



DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE OS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW¹

DIFFERENCES AND SIMILARITIES BETWEEN THE CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS

Ana Carolina Borges de Oliveira²

Resumo

O presente estudo pretende traçar uma análise sobre as diferenças e as semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Assim, indaga-se: a técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*? Após a análise sobre as semelhanças e as divergências entre esses dois modelos, concluiu-se que a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.

Palavras-chave: *Civil Law*; *Common Law*; Divergências; Precedentes.

Abstract

This paper analyzes the differences and similarities between civil law and the common law systems. Thus, it aims at showing possible answers to the following question: can the rule of precedent be employed in civil law? After analyzing the similarities and differences between these two models, it was concluded that the adoption of the rule of precedent in Brazilian law does not arise from the culture of the country, but only from the introduction of a successful common law institute.

Keywords: Civil Law; Common Law; Differences; Similarities.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende traçar uma análise sobre as diferenças e as semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Nesse sentido, pretende discutir e analisar, apresentando possíveis respostas, às seguintes

¹ Artigo recebido em 21/10/2014, pareceres submetidos em 31/10/2014 e 02/11/2014 e aprovação comunicada em 18/11/2014.

² Advogada, Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Faciplac. Bolsista da CAPES. *E-mail:* <anacarolinaboliveira@gmail.com>



perguntas: há tendência à aproximação desses sistemas? A técnica do precedente da *common law* pode ser usada na *civil law*?

A busca por maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica em prol da sociedade; levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência (STRECK, 1998, p. 93). Neil MacCormick (2008, p. 191) explica que parte os motivos pelos quais advogados e juízes discutem tanto a aplicação do precedentes decorre de uma razão de justiça, em que se deve tratar igualmente casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados”. Além disso, está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem sejam as partes envolvidas (MACCORMICK, 2008, p. 191) e também proporcionar economia de esforços.

Nas palavras de Jorge Amaury Nunes (2010, p. 05), percebe-se hoje uma crise nos ordenamentos jurídicos, em que inúmeros conflitos sociais deságuam no Judiciário e este se depara, cada dia mais, com mais conflitos e, conseqüentemente, com mais processos.

Diante desse cenário, são levantados inúmeros fatores que acarretam a ausência da eficiência do Poder Judiciário, dentre eles: a corrupção no seio do Poder Judiciário, a má formação do bacharel em Direito, os inúmeros recursos e sua larga utilização com o intuito meramente protelatório, dentre outros. Não se pretende analisar, nesse trabalho, esses fatores, mas sim o problema que eles geram: a insegurança jurídica e quais mecanismos jurídicos podem ser utilizados ou não para diminuí-la.

O sistema jurídico inglês, ao adotar a técnica dos precedentes ou da *stare decisis*, segundo a qual as decisões judiciais sempre serão baseadas em decisões anteriores da mesma natureza³; possibilita que os indivíduos e entidades possam

³ Nesse ponto, importante trazer a observação de Neil MacCormick de que nos sistemas jurídicos de case-law, nos tempos recentes, o direito jurisprudencial puro é relativamente raro, já que “muito do direito jurisprudencial toma a forma de interpretações explicativas da lei”. Mesmo fazendo tal ressalva, MacCormick não deixa de ressaltar que existem sistemas que não consideram os juízes como legisladores e suas decisões não podem ser aceitas como algo mais do que o direito



ordenar melhorar suas questões e negócios (*Apud* NUNES, 2010, p. 121). Isso porque o uso dos precedentes permite uma maior previsibilidade na maneira pela qual uma controvérsia poderá ser decidida; oferecendo (*Apud* NUNES, 2010, p. 121), assim, uma garantia de certa segurança jurídica.

Nesse contexto, o presente estudo pretende averiguar se é possível a adoção do sistema de precedentes, originário do modelo da *common law*, no direito brasileiro; no qual se adota o modelo do *civil law*, com o objetivo de garantir a segurança jurídica. Para tanto, essa análise se inicia com um breve histórico do sistema da *common law* e da *civil law*, suas origens, seus conceitos e sua aplicação nos dias de hoje. Após isso, passa-se ao estudo do sistema jurídico brasileiro, por meio de um breve histórico, para, ao final, identificar a possibilidade ou não da adoção do sistema dos precedentes no direito brasileiro e extrair algumas conclusões e outros questionamentos.

2 AS FAMÍLIAS DA *COMMON LAW* E ROMANO-GERMÂNICA

A partir de um estudo de direito comparado, René David se propõe a fornecer uma obra que analisa os diversos direitos, de cada Estado. Assim, para facilitar seu estudo, o autor agrupa esses direitos em famílias, sobre as quais explica que “não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais as famílias de direitos se deve, por conseguinte, conhecer”. (DAVID, 1978, p. 22) Assim, para ele, o agrupamento dos direitos em família é o meio próprio, reduzindo-os a um número restrito de tipos, para facilitar sua compreensão e apresentação. (DAVID, 1978, p. 22)

Com base nesse estudo, René David trata da família romano-germânica, da família da *common law* e da família dos direitos socialistas. Importante ressaltar, como o próprio autor destaca que essas famílias são refletem toda a realidade do mundo contemporâneo, mas servem para apresentar um quadro com as principais regras, características e significados (DAVID, 1978, p. 22).

produzido pelo legislador; enquanto outros não são assim. Logo, o autor considera que os sistemas da *common law* não se confunde com o da *civil law*. (MACCORMICK, 2008, p. 192).



Nesse ponto, nesse estudo serão apenas analisadas as famílias romano-germânicas e a da *common law*, já que estão relacionadas com o presente tema.

