



**A MÁXIMA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: UMA FUSÃO
ENTRE COMMON E CIVIL LAW?**

**THE DOCTRINE OF PRECEDENTS IN BRAZILIAN LAW: A MERGER
BETWEEN COMMON AND CIVIL LAW?**

Mariana Martins Gomes¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a nova doutrina de precedentes no ordenamento brasileiro com discussões acerca de uma possível fusão entre os sistemas legais de *common* e *civil law*, bem como formar, mediante análise crítica, opiniões acerca das influências sofridas historicamente no direito brasileiro pelo sistema das cortes britânica e estadunidense; principalmente no que se refere às condutas recentes do Supremo Tribunal Federal e a criação de súmulas vinculantes.

Palavras-chave: Sistemas legais; Common law; Civil Law; Precedentes.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the new doctrine of precedents on Brazilian legal system with discussions about a possible merger between the common and civil law legal systems, as well as to form, through a critical analysis, opinions about the historical influences suffered by Brazilian law by the system of the British and American courts; especially with regard to the recent conduct of the Federal Supreme Court and the creation of binding precedents.

Key words: Legal systems; Common law; Civil Law; Precedents.

INTRODUÇÃO

Sistemas jurídicos entendem-se por serem conjuntos de normas interdependentes, reunidas segundo determinados princípios unificadores. Estes princípios, assim sendo, por vários motivos foram surgindo ao redor do mundo seguindo contextos políticos e culturais particulares. O conceito de *civil law* deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa e suas colônias ao longo da história, obedecendo quase que integralmente a seus princípios, priorizando desde então a elaboração de leis e códigos.

Na visão de Guido Fernando Silva Soares (1999):

[...] a compilação e codificação do Direito Romano cristalizou, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos foram, em particular nas universidades medievais, dando uma feição racional às soluções causuísticas e assistemáticas dos romanos[...] Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo.

Destarte, acreditava-se que somente o direito poderia assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso (DAVID, 2002). Assim, a tradição romanística passou a se caracterizar pela supremacia atribuída à lei e ao direito positivado, conferindo às demais fontes valor meramente complementar e que, portanto, perdurou com o passar dos séculos.

Apura-se que os brasileiros, pelo menos das primeiras gerações de legisladores e juristas são fruto dos ideais portugueses de compilar as regras jurídicas em uma espécie de codificação, para reformular o ensino do direito nacional. Isso porque esses operadores do direito foram formados em Coimbra, ambiente no qual os primeiros cursos jurídicos brasileiros refletem esta reserva oitocentista ao direito romano. (LOPES, 2012). Logo observa-se, a nítida influência que o direito brasileiro recebeu dos princípios de interpretação advindos do Direito Romano clássico e posteriormente do juspositivismo.

A Revolução francesa também pretendeu proibir o juiz de interpretar a lei. Imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível o juiz simplesmente aplicar a lei e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender seu alcance sem nunca se deparar com ausência ou conflito entre as normas (MARINONI,

2009). Claramente o sistema brasileiro, até os dias atuais, permanece com essa tese e estrutura jurídica extremamente densa, vide a enorme quantidade de códigos, leis, decretos e resoluções criadas com o intuito de garantir a máxima efetivação do direito e o mínimo de lacunas possíveis.

Dáí há o que se falar em críticas e falhas desse sistema, sobretudo no ordenamento brasileiro que, além de apresentar o que muitos acreditam ser um excesso normativo, também evidencia pouquíssima eficácia no plano concreto. Ora, o excesso de leis trazem incontáveis contradições, seja no trato com a sociedade, seja no ambiente acadêmico, seja no próprio entendimento dos Tribunais; e o resultado disso tudo, para o sistema, é o descrédito na efetividade social ou até mesmo o não conhecimento das leis existentes pela grande maioria da população e, no âmbito jurídico, a criação desenfreada de teorias e mais teorias, entendimentos e infundáveis correntes doutrinárias (RIBEIRO, 2011).

A distinção entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, portanto, excede o nível dos conceitos, alcançando a própria estrutura, entendida como o modo básico de elaboração e difusão do conhecimento jurídico bem como das relações entre as fontes do direito que se mostram antagônicas, como se relata a seguir.

