preestabelecidos, entretanto aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões podiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão, uma espécie de perdão realizado pelo monarca. Ainda paralelamente ao *Common Law* também se desenvolveu no direito inglês um conjunto de regras jurídicas chamadas *equity*. Por volta do século XIV, para aqueles que não tinham acesso às cortes de Justiça porque eram

²⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 31.

²¹ Glanvill inovou com o método de escrever os princípios jurídicos na forma de comentários sobre os diferentes documentos legais que existiam. Assim, é que, separado em Livros(Livro I, livro II, etc.)Glanvill estabelece modelos de documentos e petições a serem seguidos.

²² VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit., 111.

muito pobres, para custear as despesas processuais, criou-se esse sistema paralelo de julgamento. Os “injustiçados” dirigiam-se diretamente ao rei e eram julgados pelo Lorde secretário do Rei – o *Lord Chancellor*.²³

Sobre o assunto, Guido Fernando²⁴ ainda traz a seguinte observação:

A frequência de tais procedimentos excepcionais, sempre concedidos quando não houvesse um *writ* da *Common Law*, fez com que se firmasse a prática de uma verdadeira justiça paralela às *Courts of Westminster*, com uma linguagem própria, seus precedentes próprios, e que acabariam por constituir um corpo de decisões judiciais elaboradas pelos tribunais do Chanceler: as *Courts of Chancery*. Estas, aos poucos, acabaram por rivalizar-se com as *Courts of Westminster*, e, ao lado da *common law*, aos poucos foi-se firmando uma jurisprudência paralela, cujo conjunto passou a ser denominado: *Equity*.

Esse contexto justifica a estrutura dualista do direito inglês, que ao lado das regras do *Common Law*, criadas pelos Tribunais Reais de Westminster (ou Tribunais de *Common Law*) também apresentam soluções de *Equity*, que vieram melhorar, aperfeiçoar e completar o *Common Law*.

Os dois sistemas foram unificados pelo *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve, na verdade uma fusão procedimental, mas não substantiva do *common law* em sentido estrito e da *equity*, ou seja, apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Dessa forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras do *Common Law* ou da *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos²⁵.

1.2.1 Fontes do direito no *Common Law*

O *Common Law*, assim como o *Civil Law*, possuem fontes primárias e fontes secundárias. A jurisprudência para o sis-

²³ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. pág. 37.

²⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. págs. 32 a 37.

²⁵ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 174.

tema do *common law* é a fonte primária por excelência. A jurisprudência que vincula, recebe o nome, no *common law* de precedentes obrigatórios ou precedentes vinculantes, ou ainda, *doctrine of stare decisis*.

Como fonte primária do direito, os precedentes obrigatórios vinculam as decisões posteriores. Assim, muitos casos julgados tornam-se *leading cases*, pois, além de tornarem-se precedentes, pelo excelente nível de explicação, arrazoamento ou interpretação jurídica, constituem a primeira de todas as fontes de pesquisa do assunto em pauta e são, por isso, esquadrinhados nas faculdades de direito e nas cortes de justiça que os utilizam como precedentes. É interessante fazer constar que um princípio consagrado aos países do *civil law* – o da motivação das decisões – não precisa ser observado pelos juízes do *Common Law*.

A lei – chamada em inglês *statute law*– apenas desempenhava, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência. Contudo, a situação está, nos dias atuais, modificada em larga medida, pois a função da lei aproxima-se rapidamente daquela desempenham no continente europeu, embora na tradição do direito inglês se verifique uma oposição à aceitação da obra do legislador como equivalente aos códigos e leis daquele continente.

Ao lado da jurisprudência e da lei, o costume pode ser considerado a terceira fonte do direito, mas com papel bastante secundário se comparado às outras duas. A razão e a doutrina no *common law* exercem papel bem menor.

1.3 O *COMMON LAW* DOS ESTADOS UNIDOS

Filiada à família do direito anglo-saxão, a formação jurídica dos Estados Unidos da América, como se sabe, tem íntima relação com o direito Inglês, tendo em vista a colonização pre-

dominantemente inglesa. Porém como ex-colônia da Inglaterra, os Estados Unidos herdaram o sistema legal do *Common Law*, com fortes raízes no Direito dos Casos e Precedentes e também com aplicação do Direito dos Estatutos.

Andréia Costa Vieira²⁶ assegura que: “apesar da origem inglesa do Direito Americano, este se desenvolveu num *common law* com peculiaridades bastante distintas do Direito Inglês. O *common law* norte-americano tornou-se codificado desde os tempos coloniais e, nesse aspecto, assemelha-se muito ao sistema legal da *civil law*.”