2.1 A família romano-germânica

A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo seu berço na Europa. (DAVID, 1978, p. 23) Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos. (DAVID, 1978, p. 23)

Embora a família romano-germânica tenha conquistado vastos territórios, vários desses países receberam o direito europeu de forma parcial; já que existia, antes dessa recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. Logo, esses países criaram um novo direito em relação àqueles que constituem a sua aplicação na Europa, pois mantiveram seus princípios tradicionais. (DAVID, 1978, p. 24) É possível, pois, afirmar que os países que foram colonizados por países tipicamente da família romano-germânica adotam suas principais ideias e fundamentos, mas com algumas ressalvas devidas aos seus contextos históricos.

Dentre esses países que sofreram essa recepção parcial das normas do direito romano-germânico pode-se citar o caso brasileiro, que sofreu colonização portuguesa. Explica René David (1978, p. 77) que “as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica”. Nesse ponto, o próprio autor reconhece que a questão que se levanta “é somente a de saber em que medida as condições próprias da América, muito diferentes das do meio europeu, podem conduzir” a uma certa originalidade em relação aos direitos europeus da família romano-germânica. (DAVID, 1978, p. 77)

Verifica-se que os brasileiros da primeira geração de legisladores e juristas são fruto da ideia portuguesa de compilar as regras jurídicas em uma espécie de codificação para reformular o ensino do direito pátrio. (LOPES, 2012, p. 216-217)



Isso porque esses operadores do direito foram socializados em Coimbra, ambiente em que “os primeiros cursos jurídicos brasileiros refletem esta reserva oitocentista ao direito romano.” (LOPES, 2012, p. 217) Observa-se, assim, a nítida influência que o direito brasileiro recebeu da família romano-germânica.

Também explica Lenio Luiz Streck que no ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, ocorreu um movimento similar ao ordenamento jurídico da França e da Alemanha, que pretendia construir o Direito baseado no *code*. Portanto, no direito brasileiro, a rigor, a fonte primordial é a lei. (STRECK, 1998, p. 77-78) Assim, em Roma, berço da família romano-germânica, adotou-se como fonte do direito uma série de textos, que abrangiam tanto legislação, como doutrina (SABINO, 2010, p. 53). Nesse sistema “quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava sua vontade pela positivação das normas de conduta.” (SABINO, 2010, p. 53) Por isso a família romano-germânica é caracterizada pela ideia de direito codificado, positivado.

Não restam dúvidas que o direito brasileiro sofreu influência direta e inicial dos direitos europeus da família romano-germânica; o que justifica, mais uma vez, a análise sobre a aplicabilidade de um instituto típico do direito inglês – o sistema de precedentes – no direito brasileiro, de origem romano-germânica.

2.2 A família da *common law*

Já a família que comporta o direito inglês é a denominada família da *common law*. Nesse ponto, importante trazer a ressalva feita por José Rogério Cruz e Tucci de que o sistema da *common law* abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia que; embora possuam peculiaridades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico, ou *case law*. (TUCCI, 2010, p. 215) Assim, a *common law* tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais.

O direito inglês, marcado pelo sistema da *common law*, é caracterizado pelo fato de que na ausência de norma escrita os juízes tinham que formular uma decisão para o caso concreto (NUNES, 2010, p. 120). Assim, diferentemente da família



romano-germânica, na Inglaterra, a fonte principal do direito eram os costumes observados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto. (SABINO, 2010, p. 53)

Esse sistema teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, tendo início com a conquista normanda em 1066, levando para a Inglaterra um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1978, p. 358). Tem-se início o sistema feudal na Inglaterra.

É o feudalismo inglês de caráter militar, organizado; que vai permitir, por oposição ao continente europeu, o desenvolvimento da *common law*. (DAVID, 1978, p. 358) Surge, assim, o sistema da *common law*, ou direito comum, para fazer oposição aos costumes locais frutos do feudalismo. (DAVID, 1978, p. 358)

Embora os primeiros juízes da *common law* tenham aplicado regras de origem germânica – princípios que serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês (TUCCI, 2004, p. 152) - verifica-se que “o sistema da *common law*, desde sua formatação inicial, era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social do seu tempo”. (TUCCI, 2004, p. 150) Assim, José Rogério Cruz e Tucci explica que a “unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a recepção falhada das fontes do direito romano-germânico na Inglaterra.” (TUCCI, 2004, p. 151)

Além disso, observa Tucci que na obra dos primeiros comentaristas da *common law* já havia nítida preocupação com o problema dos julgamentos contraditórios, surgindo estudos sobre a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos. (TUCCI, 2004, p. 153) Por isso, destaca René David que “a *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de *Westminster*” (DAVID, 1978, p. 428), sendo, portanto, um direito jurisprudencial.

Dessa forma, verifica-se que, desde sua formação, a *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*, pois, embora ainda não houvesse um efeito vinculante ao precedente, os operadores do direito inglês já ressaltavam a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito. (TUCCI, 2004, p. 154) Logo, desde o seu início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non*



quieta movere, isto é, “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente.” (NUNES, 2010, p. 121)

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*

Embora se tenha falado anteriormente na ligação direta entre o sistema da *common law* com o sistema de precedentes eles não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses.

Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. É o denominado sistema de precedentes, que surgiu apenas no século XVI. (SABINO, 2010, p. 61) Assim, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto; está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 162)

Explica René David que essa ideia do direito jurisprudencial de respeitar os precedentes lógicos nem sempre possuiu o mesmo grau de certeza e de segurança. Isso porque, somente após a primeira metade do século XIX, a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores. (DAVID, 1978, p. 428) Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo *Lord Campbell*. Nesse caso restou determinado que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos, em que:

O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade. (TUCCI, 2010, p. 220)

Percebe-se, então, que a teoria dos precedentes tem origem no costume, antiga base do sistema da *common law*. (SABINO, 2010, p. 60) Assim, o sistema da



common law não se confunde com o sistema de precedentes, já que este é elemento que agregou operacionalização ao sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática.

Ademais, é importante ainda destacar que, além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), o sistema da *common law* também possuiu uma hierarquia funcional muito bem articulada. (TUCCI, 2010, p. 223) Dessa forma, “o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere” (TUCCI, 2010, p. 223). Nesse sentido, as decisões vinculam a própria corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).

Nesse sistema, pela técnica do precedente obrigatório, é necessário que a corte ou o juiz, ao decidir um caso concreto, fundamente sua decisão em uma decisão anterior ou em uma jurisprudência de tribunal superior. (TUCCI, 2010, p. 223) Nesse ponto, importante esclarecer qual a parte do precedente realmente vincula, pois afirmar que precedente vincula, na verdade, é dizer pouco. (NOGUEIRA, 2011, p. 168) Para tanto, devem ser separadas duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (ou razões de decidir) e a *obiter dictum* (ou dito para morrer, literalmente).

Grande parte da doutrina brasileira e estrangeira que se dedicou a escrever sobre tema é unânime em afirmar que apenas a *ratio decidendi* vincula⁴, pois as questões de fato não se constituem em precedentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 168) Entretanto, Gustavo Nogueira ressalta que “encontrar a *ratio decidendi* em um precedente não é tarefa nada fácil”. (NOGUEIRA, 2011, p. 169) Para fins desse estudo, para não prolongar as posições da doutrina sobre o seu conceito de *ratio decidendi*, considera-se *ratio decidendi* a regra ou proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diversa, enquanto *obiter dictum* seria tudo o que não está contido na *ratio decidendi*. (NOGUEIRA, 2011, p. 170)

Para melhor análise sobre a utilização do sistema de precedentes no direito inglês, importante trazer à baila as principais regras sobre a aplicação dos precedentes no sistema da *common law*: *overruling* e *distinguishing*.

⁴ Ver também Maccormick, 2008, p. 193.



Pela técnica do *distinguishing*, o juiz deve aproximar elementos objetivos dos casos que serviram como precedentes potencialmente e o caso em que pretende utilizá-los. Tal técnica permite ao juiz averiguar se o dado precedente pode ser utilizado no caso concreto a ser analisado. (SABINO, 2010, p. 65) Assim, de acordo com essa técnica, há uma valorização da *ratio decidendi* do precedente, que servirá para permitir sua aplicação ao caso concreto, caso existam semelhanças que justifiquem sua aplicação.

Já a técnica do *overruling* permite a atualização do precedente, pois o precedente que se mostrar ultrapassado com os fatos da sociedade ou equivocado pode ser substituído (*overruling*) por um novo precedente. (SABINO, 2010, p. 65) Assim, “fazer o *overruling* significa que o tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente” (NOGUEIRA, 2011, p. 179) e a substitui.

Nos Estados Unidos, por razões lógicas em decorrência da colonização inglesa, o sistema de precedentes adotado é muito semelhante ao modelo inglês. As decisões proferidas pelo mesmo órgão ou por órgão ao qual o magistrado é ligado vinculam seus julgados, mas com uma importante exceção. (RAMIRES, 2010, p. 66) A Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões, o que permite a esses tribunais reverem suas posições que se tornaram defasadas, por meio da técnica denominada *overruling*. (RAMIRES, 2010, p. 66)

Assim, José Rogério Cruz e Tucci ressalta que a estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou profundas diferenças com o sistema inglês. (TUCCI, 2004, p. 165-166) Isso porque “os Estados Unidos se compõem uma federação, o que demanda uma rede judiciária extremamente intrincada, à maneira como se formou o Judiciário Brasileiro”. (SABINO, 2010, p. 64) Nesse país há uma forte dicotomia entre a justiça dos Estados e a justiça federal, onde cada estado conta com uma estrutura judiciária independente. (SABINO, 2010, p. 64)

No sistema judiciário norte-americano, o precedente sempre se forma nos tribunais, seja dos estados, seja da federação e cada precedente é sempre formado por uma decisão majoritária do referido tribunal. Se não houver decisão da maioria,



tem-se apenas um precedente persuasivo e não vinculante. (SABINO, 2010, p. 64) Além disso, o precedente apenas vincula a própria corte que o formulou e os órgãos hierarquicamente subordinados a ela, já que o precedente sempre se formará nas cortes de segunda instância. O único precedente que vincula todas as cortes, em todas as instâncias inferiores, é o da Suprema Corte, por constituir a corte mais alta do país. (SABINO, 2010, p. 64)

Logo, nos Estados Unidos as fontes do direito não são apenas as regras herdadas da *common law*, mas também a Constituição, as leis federais e estaduais. (TUCCI, 2004, p. 166) Além disso, os tribunais norte-americanos aplicam com menor rigidez a regra do *binding precedent*, pois eles, inclusive a própria Suprema Corte, reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados. (TUCCI, 2004, p. 167) Assim, observa-se uma flexibilização das regras adotadas no direito inglês pelo sistema norte-americano.