1. O DIREITO INGLÊS E A CULTURA DO CASE LAW

As primeiras noções de *Common Law* derivam de “direito comum”, que a priori, advinham dos julgados de cortes constituídas pelo rei e a ele subordinadas, representando portanto, a implantação de direitos costumeiros e peculiares de cada tribo de povos da Inglaterra. O marco fundamental para a formação do sistema jurídico baseado no *common law* foi a conquista normanda da Inglaterra em 1066. Com a chegada dos normandos ocorreu o fim de uma sociedade tribal, caracterizada pelo direito fragmentado e local, que cedeu espaço para uma sociedade feudalista e organizada, com grande experiência administrativa. (DAVID, 2006)

Já sob o respaldo da dominação da normanda e a criação dos *Royal Courts of Justice*, ou Tribunais de Westminster, houve a produção das doutrinas e teorias que constituíam os fundamentos e os mais importantes preceitos de *common law*. Constituiu-se assim, um direito comum a toda Inglaterra, unificado, em oposição aos diferentes costumes

locais; isto é, uma centralização própria de variadas decisões que antes eram distintas e válidas para cada uma das tribos da ilha britânica. Nos séculos que se seguiram, o aumento progressivo da atuação dos tribunais, além de propiciar uma maior concentração de poderes em geral, resultou em significativa disseminação de estudo jurídico.

Embora os primeiros juízes da *common law* tenham aplicado regras de origem romana - princípios que a priori serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês ainda muito basal -, 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) Assim, 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.

Além disso, observa:

[...] que na *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.)

Inegável é a importância que o *stare decisis* teve para o desenvolvimento do *common law*, e também os precedentes, que ao lado da lei e dos costumes, constituem fonte de direito neste sistema. O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar *em judge make law* (MARINONI, 2009). Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar suas decisões, as quais se sobrepunham ao legislativo, que, por isso, deveria atuar apenas de modo a complementar as lacunas que pudessem surgir.

Dessa forma, nota-se que o sistema anglo saxônico sempre demonstrou 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 em cada caso concreto e a importância de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito. (TUCCI, 2004).

2. AS PECULIARIDADES DO DIREITO BRASILEIRO

Sabe-se que, no sistema nacional, o fato de o controle da constitucionalidade poder ser feito por qualquer juiz ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional, confere ao juiz brasileiro um papel de destaque no sistema *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito europeu, em que o controle da constitucionalidade não é permitido à magistratura ordinária, todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos. Isto confere ao sistema judicial brasileiro uma grande particularidade, na medida em que o juiz de 1º grau de jurisdição, ao decidir os casos concretos, tem o poder de negar a lei desconforme a Constituição, assim como de dar sentido judicial à lei por meio das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade, além de suprir a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais (MARINONI, 2009).

Trata-se de um poder de muito mais amplo do que o observado diante de outros sistemas legais pelo mundo, que faz do juiz brasileiro um personagem que em nada se assemelha ao magistrado comumente idealizado nos padrões do *civil law*. Nesse sistema o juiz de primeiro grau tem poder para deliberar sobre a constitucionalidade da lei, enquanto no outro não. O sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é um exemplo de heterogeneidade e da contínua evolução cultural e que têm passado os diferentes sistemas de jurisdição constitucional pelo mundo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, 2009, p. 42:

Quando o controle da constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes é ainda mais evidente, já que não está em jogo apenas a unificação da interpretação do direito infraconstitucional, mas também a própria afirmação judicial do significado da Constituição [...]

Esse era um dos aspectos dos sistemas jurídicos que vinham preocupando estudiosos e juristas; a insegurança gerada nos jurisdicionados o fato de pessoas em situações análogas sofrerem efeitos de decisões completamente diferentes.

3. A IDEIA DE PRECEDENTES VINCULANTES

Não há o que se confundir quando se fala de *common law* e precedentes vinculantes. O primeiro, como já mencionado, surge em um contexto histórico e cultural que contribuiu apenas para a unificação do sistema jurídico vigente da época, servindo também de diretriz para prevenir casos semelhantes e decisões contraditórias. Já *o stare decisis* representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o julgado futuro se declare vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos.