Já nas primeiras colônias inglesas na América, ainda no século XVI, pôde-se constatar a importação do sistema do *common law*, trazido pelos súditos ingleses aos novos territórios. Isso não quer dizer que o regime transportado para a América tenha sido implantado sem maiores atritos. Houve uma resistência inicial em reconhecer o *common law* como sistema de direito, até porque parte dos problemas enfrentados nesse novo espaço geográfico não possuía paralelo no território inglês.

René David conclui que:

[...] na família do *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular, mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-se dos direitos da família romano germânica, pelos quais se deixou seduzir um determinado momento da sua história.²⁷

As alterações que sofreu o *common law* na Inglaterra não foram absorvidas pelos Estados Unidos. Apenas no século XVII o *common law* dos Estados Unidos evoluiu, acompanhando a transformação da economia e na sociedade. Tal evo-

²⁶ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 191 ainda complementa: entende-se o termo usado codificado aqui usado como sendo um conjunto de normas jurídicas reduzidas a escrito. Não se trata do termo “codificado” do direito positivo contemporâneo.

²⁷ DAVID, René. Op. Cit. pág.

lução se deu complementada com os ideais da independência dos Estados Unidos no ano de 1776, seguida da promulgação da Constituição em 1787 e do Bill of Rights de 1791.

Com efeito, o conflito estabelecido quanto aos ideais do sistema romano, e ainda, a preocupação com a repartição do poder, contribuíram para conferir contornos muito próprios ao sistema jurídico dos Estados Unidos, levando-o a adotar uma Constituição escrita, abstrata, geral e rígida, portanto, uma lei, no estilo romano-germânico.

A partir de elementos diferenciadores do modelo inglês, em que, como já se viu, vigorava a absoluta supremacia do Parlamento²⁸, os norte-americanos criaram um dos modelos de constitucionalismo mais destacados da atualidade, com o qual nasceram as ideias de supremacia da constituição e de controle judicial da constitucionalidade das normas. Tais concepções integram hoje o núcleo do *rule of law* norte-americano, conferindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos a posição de grande árbitro do sistema.

A experiência do sistema adotado nos Estados Unidos é importante na medida em que compatibiliza a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do direito comum à tradição do *common law*.

2 O EFEITO VINCULANTE: MUDANÇAS NA CONCEPÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A judicialização dos conflitos não apenas de natureza individual, mas também de ordem coletiva, expõem a insuficiên-

²⁸ Schwartz observa que a maior diferença entre o *common law* americano e o inglês não corresponde propriamente à concepção de uma constituição escrita, mas sim à rejeição do princípio da supremacia do parlamento. Este princípio é inconsistente com a repartição de poderes previstas na Constituição americana e, por conseguinte, com o federalismo e com o *judicial review*. (SCHWARTZ, Bernard. Apud MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pág. 35)

cia do aparato judicial para solucionar todas as crises inerentes à uma organização em sociedade. A estrutura de exercício da atividade jurisdicional já se revelou insuficiente à resolução tempestiva, adequada e justa dos infinitos conflitos sociais que surgem diariamente e que, por não ser possível solucioná-los de maneira autocompositiva, deságuam no Judiciário. Ante este quadro chega-se a ser um paradoxo o fato de que boa parte dos jurisdicionados não depositarem confiança no Judiciário e, ao mesmo tempo, opta pela resolução dos seus problemas por essa via.

Por conta desta explosão da litigiosidade entre outros termos e conceitos crescem os estudos e debates acerca da atividade jurisdicional. A complexidade dos problemas e a diversidade de olhares sobre este fenômeno acaba por levar a concepções bastante diversas sobre os rumos necessários à reconfiguração das instituições judiciais brasileiras.

Ante este cenário sobressai o crescente fortalecimento da eficácia vinculante no ordenamento jurídico brasileiro que é fruto de modificações legislativas tanto no processo constitucional como no processo civil. As decisões com eficácia vinculante é o resultado das transformações sociais que afetam diretamente a atividade jurisdicional onde a sociedade assiste as revoluções tecnológicas e as mutações do sistema produtivo (adaptação das formas de trabalho), dominadas pela urgência, tendentes a serem vividas sob o modo da instantaneidade, objetivando a eficiência e a celeridade do processo, com o rápido restabelecimento da paz jurídica.