Interessante observar que o sistema norte-americano “é mais aberto à revisão dos precedentes”, pois o juiz pode optar por não aplicar um precedente, “o que facilita as mudanças inerentes à evolução da sociedade”. (SABINO, 2010, p. 65) Por outro lado, o sistema inglês é muito mais rígido, não havendo essa opção ao juiz de escolher se aplica ou não um precedente; uma vez que “*stare decisis* na Inglaterra é tão conservador que há notícias de aplicação de precedentes de quatrocentos anos.” (*Apud* SABINO, 2010, p. 65)

Dessa breve análise, já é possível averiguar que o sistema de precedentes realmente confere uma maior previsibilidade e estabilidade ao direito e uma maior segurança jurídica à sociedade (SABINO, 2010, p. 65). Diante disso, indaga-se: seria possível a aplicação desse sistema de precedentes, já que confere segurança e estabilidade, ao direito brasileiro?

4 A FORMAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO NO SISTEMA DA *COMMON LAW* NOS ESTADOS UNIDOS

Com base na estrutura do sistema jurídico norte-americano, passa-se à análise de como os juízes decidem e formam, por conseguinte, o precedente.



Explica Benjamin Cardozo, em sua análise sobre a construção do direito pelo juiz, que é preciso distinguir entre elementos conscientes e subconscientes que estão presentes na formação da decisão pelo juiz. (CARDOZO, 1956, p. 02) Assim, segundo ele, os elementos subconscientes são “as forças colocadas abaixo da superfície” que impulsionam continuamente o juiz, como institutos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, que resulta em uma noção de vida, em uma concepção das necessidades sociais; além de possibilitar que as decisões do juiz estejam sempre coerentes consigo mesmo e incoerentes com a dos outros juízes. (CARDOZO, 1956, p. 03)

Por conseguinte, tendo em vista que as fontes do direito norte-americano são a lei, jurisprudência e os costumes; Cardozo explica que, diante do silêncio da lei, que é a denominada “região do mistério”, o juiz dirige sua atenção à *common law*. (CARDOZO, 1956, p. 06) Nesse ponto, então, o juiz compara o presente caso com os precedentes judiciais acumulados em sua memória.

Diante desse cenário, explica Cardozo que o problema enfrentado pelo juiz tem um duplo problema: primeiro, ele tem a tarefa de extrair do precedente a *ratio decidendi* e; depois, determinar o sentido ou a direção em que este princípio deverá mover-se, desenvolver-se. (CARDOZO, 1956, p. 12)

Observa-se, assim, que a tarefa de decidir as causas de acordo com os precedentes judiciais é um processo semelhante ao de decidir consoante a lei.

5 A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Tendo como base a análise sobre o funcionamento e a estrutura do *stare decisis*, esse tópico procura estudar o precedente no direito brasileiro e analisar o papel deste no direito brasileiro, para compará-lo com o papel do precedente no direito norte-americano. Como analisado nos tópicos anteriores, a grande distinção entre os sistemas da *common law* e da *civil law* está na fonte do direito, o que decorre do seu processo histórico de formação. Enquanto o sistema da *civil law* adota a lei como fonte primeira do direito; o modelo da *common law* adota a jurisprudência como fonte primordial. Isso tem levado diversos autores a utilizar o



termo “*commonlawlização* do direito nacional”⁵, para afirmar que há uma tendência de valorizar a jurisprudência criativa como fonte do direito.

É esse o objeto de estudo do presente tópico: verificar como o precedente é tratado pelo direito brasileiro e se ele realmente se aproxima do modelo norte-americano.

Antes de iniciar a referida análise, cumpre ressaltar que a característica primordial do sistema da *common law* é ser um sistema de direito jurisprudencial e não de um direito consuetudinário, pois a *common law* teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais. (DAVID, 1978, p. 351) Assim, importante deixar claro que o “atual funcionamento da regra do precedente ignora a noção, aparentada como a do costume, de jurisprudência constante; o precedente obrigatório é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição”. (DAVID, 1978, p. 351) Logo, é essa a ideia que se deve ter em mente ao se referir ao direito da *common law*.

Por outro lado, a base do sistema da *civil law*, desenvolvida principalmente em Bolonha, a partir do século XI, momento em que foram reestudados os textos romanos é a lei. O objetivo fundamental desses estudos era transformá-los em um sistema coerente e, para tanto, conceberam-se técnicas para gerar coerência, harmonia e segurança jurídica entre textos que, originariamente, não eram coerentes e nem harmônicos (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24). Nessa fase, a doutrina diz ter sido a origem da jurisprudência, como ciência do direito e, simultaneamente, a relevância da doutrina nos países de *civil law* (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 24).

Portanto, o respeito aos precedentes no sistema da *civil law* tem como base o princípio da legalidade e da igualdade, já que o sistema brasileiro “foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança jurídica para o jurisdicionado” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, 2012, p. 31-32). É o mesmo objetivo do sistema de precedentes adotado pelos países da *common law*, sendo que o que os diferencia é o modo de operacionalizá-lo.

⁵ Nesse sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>, p. 16.



Isso porque, como explica *A.L. Goodhart*, o precedente “seria uma circunstância ou caso anterior, o qual é ou pode ser tomado como exemplo ou regra para casos subsequentes, ou que por algum ato ou circunstância similar possa ser amparado ou justificado” (*Apud* ODAHARA, 2011, p. 72). Assim, partindo dessa lógica, *Goodhart* afirma que “todos os sistemas seguem precedentes; posto que é uma prática natural da mente humana, seja legal ou não legal, de aceitar o mesmo padrão em casos similares ou análogo” (*Apud* ODAHARA, 2011, p. 72).

Dessa forma, a diferença reside no papel da obrigatoriedade de aplicação do precedente e, conseqüentemente (ODAHARA, 2011, p. 72), no modo de formação do precedente. Assim, “na tradição jurídica romano-germânica, a jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 31).