Sua proposta é, portanto, de que nos países onde se seguissem a tradição anglo-saxônica *da common law*, que a decisão jurisdicional assumia a função não só de sentenciar determinada lide posta à apreciação do juiz, mas, além disso, também desempenhar a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar no futuro, em caso semelhante, que nenhum venha a ser decidido de maneira contraditória; em face das possíveis interpretações que uma lei e o direito podem gerar. Por mais que a ideia de embasamento geral da criação de um direito jurisprudencial seja, mais do que tudo, garantir à parte mais fraca, que se submete à apuração do judiciário, a maior garantia possível pautada na segurança jurídica, estabelece-se, todavia, que tal propósito não é garantia absoluta e insuperável; não havendo, então, obediência cega uma vez que são possíveis decisões distintas dos precedentes costumeiros, se verificada ausência de razoabilidade e/ou erro na sentença anterior.

Ainda, em concordância com Sérgio Gilberto Porto, (2005) pode-se afirmar que:

[...] o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar, deixando, desse modo, bem claro a diferença entre o *stare decisis* e a chamada súmula vinculante que, nesta quadra da história, preocupa a comunidade jurídica nacional. Note-se, pois, diferença fundamental entre uma e outra situação. Na espécie *stare decisis* a decisão de adotar o precedente, como já registrado, cabe ao juiz posterior, ou seja, aquele que esta no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante.

Desse modo, a grande diferença entre o *stare decisis* fundado segundo contextos do direito inglês, e a ideia dos precedentes vinculantes é: que este, gera nada mais do que uma faculdade do juiz posterior, de empregar ou não os preceitos já ocorridos e documentados

anteriormente, tendo-os então como fato que serve apenas como norte para suas decisões. As súmulas, todavia, representam um instituto com muito mais poder e força normativa; pois derivam de juízo superior e constituem ordem de caráter vinculante e absoluto; no qual as cortes inferiores se veem obrigadas a agir de acordo.

Tércio Sampaio Ferraz Jr, (1994, p. 246) também faz referência entre costume e jurisprudência, citando:

Apesar disso, é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não se pode desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes se constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais [...] Mais recentemente, porém, tem-se assistido ao aparecimento de fenômenos novos, com o caso da uniformização da jurisprudência por força da própria lei processual e das súmulas dos tribunais superiores [...]

A ideia de manutenção de jurisprudência estável nas Cortes Superiores gera segurança jurídica e se consolida, como já observamos, até mesmo em pressuposto para que essa jurisprudência seja respeitada. Essa é a única forma de se dar plena aplicação ao princípio da isonomia, ou seja, garantir que todos tenham igualdade de tratamento na busca pelo Judiciário. O princípio da legalidade e o da isonomia, verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a evitar que ocorram essas discrepâncias. É a necessidade de uniformizar a jurisprudência (WAMBIER, 2011). Contudo, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 vem trazer um instituto que, para alguns, confere ao Judiciário poderes normativos, ferindo de antemão o princípio da separação dos poderes; além de tirar a autonomia dos magistrados, quando da análise dos casos concretos, estreitando suas decisões ao que postula a Súmula Vinculante, se esta tiver como objeto o direito em questão.

Todavia, devemos primeiramente observar os motivos que levaram a votação da EC 45/04, e que em síntese, foram: conferir maior celeridade, efetivar o acesso à justiça, garantir maior segurança jurídica, e, sobretudo por consequência, o cumprimento do princípio da isonomia, atestando a igualdade de tratamento, sem discriminação de qualquer natureza, na análise de casos concretos análogos. Quanto a diligência, deve evitar com que casos que poderiam ser decididos conforme determinado precedente, não irão seguir por

instância desnecessária, vez que o desfecho já será conhecido no primeiro grau de jurisdição.

Salienta-se ainda, sobre a questão do judiciário estar “criando normas”, ferindo então o princípio da separação dos poderes, submetendo seus magistrados tão somente à aplicação da lei e dos precedentes vinculantes que, o art. 103-A, § 1º da Constituição determina que as súmulas vinculantes “terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, sendo vedado, portanto, ao Supremo editar qualquer súmula sem prévio suporte legal em sentido amplo. Ademais, o próprio dispositivo ainda estabelece que, se revogada ou modificada a lei em que se fundou o enunciado da súmula; o tribunal, de ofício ou por provocação, ainda poderá proceder à sua revisão ou cancelamento se for o caso, na forma da lei. Logo, não há o que se falar em criação normativa do judiciário.