O efeito vinculante²⁹ que tem por objetivo evitar que uma demanda judicial, cujo conteúdo substancial já tenha sido objeto de discussão e julgamento por parte do judiciário, em várias

²⁹ Embora a busca pela uniformidade da jurisprudência dos nossos Tribunais e, conseqüentemente, da vinculação estivesse sempre presente no constitucionalismo brasileiro, a adoção do efeito vinculante só ganhou contornos mais claros com a Proposta de Emenda Constitucional PEC nº 130/92 de autoria do Deputado Roberto Campos transformada em Emenda Constitucional nº 03/93.

outras demandas, seja novamente submetida ao órgão julgador, propugnou a ideia de que os órgãos encarregados da atividade jurisdicional devem respeitar as decisões prolatadas pela outras instâncias do Poder Judiciário, não sendo proveitoso que o ente público por um longo espaço de tempo e em todas as instâncias judiciais se submeta ao incessante trabalho de interpretação e aplicação do direito, podendo inclusive ocorrer uma mudança no entendimento jurisprudencial firmado.

Para alguns o efeito vinculante funciona como instrumento que pode não apenas acelerar o julgamento de algumas demandas, mas, muito mais do que isso, para promover um verdadeiro reajuste no Judiciário brasileiro, imprimindo-lhe maior segurança e ofertando aos jurisdicionados minimamente uma sensação de tratamento isonômico, para outros como uma tendência de supervalorização dos tribunais superiores, ou seja, dos órgãos superiores frente aos juízes de primeiro grau.

O caminho processual percorrido pelo julgador e pelas partes deve preencher os requisitos formais e materiais para não enfraquecer a tese a ser adotada pelo juiz. Ordinariamente, é o juiz de primeiro grau de jurisdição quem tem a função de efetivação dos juízos, uma vez que é o primeiro que conhece da matéria e em incessante trabalho de interpretação e aplicação do direito, com os elementos oferecidos pelas partes e outros que acrescenta, enquadra o caso concreto no abstrativismo da lei.

Há quem afirme, como Celso de Albuquerque Silva³⁰ que o efeito vinculante, ao invés de tirar autoridade do juiz inferior, em verdade reforça-a, na medida em que não tendo poder de coerção direta, a obediência ao qual ficou decidido deve repousar sobre a ideia de que essas decisões são resultado de um procedimento racional levado ao cabo por pessoas imparciais, racionais.

³⁰ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 83.

O juiz ao interpretar e aplicar a lei funciona também como um agente integrador entre o ordenamento jurídico e a Justiça. Ao se conceber uma interpretação verticalizada, em que a atividade judicante fica condenada por uma vinculação prévia, a atividade judicante monocrática perde o sentido para a formação dos provimentos judiciais que já se encontram previamente estabelecido.

Daí surge a questão da autonomia do juiz, que se assim agir se torna unicamente aplicador de interpretações impostas por Tribunais Superiores, sendo que tanto o caso concreto como sua capacidade de interpretação legal (inclusive levando em conta fatores regionais e específicos de cada jurisdição) restam prejudicadas. Nesse sentido Evandro Lins e Silva³¹ se pronunciou sobre o assunto da seguinte forma:

Havia duas opiniões, na interpretação da lei, ambas proferidas com a mesma sinceridade. A questão, em última análise, se reduz, pois, a isto – um conflito de duas hermenêuticas, falíveis ambas e ambas convencidas.

Não se pode negar que a restrição do universo interpretativo do juiz quando da solução das demandas é uma das principais preocupações na adoção do efeito vinculante. Karl Larenz³², tratando o tema sob esse aspecto, afirma:

O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito constitucional, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode vinculá-lo não é o precedente judicial enquanto tal, mas sim e só a interpretação ou concretização correta da norma, que nele porventura se exprimam. Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correcta, porém, é ponto que cada juiz há-de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsa-

³¹ SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. Artigo publicado em www.imb.org/revista06/artigo

³² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

bilidade pela correcção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorrecta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então correctamente resolvida, deve hoje - mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação - ser resolvida de outro modo.

A adoção do efeito vinculante na processualística brasileira carrega em si, um prognóstico, de um juízo acerca do que se pretende, reforçado por uma engenharia – a da verticalização das decisões -, que retraiu o livre poder de convencimento dos Juízes *a quo* e ao mesmo tempo cuidou de repassar, de forma concentrada, esse poder para uma cúpula maior – os Tribunais Superiores, como verdadeiro remédio para o grande acúmulo de serviço do Poder Judiciário e para resolver sua morosidade, além de trazer à baila, também o debate sobre a capacidade do juiz em identificar as diferenças e peculiaridades de cada caso e fazer o acertamento do enquadramento ou não dos precedentes.