E, sobre a obrigatoriedade do precedente no direito brasileiro, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 48) traz interessante observação. Segundo ele, a expressão comumente utilizada pelos profissionais de direito brasileiros, como “é copiosa a jurisprudência no sentido de...” ou “é pacífica a jurisprudência no sentido ...”, demonstra que o precedente utilizado no direito brasileiro nada tem a ver com o seu sentido no direito da *common law*. (RODRIGUEZ, 2013, p. 48)

Assim, essas adjetivações do substantivo “jurisprudência” não fariam sentido no sistema da *common law*, já que “um precedente existe ou não existe, ou seja, ou há um caso que serve de norte para a solução de casos semelhantes a ele ou não há” (RODRIGUEZ, 2013, p. 48). Logo, não há necessidade de falar e citar a “jurisprudência” de forma “copiosa” ou “pacífica” (RODRIGUEZ, 2013, p. 48), caso o sistema de precedente adotado pelo direito brasileiro fosse o mesmo adotado pelo sistema norte-americano.

Essa observação denota que “o uso do termo jurisprudência é um bom indício do padrão de funcionamento” (RODRIGUEZ, 2013, p. 59) do direito brasileiro. Assim, “quando um advogado empilha casos numa petição (várias “jurisprudências”), todos evidentemente, a favor de seu cliente, ele não está, certamente, buscando convencer o juiz pela força do argumento”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 59) Ele está tentando “impressioná-lo e aos cidadãos por sua erudição; assim, quanto maior o número de autoridades, maior a força de seu argumento”. (RODRIGUEZ, 2013, p.



59) Isso porque, quando o juiz toma uma decisão, ele a toma por sua opinião pessoal e sua argumentação girará em torno da apresentação de razões pelas quais formou sua opinião pessoal. (RODRIGUEZ, 2013, p. 60-61)

Por isso, segundo José Rodriguez, é importante entender essa forma de funcionamento do sistema de precedentes no Brasil, para poder compreender o papel do precedente. Assim, o precedente é formado por expressar a opinião pessoal do julgador e não por expressar qual foi a melhor solução para um caso concreto – diferente da formação do precedente no sistema da *common law*.

Historicamente no Brasil a jurisprudência não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, já que a Constituição de 1824, em seu artigo 72 e a Constituição de 1891, já determinavam que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, no Brasil, nunca teve função legislativa. (STRECK, 1998, p. 80) E, somente em 1926, o Supremo Tribunal Federal passou a ter função unificadora, relativamente à jurisprudência nacional, por meio do recurso extraordinário. (STRECK, 1998, p. 82)

Como observa Jorge Amaury Nunes, “nos ordenamentos de *civil law* (especialmente no caso brasileiro), a compreensão do fenômeno relativo à decisão judicial vinculante voltou à ordem do dia”, a partir da edição da Emenda Constitucional n. 3, que instituiu a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e o efeito vinculante de suas decisões; (NUNES, 2010, p. 105) lembrando que quando se fala em jurisprudência nacional deve se ter em mente que tal precedente se forma com base na opinião pessoal do julgador.

Nesse sentido, observando o caso do direito brasileiro, verifica-se que “uma série de medidas vêm sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial,” (ODAHARA, 2011, p. 72) como se verifica no disposto no art. 475, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil,⁶ e também no art. 103-A da Constituição de 1988

⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.



(NUNES, 2010, p. 154). É possível ainda citar outros dispositivos que podem se aproximar do sistema de precedentes: tem-se o art. 105 da Constituição de 1988⁷ que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal, o art. 557 do CPC⁸, art. 285-A do CPC⁹, art. 518, parágrafo 1º, do CPC¹⁰ e outros.

O atual Código de Processo Civil está passando por mudanças com objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Assim uma das propostas do novo CPC é uniformizar a jurisprudência, possibilitando maior segurança jurídica. É o que se observa com a redação do art. 847, Projeto 166/2010¹¹. Segundo a Comissão

⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

⁹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

¹⁰ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

(...)

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.



encarregada de elaborar o referido anteprojeto, o novo sistema possui os seguintes objetivos¹²:

1. Aumentar o ônus financeiro do processo, visando a desencorajar aventuras judiciais e, assim, reduzir o número de demandas;
2. Promover, perante os Tribunais de segunda instância, um incidente de coletivização, a fim de tornar mais célere e eficaz o julgamento das chamadas causas múltiplas, ou demandas de massa, típicas da sociedade contemporânea;
3. Reduzir o número de recursos, conferindo celeridade à prestação jurisdicional, sem descuidar da segurança jurídica e do respeito ao contraditório;
4. Implantar um procedimento único para a fase de conhecimento do processo, adaptável, pelo magistrado, às particularidades do direito material discutido na causa, sem prejuízo de um livro dedicado especificamente aos procedimentos especiais;
5. Valorização da chamada “força da jurisprudência”, ou seja, conferir ao magistrado autorização para julgar liminarmente a causa com base em posicionamentos jurisprudenciais consolidados, como as súmulas e os recursos representativos de controvérsia do atual art. 543-C do CPC.

Embora ainda não tenha entrado em vigor, o novo CPC pretende criar mecanismos legais em vistas à celeridade processual e uniformização da jurisprudência.

Dentre esses exemplos, um dos dispositivos do direito brasileiro que mais se aproxima do sistema de precedentes do direito inglês é a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição de 1988 e o efeito vinculante atribuído às ações direta

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.”