Na visão de Teresa Wambier, (2011):

[...] O sistema da súmula vinculante talvez seja um dos métodos mais eficientes para essa finalidade. O Estado de Direito pode ser visto como uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade, e se constitui numa defesa contra a arbitrariedade. Devem-se, portanto, prestigiar os princípios que estão em sua base.

Na verdade, o que se verifica é que as súmulas vinculantes, conforme o texto constitucional, foram introduzidas como um modelo alternativo derivado de uma fusão entre o sistema histórico brasileiro (Romano), e do modelo anglo-americano, mas que evoluiu para elaboração nitidamente original sobre reiteradas decisões baseadas, principalmente, nos fundamentos do direito constitucional, que então obtiveram “força de lei” ou efeito vinculante sobre todo o poder Judiciário e à Administração, direta e indireta, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea todo e qualquer avanço, seja no meio social, cultural ou jurídico, deve levar em consideração a posição que ocupa no contexto globalizado. Ademais, percebe-se diante de tudo que foi exposto, que o nosso ordenamento jurídico

permanece em indiscutível mudança, deixando de lado algumas antigas premissas características do sistema *civil law* e submetendo-se cada vez mais às tendências do *stare decisis*. Para os estudiosos e operadores do direito, fica a impressão de que o sistema se rende a doutrina de precedentes, lentamente. Nesse prisma as mudanças, de fato, precisam ser feitas aos poucos, todavia, depois de promulgada a EC 45/04 não há mais o que se falar de sistema puro, nem sequer de tradição pautada na escusa de falta de leis atuais. Cumpre dizer que também essa tendência não abrange somente a incorporação de práticas anglo saxônicas pelos países que tiveram a máquina jurídica derivada do direito romano, mas também vice e versa, uma vez que os países adotantes do sistema de precedentes cada vez mais apresentam ampliação de seus códigos.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta ser um sistema melhorado de fusão entre *civil law* e da *common law*, tendo em vista que os nossos institutos jurídicos estão entre os melhores do mundo. Todavia, o ordenamento vem sendo operado por meio de imensa produção doutrinária e uma ampla jurisprudência de forma harmônica, ao passo que posição do pensamento jurídico forma um novo modelo legal, existente somente no Brasil e que evoluirá em todo momento.

Dessa forma, em virtude de tudo o que foi mencionado, o processo deve sempre estar aberto à discussão, principalmente no que se refere ao uso e troca de experiências entre outros sistemas; de nada adianta criar barreiras doutrinárias sem estratégia de debate e busca de conhecimento. A importância da controvérsia é sempre refletir e buscar evolução, evitando assim o engessamento da matéria jurídica.

REFERÊNCIAS

CANÁRIO, Pedro. Caminhamos a passos largos para a common law. afirma Teori Zavascki. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>>

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DOS SANTOS, Ramon Alberto; DE ARAÚJO, Renê José Cilião. Common law e civil law: uma análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas. 2010. Disponível em: http://www.cesumar.br/prppge/pesquisa/epcc2011/anais/ramon_alberto_dos_santos.pdf

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

GALIO, M. H. História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. 2014. In: Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos>.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, 2011 - academia.edu.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 20 set. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 49, 2009.

MARQUES, Fernando Cristian. Supremo Tribunal Federal: Aproximação do Common law e Civil law. Jus.com.br. 2014. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/28904/supremo-tribunal-federal-aproximacao-do-common-law-e-civil-law>> Acesso em: 20 set, 2017.

OLIVEIRA, ANA CAROLINA. Diferenças e Semelhanças entre os Sistemas da Civil Law e da Common Law. Direito Público, v. 12, n. 64, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

RIBEIRO, Bruno Servello. O Excesso de Leis e sua Inefetividade Social. Âmbito jurídico, 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9332>.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law ? Revista de doutrina da 4ª Região, 2011.