Quando os juízes se tornam meros burocratas, que repetidamente aplicam as interpretações e posições impostas pelos Tribunais Superiores não é apenas violado o princípio da independência do juiz, mas também a própria noção moderna de Direito, que une o mundo jurídico ao mundo dos fatos, considerados em suas reais diferenças. O direito que disso difere não coaduna com o Estado Democrático de Direito, sendo certas as palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni³³ quando diz que “*um Judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.*”

3 A TEORIA DE PRECEDENTES JUDICIAL INGLÊS – THE DOCTRINE OF *STARE DECISIS*

³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

A evolução da teoria do precedente judicial inglês deveu-se a preocupação dos juristas ingleses com a efetiva relevância das pretéritas decisões prolatadas em casos análogos. Existia ainda dificuldade em saber se os precedentes tinham vinculatividade, se existia a possibilidade de serem alterados e o que poderia ser considerado efetivamente um precedente.

A história da doutrina dos precedentes vinculantes deságua na revelação da importância dos repositórios de jurisprudência para o sistema jurídico anglo-saxão. O desenvolvimento do direito dos precedentes vinculantes ocorreu de forma gradativa, iniciando-se como Direito dos Casos, para se tornar o Direito dos Precedentes Vinculantes. O Direito dos Casos alicerçado na teoria do *stare decisis*, ficou também conhecida como *case law*. Sua característica principal era a de ser um direito construído pelos magistrados nos julgamentos de casos concretos, que passavam a vincular as decisões subsequentes. As reuniões dos juízes da Corte do reino inglês, realizadas na “*Camara Exchequer*” a partir do século XV, discutiam os casos mais importantes e complexos. Após discutido e decidido o caso retornava a respectiva Corte de Justiça para que a decisão fosse tomada. No ano de 1483, numa das decisões tomadas por maioria na Câmara, o Juiz-Chefe ao se manifestar consignou que apesar de discordar da decisão que ali se estabelecia, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria que decidiu de acordo com uma decisão anterior.

Tal caso configurou um marco, de sorte que os juízes que faziam parte da Câmara quando fossem julgar casos futuros em que se tratasse de princípios já analisados acabavam obrigados a adotá-los. Nos séculos XVI e XVII as decisões proferidas pela *Camara Exchequer* assumiram o papel de precedentes vinculantes, papel este que naquele momento histórico inglês apenas as decisões da Câmara detinham, de maneira que havia casos em que as Cortes de Justiça consideravam-se livres para não adotar precedentes.

Foi somente no século XIX que se estabeleceu a obrigatoriedade de observância dos precedentes, o que está intimamente ligado a um sistema integrado de Relatório de Casos (*Law Reports*). Sistema este aperfeiçoado neste mesmo século XIX. Neste relatório contém transcrições circunstanciadas dos processos, com o inteiro teor dos julgados. *São as razões dadas nos relatórios que constituem a 'peça chave' para tornar os princípios ali desenvolvidos vinculantes para julgados subsequentes*³⁴. Foi a aproximação do Case Law, com o sistema do *Law Reports* que deu o fortalecimento da teoria do precedente inglês.

Quando o caráter vinculante dos precedentes passou a ser observado também nas Cortes de Justiça (e não mais somente quando se tratasse de decisão proferida pela *Câmara Exchequer*), a doutrina dos precedentes ficou relacionada à hierarquia entre as Cortes, de maneira que uma Corte somente estaria vinculada às decisões proferidas pelas Cortes superiores ou pelas proferidas pelas Cortes de mesma instância. O fundamento dessa teoria dos precedentes obrigatórios está na necessidade de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das cortes devam permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária ou caso seja publicada legislação revogando tais princípios³⁵.

Foi em 1898 que o precedente judicial no sistema inglês teve força vinculante, com o julgamento do caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, oportunidade na qual a *House of Lords* reconheceu a obrigatoriedade de seguir a sua anterior decisão. Na mesma ocasião, foi mais além e determinou também a obrigatoriedade de vinculação das cortes inferiores à sua decisão³⁶.

³⁴ VIERIA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 215 e 216.

³⁵ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 118

³⁶ Reconhece-se, contudo, o fato de que, anteriormente ao exame de tal caso, a doutrina da vinculação ao precedente (*Doctrine of Binding Precedent*) foi enunziata no

Os precedentes nos países do *common law* são geralmente reguladores ou de eficácia normativa, de tal modo que, o termo “precedente” indica a presença do caráter regulador. Nesse sistema há uma peculiaridade que deve ser conferida a de que inexistia originalmente um conjunto de normas de direito substancial. O processo e as decisões judiciais desempenham nesses países a função primordial de desenvolver tais normas e, por isso, precisavam ser dotada de eficácia vinculante e geral³⁷.