¹² Cartilha elaborada pela Comissão de Juristas do Novo Código de Processo Civil. Senado Federal: Brasília, 2010, p. 7-9.



de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. (NUNES, 2010, p. 137) Assim, o Brasil, com sua cultura *civil law* tradicional, apenas recentemente demonstrou uma preocupação mais efetiva com a necessidade de se ter um sistema de respeito aos precedentes, mas não seguiu o modelo da *common law*. (NOGUEIRA, 2011, p. 215) Optou pela valorização das “súmulas, que existem desde o Império, e pela inserção, na lei, de diversos mecanismos que têm como finalidade a uniformização da jurisprudência”. (NOGUEIRA, 2011, p. 215)

A origem das súmulas seriam os assentos portugueses, recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império. (NOGUEIRA, 2011, p. 215) Assim, faz-se necessária uma análise sobre as principais características dos antigos assentos portugueses para que, partindo dessas características, possa se fazer um confronto com as atuais Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Mônica Sifuentes, os assentos consistiam na solução de um conflito de jurisprudência; que, segundo ela, eram caracterizados pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou de agravo. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Tais assentos deveriam ser votados pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada dos seus membros, por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral. (SIFUENTES, 2005, p. 201)

Nesse sentido, a autora afirma que “os assentos não eram os próprios acórdãos do Tribunal Pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstrata que deles se autonomizavam, formal e normativamente”. Assim, o Pleno do Supremo Tribunal de Justiça com composição especial, pela intervenção de no mínimo 4/5 dos juízes conselheiros, teria que resolver a lide, proferindo a partir de então o assento que traduzisse a interpretação normativa assumida. Assim, os efeitos seriam imediatos naquele processo e sua força obrigatória geral, principalmente para os tribunais. (SIFUENTES, 2005, p. 200)

Proferido o assento, o Supremo Tribunal de Justiça não pode modificá-lo e nem revogá-lo; o que poderia ser feito era alteração legislativa posterior, pois não havia nenhuma previsão na lei que autorizasse a sua revisão. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Além disso, “o caráter de obrigatoriedade e generalidade conferido aos



assentos ultrapassava as raias dos tribunais judiciais, estendendo-se a todas as relações jurídicas”. (SIFUENTES, 2005, p. 200) Assim, os assentos eram transformados de jurisprudência consolidada pelo tribunal em preceito normativo, tornando-se em uma fonte do direito. (SIFUENTES, 2005, p. 200)

Pode-se observar que os assentos tinham como características a generalidade e a abstração, vinculando todos os tribunais e podendo chegar aos jurisdicionados com força normativa. Ressalte-se ainda que eles tinham como objetivo a uniformização de jurisprudência resolvendo o caso concreto e vinculando eventuais casos idênticos que viessem a ocorrer no futuro.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, surge a súmula vinculante que, diferentemente das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, “não se estará diante do mesmo tipo de processo objetivo”, (NUNES, 2010, p. 144) pois não se terá um processo subjetivo, entre partes e nem um processo objetivo nos moldes do controle concentrado. O procedimento para edição das súmulas vinculantes possui alguns requisitos a) a legitimidade para propor o debate sobre a súmula; b) necessidade de haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional; c) controvérsia atual entre os órgão do judiciário ou entre esses e a Administração Pública e d) a edição das súmulas tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. (NUNES, 2010, p. 146-147)

Sobre o caráter vinculante das súmulas vinculantes, elas obrigam todos os demais órgãos do Poder Judiciário, exceto o Supremo Tribunal Federal; além de vincular o Poder Legislativo e a Administração Pública. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 ainda previu a possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula, para evitar o possível engessamento ou estagnação do direito.

Além do disposto na Constituição, o direito brasileiro ainda possui mecanismo processual de uniformização da jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil. Segundo José Rogério Tucci, esse mecanismo não é um recurso, mas sim um incidente processual “suscitável por qualquer juiz da turma julgadora ou por um dos litigantes”. (TUCCI, 2004, p. 259) O objetivo desse incidente é “provocar o prévio pronunciamento do tribunal de segundo ou superior



grau acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica” (TUCCI, 2004, p. 259), se houver divergência com relação a ela.

Entretanto, anota Tucci que esse incidente não é muito utilizado pelos tribunais regionais federais e estaduais; já que eles se submetem às decisões, mesmo sumuladas, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. (TUCCI, 2004, p. 259) Isso porque, no modelo brasileiro, “os precedentes sumulados gozam de vigorosa força persuasiva. (TUCCI, 2004, p. 259)

Outro mecanismo do direito brasileiro é o previsto no art. 557, parágrafo 1º-A do CPC, que dispõe se “a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” Observa Tucci que, diante desse dispositivo, os efeitos vinculantes dos precedentes chegam até a autorizar que a decisão monocrática substitua o tradicional julgamento colegiado de segundo grau. (TUCCI, 2004, p. 262)

Nesse sentido, Sérgio Bermudes ainda entende que o art. 557, parágrafo 1º-A do CPC é mais uma avanço da legislação brasileira no sentido de tornar efetiva a jurisprudência. (BERMUDES, 2005, p. 115)

Todos esses exemplos permitem a existência de sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o direito brasileiro adota o sistema dos precedentes conforme os ditames do modelo da *common law*. Isso porque tradicionalmente, o Brasil adota o sistema germano-romano em que a importância da jurisprudência deve ser levada em conta em relação à lei. Na verdade, deveria ser assim, como destaca Lenio Streck. Ocorre que o Brasil, principalmente após a adoção da Súmula Vinculante 10, passou a adotar um certo imperialismo da jurisprudência com relação a lei. (STRECK, 2013, p. 32)

Explica Bruno Periolo Odahara que há duas distinções muito claras entre as concepções típicas da *common law* e sua aplicação no direito brasileiro.