4. O SINCRETISMO DO CIVIL LAW E COMMON LAW USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTE NO PROCESSUALISMO BRASILEIRO.

Já tendo ficado clara a distinção entre o sistema romano-germânico e o *common law* e, principalmente, a ausência de uma prática intensa do *stare decisis*, pois os países da *civil law*, em sua essência, partem da premissa de que as leis regulam as relações sociais, sendo o papel dos juízes de aplicadores e, no máximo, adaptadores das normas abstratas aos casos concretos.

A regra de direito no sistema romano-germânico tem pretensão de regular a sociedade no futuro, de perdurar no tempo, sem a preocupação imediata de resolução de um único caso concreto. Nesse contexto, a fonte primária do direito, no sistema romano-germânico, como dito antes, é o direito positivado, que é interpretado e influenciado pelos juristas.

Pois bem, costumava-se afirmar que a regra do efeito vinculante das decisões dos tribunais era unicamente anglo-saxã, porém existem evidências de seu uso nos Tribunais da Antiga Roma e no século XIV nos Tribunais europeus.

Na Antiga Roma precedentes judiciais vinculantes eram

juízo *Beamisch*, em 1861, e repetida no caso *Bradford v Pickles*, em 1895.

³⁷ A doutrina classifica os precedentes em precedentes de eficácia normativa e com eficácia persuasiva ou precedentes reguladores ou não-reguladores. Classificação adotada por R. Cross and J. W. Harris. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1968 e por Patrícia Perrone.

parte essencial da vida pública e os juristas romanos encontraram, em seu sistema legal, uma larga aplicação para o que pode-se chamar de precedente em seu sentido mais amplo.³⁸

Bustamante³⁹ traz em sua obra escritos sobre a semelhança estrutural sobre o common law e o direito romano do período clássico. Eis uma passagem:

Quando se olha para o common law da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois, em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de “interpretes autorizados” – em Roma, os jurisconsultos; na Inglaterra, os juízes – que têm a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica.

Com a passagem para o Principado, em Roma se promoveu uma reforma processual que possibilitou a unificação das instâncias, passando a ação a correr perante um magistrado-funcionário, com a possibilidade de interferência do Príncipe, quer a fim de introduzir novos princípios no direito, quer de modo a avocar o processo, sistema que ficou conhecido como *cognitio extra ordinem*. Nesta fase, os juristas mais destacados foram agraciados pelo imperador com o *jus respondendi* e passaram a gozar da prerrogativa de elaborar pareceres jurídicos e

³⁸ A história do direito Romano começa, convencionalmente, pelo período arcaico, que vai da fundação da cidade de Roma, por volta de 753 a.C., até o segundo século antes de Cristo, durante o qual se verificou o desenvolvimento do processo segundo as ações da lei (*legis actiones*). Em seguida, teve início o período clássico (de 130 a.C. a 230 d.C.), abrangendo a República e indo até o Principado com a atividade dos pretores e a adoção do processo formular ambiente do desenvolvimento da jurisprudência clássica. Por fim, na fase Tardia (de 230 a 530 d. C.), dominada pela *cognitio extra ordinem*, o Imperador e seus juristas constituíram os principais atores do desenvolvimento do direito e se buscou organizar o material produzido durante a fase anterior.

³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial – a justificação e a aplicação de regras de jurisprudência*. São Paulo: Noeses, 2012, pág. 05.

suas opiniões(respostas/*responsa prudentium*) com força vinculante para os juízes, em nome do Imperador.⁴⁰

O caráter extremamente concreto e casuístico das *responsas prudentium* oferecidas pelos jurisconsultos romanos dos dois primeiros séculos da era cristã [...] faz com que os comparativistas encontrem uma impressionante similitude entre o Direito dos juristas de Roma e dos juízes da Inglaterra, pois em ambos os casos predominaria um modo de pensamento tópico: ao invés de procurar – dedutivamente – a resposta para cada problema jurídico em um sistema de regras estabelecidas pelo legislador, o juiz do common law e o jurista romano parecem recorrer a um sistema de topoi que podem ser livremente empregados pelo aplicador do Direito: no common law, os precedentes; em Roma, as respostas dos juristas autorizados⁴¹.

Posteriormente, ainda no Principado (primeira metade do século II d. C.), os referidos éditos foram codificados, tendo sido emprestado, a essa codificação, o nome de édito perpétuo (edictum perpetuum). Este édito passou a se constituir verdadeiras instruções do imperador e do senado, sendo que pretores, edis e governadores deveriam também observar as ditas regras.

No entanto, pode-se afirmar que expressamente a semente da força vinculativa do precedente foi plantada apenas mais tarde no direito romano, quando Valentiniano conferiu pesos a serem dados a cada um dos cinco maiores jurisconsultos e exigiu que as cortes adotassem suas opiniões de acordo com o grau de respeitabilidade conferido a cada um deles⁴².

O intercâmbio entre o Direito Continental europeu e o common law também existiu desde os tempos longínquos. Já nos séculos XI e XII os *common lawyers* reconheciam em grande medida o Direito continental através de seus relatos

⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit. pág. 64.

⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op. Cit. pág. 06.

⁴² In *Precedente in past e present legal systems*, in Michigan Law Review, vol. 44, 1946, citado por SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, pág. 957.

jurídicos que fundamentavam suas decisões. Somente após o século XIX mudanças jurídicas, como por exemplo, a forma que o positivismo francês repercutiu sobre as instituições jurídicas de cada um dos países, influenciaram o distanciamento entre eles, o que representou uma restauração ao status quo ante, ou seja, permaneceram sérias diferenças quanto a forma que o processo decisório é obtido. Bastaria ver o estilo, na época, de redação de uma sentença da Corte de Cassação Francesa e uma decisão da House of Lords para perceber diferenças muito significativas quanto aos usos da linguagem e a forma que as normas jurídicas eram utilizadas.

Mas o Civil Law teve sua gênese primal, na forma como presentemente se nota nos ordenamentos jurídicos das nações, sob os auspícios do paradigma jurídico do Estado Liberal, respaldado pelo advento dos ideais desfraldados pela Revolução Francesa, levada a efeito pela Burguesia no ano de 1789, e que sobrepôs-se ao Absolutismo e deu início ao denominado Constitucionalismo. Dado o momento histórico em que se vivia, em que a sociedade visava, sobretudo, impedir o absolutismo, limitando o poder estatal, surgiu a necessidade de se instituir um formalismo jurídico onde as normas legais fossem fixadas de forma indubitável, e onde a hermenêutica interpretativa do texto legal não fosse passível de desvirtuá-lo, sob pena de um autoritarismo político e/ou jurídico se impusesse à sociedade.

Assim, o sistema da Civil Law, não apenas idealizou de forma fantasiosa que o magistrado apenas atuaria a vontade da norma, como presumiu que o cidadão seria detentor de segurança jurídica e previsibilidade no tocante às relações sociais, originárias na segurança de ter o juiz togado como mero aplicador subserviente das leis positivadas e codificadas.

Esta restrição do juiz togado, concedida pela lei, se mostra em consonância com o princípio da tipicidade das formas processuais vigente no Estado Liberal, sendo as formas do processo, uma “garantia das liberdades” dos jurisdicionados contra

o arbítrio do magistrado;

Nota-se, todavia, que com o paradigma do Estado Democrático de Direito, e com o Neoconstitucionalismo, o Civil Law sofreu tangíveis modificações, a fim de se adequar à realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas, mas detém ainda como marco primal, o pautar pelas normas escritas, tida como imprescindível para a Justiça, por meio da declaração judicial da lei. Dentre as modificações notadas, há a adequação ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis, e a prevalência da Justiça sobre o Direito caso estes se tornem conflitantes. Nota-se, aí, um retomar, um aproximar da Civil Law para com a Common Law.

Como visto, distanciamento entre os sistemas, existiram, mas não tão absolutos. A complexidade se acentuou em certa fase com o surgimento de um eventual situações desassemelhadas, tanto jurídicas, econômica e socialmente, situação em que os adeptos de cada qual tenta se manter, o que ocorre porque vivem, por assim dizer, em “mundos diferentes”.

O certo é que o reconhecimento da decisão judicial como verdadeira fonte do direito e, portanto, o papel fundamental que o Poder Judiciário desempenha em qualquer coletividade juridicamente organizada traz a superação da ideia do Poder Judiciário como um mero “departamento” do Estado, responsável apenas por executar sem espaço para qualquer elemento criativo, as determinações emanadas pelo Poder Legislativo.

Vê-se, pois, a crescente importância nos sistemas legais componentes da família romano-germânica da análise dos precedentes judiciais vinculantes na solução das controvérsias postas perante o poder judiciário, que na prática, são frequentemente seguidos, chegando alguns países de tradição romano-germânicos, a adotá-los de forma obrigatória e vinculativa.

O direito antes codificado, passa a ter forte influência da jurisprudência, que se tornou para o *civil law*, fonte de direito e o próprio direito.