Primeiramente, no Brasil, a formação de jurisprudência ou das súmulas depende de decisões reiteradas sobre mesmo assunto; enquanto que a formação de



um precedente no direito inglês depende apenas de uma única decisão judicial. E, segundo, porque a vinculação das decisões no direito brasileiro é exercida quase que de forma exclusivamente vertical, enquanto que no sistema da *common law* essa vinculação ocorre também no campo horizontal. (ODAHARA, 2011, p. 73)

Outro aspecto que merece destaque para distinguir o sistema adotado no direito inglês do ordenamento jurídico brasileiro diz respeito às fontes do direito. Na Inglaterra, os costumes foram as principais fontes do direito, daí porque o direito inglês é denominado como consuetudinário. (SABINO, 2010, p. 54) Já no direito brasileiro, as leis foram e ainda são as principais fontes do direito. (ODAHARA, 2011, p. 54) Assim, no Brasil, os costumes funcionam apenas como fonte supletivas para suprir lacunas na lei¹³.

Dessa análise já se verifica outra diferença substancial entre o sistema de precedentes inglês e o direito sumular brasileiro. Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*, pois são os próprios precedentes que determinam sua vinculação. No direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais. Assim, a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.

Nesse sentido, Gustavo Santana Nogueira afirma que “jamais tivemos uma cultura que valorizasse os precedentes.” (NOGUEIRA, 2011, p. 219) Segundo o autor, tal prática se inicia nas faculdades de direito, onde se ensinam e se estudam as regras do direito positivado e não como tal direito é visto pelos tribunais e ainda indaga: “se nem mesmo os tribunais respeitam os seus precedentes, por que as universidades fariam o estudo de algo que muda constantemente?” (NOGUEIRA, 2011, p. 220)

¹³ Nos termos do art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”



Nessas palavras o autor resume a realidade do direito brasileiro que, embora possua inúmeras regras jurídicas que buscam a uniformidade das decisões, bem como sua segurança e previsibilidade; os próprios tribunais não conseguem compreender o fenômeno da vinculação aos precedentes, seja por meio das regras positivadas pelo direito brasileiro, seja pela ausência de observação das suas próprias decisões. (NOGUEIRA, 2011, p. 220)

Por outro lado, Sergio Bermudes entende que a instituição da súmula vinculante por meio do art. 103-A da Constituição Federal de 1988 buscou resolver, em parte, o gravíssimo problema dos reiterados desafios à jurisprudência assente de um tribunal por julgamento e recursos contrários a ela. (BERMUDES, 2005, p. 115) O autor ainda observou que a Emenda Constitucional 45, de 2004, que instituiu a súmula vinculante foi prudente ao criar um alcance limitado.

Também explica Roger Stiefelmann Leal que a similitude entre o efeito vinculante e a regra do *stare decisis* é lugar comum no estudo do efeito vinculante no direito brasileiro. Entretanto, “uma análise mais pormenorizada da questão revela diferenças conceituais que dificultam apreciá-los como instrumentos de mesma espécie” (LEAL, 2006, p. 127). Explica o autor que “o efeito vinculante foi forjado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade europeu com a finalidade de solucionar eventuais renitências ou inconformidades dos demais poderes em face de suas decisões”. (LEAL, 2006, p. 127)

Já o *stare decisis* é um mecanismo “erigido nos primórdios da *common law* de modo a atribuir alguma estabilidade na regulação das relações sociais, quando a produção legislativa era ainda escassa ou nula” (LEAL, 2006, p. 127). Assim, “não constitui prática voltada para o controle de constitucionalidade, especialmente à resolução do concreto problema suscitado em fase da recalcitrância dos demais poderes”. (LEAL, 2006, p. 127)

Outra diferença entre os dois institutos se refere à sua abrangência. O *stare decisis* é um instrumento de coerência interna do Poder Judiciário, “enquanto que o efeito vinculante tem natureza impositiva externa obrigando, inclusive e principalmente, instâncias não jurisdicionais, notadamente o Poder Legislativo e o Executivo”. (LEAL, 2006, p. 127)



Outro problema que dificulta a adoção do sistema de precedentes no direito brasileiro está relacionado ao papel desempenhado pelos juízes. Na Inglaterra, os juízes sempre foram vistos como verdadeiros criados do direito. (ODAHARA, 2011, p. 57) Já no Brasil, por muito tempo e até os dias atuais, o papel de criação pelo juiz é visto com muitas críticas pela doutrina, embora hoje existam mais estudos que tratam do papel criador desempenhado pelos juízes.

Ainda é possível destacar outro ponto que dificulta a busca pela segurança jurídica no direito brasileiro: a mudança da composição dos membros dos tribunais superiores, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. (NOGUEIRA, 2011, p. 220) Como visto, no direito inglês e no direito norte-americano sequer os doutrinadores tocam nesse assunto, já que as possibilidades existentes nesses sistemas jurídicos para alteração, atualização e superação de um precedente são exceções e raramente ocorrem.