Os *hards cases* no sistema do *civil law* aparecem através dos conceitos vagos ou das cláusulas gerais. O juiz ao julgar um *hard case* produz jurisprudência, que se torna predominante e começa, no *civil law*, a se tornar vinculante.

Com efeito, a inserção do efeito vinculante nos países filiados ao sistema *civil law*, está se tornando uma constatação de grande evidência. Hoje considera-se como princípio do *civil law* que a jurisprudência pacificada ou predominante dos Tribunais deve ser respeitada.

Isso se mostrou evidente desde a implantação de um sistema vinculativo de jurisprudência, a começar, dentre vários exemplos que poderiam ser citados, pelo Código de Processo Civil de 1939 que, em seu artigo 861, trazia disposição expressa de que o Tribunal poderia promover o pronunciamento prévio sobre a interpretação de qualquer norma jurídica. Aliás, no Anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid (1964), houve, inclusive, estudos no sentido de se restabelecerem os antigos assentos que vigoravam anteriormente com o que as decisões judiciais teriam então efeito vinculativo. A eficácia vinculante no direito brasileiro teve marco importante também com a criação, em 1963, da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF. Entretanto, o aspecto mais relevante em torno da adoção das regras da Common Law no sistema jurídico brasileiro adveio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a súmula vinculante.

Mas não é de se olvidar ainda, no que tange à aproximação do sistema processual brasileiro ao da Common Law, várias mudanças legislativas mostram que tem havido esse avizinhamento, consoante demonstram, por exemplo: a uniformização de jurisprudência, com o propósito de evitar discrepância no julgamento, dentro de um mesmo tribunal de determinadas questões, art.479 do CPC. Depois já em um cenário democrático adveio com a Lei nº 8.038, de 28.05.1990, autorizando o STF e o STJ negar seguimento a pedido ou recurso que contra-

riasse, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal. Sobreveio a Lei nº 9.139, de 30.11.1995, que, mediante alteração do art. 557 do Código de Processo Civil, estendeu a competência para os relatores nos tribunais em geral para negar seguimento a qualquer recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior. No mesmo sentido veio a lume a Lei nº 9.756, de 17.12.1998 dando nova redação ao art. 557, *caput*, e § 1º-A do CPC. Também a lei 10.352/2001 introduziu o art. 475, §3º do CPC estabelecendo que, no tocante ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não há remessa oficial quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente.

De igual maneira, ainda demonstram aproximação ao sistema da Common Law: a introdução do instituto da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário estabelecido pelo art. 102, §3º da CF/88 introduzido também pela EC 45/2004 e art. 543-A do CPC (com alterações inseridas pela lei 11.418/2006). Também foi introduzida a súmula impeditiva de recurso (artigo 518, §1º, introduzido pela Lei 11.276/2006), a improcedência *in limine* de demandas repetitivas (art. 285-A, introduzida através da Lei nº 11.277/2006) e no julgamento de recursos por amostragem (art. 543-B, introduzido através da Lei nº 11.418/2006).

Como se pode ver, a busca pela uniformidade da jurisprudência das normas dos nossos Tribunais e, conseqüentemente, da utilização de precedentes de eficácia esteve sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro. Para Wambier⁴³ “isso acontece em muitos países de civil law, sem a necessidade de que haja súmulas formalmente vinculantes”.

Já nos países de *common law* o que é respeitado é o *pre-*

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law?* Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html Acesso em: 13 mar. 2013.

*cedente em si*⁴⁴. Na verdade, um único precedente. No Brasil, se respeita *um* precedente advindo de *leading case*. Ou seja, só quando, depois de proferida certa decisão acontece de ela ser real e efetivamente respeitada ela se terá tornado um *leading case*.

Contudo, percebe-se que os métodos de uniformização de jurisprudência, existentes no sistema de *civil law*, diferencia-se do modo de funcionamento do sistema de precedentes vinculativos do *common law*. No *civil law*, tenta-se uniformizar as decisões em *casos absoluta e rigorosamente idênticos*, em que o que há de diferente são, praticamente, só as partes. As decisões nestes casos serão iguais. E no *common law* a jurisprudência ultrapassa os limites da lide entre as partes, construindo fonte básica de criação do direito. Mas, em todo caso, as decisões proferidas no caso precedente, advindas de decisões pacificadas (do *civil law*) ou não (do *common law*) vincularão a decisão anterior.

Tudo isso mostra, portanto, o sincretismo do sistema jurídico brasileiro ao sistema da Common Law. Porém, o certo é que o uso de precedente vinculante, além proporcionar um repensar na concepção clássica acerca da produção normativa do direito com a aproximação do modelo do sistema do *common law*, autoriza uma reflexão sobre a conduta postada pelo Estado quando se ocupa atribuir um aumento de poder aos Tribunais Pátrios.