Com essa análise, observou-se que o sistema de precedentes adotado pelo direito brasileiro não permite extrair o princípio, vinculante ou persuasivo, a ser utilizado para decisão do caso concreto em análise. Trata-se de um modelo operacional totalmente diferente do adotado no Brasil, seja na sua origem, seja na sua operacionalização. Segundo José Rodriguez, no Brasil a fundamentação das decisões, por decorrer da opinião pessoal do julgador, é um aspecto menor do funcionamento da nossa jurisdição. Há “formação de padrões decisórios, especialmente por meio de ementas e súmulas que não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

O que se verifica é que “os acórdãos escritos dos tribunais são o mero registro dos debates, sem preocupação com a coerência da argumentação e sem a redação de uma decisão oficial do tribunal” (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94) e a decisão é tomada por agregação da opinião dos juízes dos órgãos colegiados, não dando qualquer destaque às razões para decidir (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94). Isso origina um sistema de precedente baseado em argumentos de autoridade, havendo “pouca incidência de argumentação sistemática que procure reconstruir racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz desta reconstrução”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)



Assim, no modelo brasileiro não há um sistema de precedentes organizado e a “citação de casos, quando ocorre, não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94) O que se verifica é que os casos são citados em forma de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença e é “muito difícil encontrar casos que sirvam de referência para todos os juízes no que diga respeito a um mesmo problema jurídico”. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

Para diferenciar ainda mais os dois sistemas de precedentes, no Brasil, também há constante citação de obras doutrinárias, inclusive de autores estrangeiros, sem ao menos inserir qualquer comentário às citações, como se verifica comumente no Supremo Tribunal Federal, principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes, que possui formação alemã. (RODRIGUEZ, 2013, p. 93-94)

Diante dessa análise, foi possível verificar que o papel dos precedentes no direito brasileiro nada tem a ver com o papel desempenhado por estes no direito norte-americano. Logo, qual a viabilidade de adotar uma teoria de princípios feita em um modelo totalmente diferente do sistema brasileiro? É o que o presente trabalho se propõe demonstrar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A busca de maior segurança nas decisões judiciais e a otimização destas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos e, conseqüentemente, por uma maior segurança jurídica em prol da sociedade, levou vários países a adotarem mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência.

2. Para solucionar esse problema no ordenamento jurídico brasileiro, seria possível adoção do sistema de precedentes, originário do modelo do *common law*, no direito brasileiro, no qual se adota o modelo do *civil law*, com o objetivo de garantir a segurança jurídica?

3. Para iniciar esse estudo, dividiu-se o estudo do direito com base nas família romano-germânica, na da *common law* e na da *civil law*. A família romano-germânica agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base



do direito romano, tendo seu berço na Europa. Essa família se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça; além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos.

4. O ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, devido à colonização portuguesa, sofreu um movimento similar ao ordenamento jurídico da França e da Alemanha, que pretendiam construir o Direito baseado no *code*. Portanto, no direito brasileiro, a rigor, a fonte primordial é a lei.

6. Já a família da *common law*, típica do direito inglês, tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais e caracterizado pelo fato de que na ausência de norma escrita os juízes tinham que formular uma decisão para o caso concreto. Assim, diferentemente da família romano-germânica, na Inglaterra, a fonte principal do direito eram os costumes observados pela sociedade e a conduta social era regulada pela razão, ou por aquilo que os membros da sociedade entendiam como correto.

7. O sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto, está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes.

8. O sistema da *common law* também possuiu uma hierarquia funcional muito bem articulada, em que o efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Nesse sentido, as decisões vinculam a própria corte que a profere (eficácia interna), assim como todos os órgãos inferiores (eficácia externa).

9. Nos Estados Unidos, por razões lógicas em decorrência da colonização inglesa, o sistema de precedentes adotado é muito semelhante ao modelo inglês. As decisões proferidas pelo mesmo órgão ou por órgão ao qual o magistrado é ligado vinculam seus julgados, mas com uma importante exceção. A Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões, o que permite a esses tribunais reverem suas posições que se tornaram defasadas, por meio da técnica denominada *overruling*.



10. No caso do direito brasileiro, verifica-se que uma série de medidas vem sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais com vistas a uma uniformização do entendimento jurisprudencial, como se verifica no disposto no art. 475, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, e também no art. 103-A da Constituição de 1988. É possível ainda citar outros dispositivos que podem se aproximar do sistema de precedentes: tem-se o art. 105 da Constituição de 1988 que estipulou a missão do STJ de uniformizar a jurisprudência sobre aplicação da lei federal, o art. 557 do CPC, art. 285-A do CPC, art. 518, parágrafo 1º, do CPC e outros. Todos esses exemplos permitem a existência de sistema de vinculação a decisões já proferidas por outros órgãos ou no passado, tal como se verificou no direito inglês, por meio do sistema dos precedentes. Entretanto, observa-se que a adoção de tais mecanismos não possibilita a conclusão de que o direito brasileiro adota o sistema dos precedentes.

11. Primeiramente porque, no Brasil, a formação de jurisprudência ou das súmulas depende de decisões reiteradas sobre mesmo assunto; enquanto que a formação de um precedente no direito inglês depende apenas de uma única decisão judicial. E, segundo, porque a vinculação das decisões no direito brasileiro é exercido quase que de forma exclusivamente vertical, enquanto que no sistema da *common law* essa vinculação ocorre também no campo horizontal.

12. Na Inglaterra, os costumes foram as principais fontes do direito. Já no direito brasileiro, que recepcionou grande parte dos institutos do modelo da *civil law*, as leis foram e ainda são as principais fontes do direito. Assim, no Brasil, os costumes funcionam apenas como fonte supletivas para suprir lacunas na lei.

13. Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*; no direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais.

14. A adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional no. 45: observações aos artigos da Constituição alterados pela Emenda Constitucional no. 45, de 08 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 4ª. Conferência – Adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. **Processos coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 03, 01 jul 2011.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, **Revista Dialética de Direito Processual Civil** n. 85, abril 2010, fls. 51/72.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**. São Paulo: São Paulo, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2013.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e Direito **processual civil europeu contemporâneo**. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.