CONCLUSÃO:

Os sistemas de direito, cada qual em seu momento histórico distinto, apesar das diferenças persistentes na maneira que eles operavam no nível prático, ou seja, o *common law* reco-

⁴⁴ O chamado precedente, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para das decisões dos demais casos iguais a serem julgados.

nhecendo as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos normativos, com raízes profundamente pragmáticas e desvinculadas de qualquer compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese e o *civil law*, protagonizando o direito através do mecanismo da subsunção das situações de fato na regra legislada. É de se notar que, tais sistemas não se desenvolveram de forma estanque, mas sofreram influências recíprocas, e que, hoje se encontram em processo de aproximação: enquanto o direito legislado se desenvolve nos países do *common law* a jurisprudência se afirma como uma importante fonte do direito nos países de direito codificado, no *civil law*.

Também verificamos, contudo, que esse ecletismo ou sincretismo não constituiu uma ruptura abrupta do *civil law* com a tradição do direito legislado. A descodificação foi surgindo quando e na medida em que os códigos não conseguiram mais formular respostas para situações não previstas devido à sua não adaptabilidade às novas realidades sociais.

Em um pensar mais reflexivo, observamos que a utilização das regras do sistema jurídico do Common Law no ordenamento jurídico brasileiro, em concomitância com a preservação de certas características do Civil Law, ambos complementando-se e se adequando mutuamente, às imposições da nova realidade social, leva a um melhor e mais dinâmico atendimento aos anseios sociais. Da mesma forma, há certo respaldo e clareza advindos da presença, ainda, de ditames escritos, que, por meio do positivismo fornecem certa ‘noção’ dos direitos e deveres da população e do Estado e que muitas vezes são utilizados para aplicação do direito ao caso concreto.

Observamos, ainda, que esta é uma combinação dotada de alta dialeticidade que está constantemente se construindo e reconstruindo, em um círculo sócio-interacionista. Nesta integração a vontade popular é preservada pelo Direito, através das leis escritas com a observância do rigoroso processo legislativo

e ao mesmo tempo, só que de uma forma mais intensa, os litigantes perdem seu caráter de meros espectadores, e passam a atuar de forma participativa na construção do Direito, os costumes que vigoram no tecido social com a produção de jurisprudências, que podem ser empregadas como um elemento para a resolução do caso concreto.

Assim sendo, têm-se uma relação processual pautada não somente na estrita observância da letra da lei, e nem na observância absoluta dos precedentes fixados, mas sim o resguardar e efetivar de Direitos atendendo, de forma plena ao principal objetivo do Estado, que é servir ao povo que o compõe. A bem da verdade, possibilitar essa incursão social no processo, mediante o atendimento de costumes vigentes que se tornarão precedentes vinculantes, marco da Common Law, poderá ser um meio de resguardar de forma mais precisa o foco principal dos sistemas jurídicos que é o direito das pessoas e não atender aos reclamos da máquina estatal.

Frente ao exposto, observa-se que as diferenças existentes, sobretudo as que pertinem à observância aos precedentes, não configuram um desvirtuar, mas podem ser encaradas sob um prisma de aprimoramento do sistema jurídico; uma vez que se rompe com a visão tradicional de ambos os sistemas jurídicos – Civil Law e Common Law – adotando-se uma forma, híbrida ou, porque não dizer, sincrética.



REFERÊNCIAS:

ALENCAR, Rosmar Rodrigues Cavalante de. *Efeito vinculante*

- e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do common law e civil law na sociedade Moderna*. Tese de Doutorado. PUCPR, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa. vol I. Le fonti e il pensiero giuridico*. Milado: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial Constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984
- _____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CAPPELLINI, Paolo. *Sistema Jurídico e Codificação*. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese*. Le fonti, 2ª ed. Giffre editore, 1994.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006,
- LIEBMAN, Eurico Tullio. *A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pela lei*. Revista de processo nº 43, 1986.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MERRYMEN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latine American*. 3ª ed. Stanford University Press, California, 2007.
- PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 06.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág.
- TEPEDINO, Gustavo. *O código civil, os chamados Microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>, Acesso em 13 de mar de 2013.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VIEIRA, Andreia Costa. *Civil law e common law. Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, Ano 34, n.172, jun/2009.
-
- _____. *Súmula vinculante: figura do common law? Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html

WATKIN, Thomas Glyn. *An Historical Introduction to Modern Civil Law*. 1^a ed. Aldershot: Ashgate Publishing, 1999.