

# A INFLUÊNCIA DO SISTEMA COMMON LAW NO DIREITO BRASILEIRO: A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Vanessa Azevedo FIDELIX<sup>1</sup>  
Rodrigo Lemos ARTEIRO<sup>2</sup>

**RESUMO:** Para a apresentação do trabalho foi escolhido o método dedutivo, partindo da parte geral para o particular. Iniciando-se pela parte histórica do *civil law* e da *common law*, posteriormente partimos para a demonstração das grandes diferenças entre os sistemas em questão. Seguimos então com as principais influências do sistema do *common law* no direito brasileiro através de institutos que antigamente não eram utilizados e hoje ganham cada vez mais força no direito brasileiro. Concluimos com o tema central sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes, peça chave para o sistema do *common law*, pois através dessa teoria veremos os vários desdobramentos e conseqüências que causa em ambos sistemas discutidos.

**Palavras-chave:** *Common law. Civil law. Stare decisis. Ratio decidendi.* Fundamentação.

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente serão estabelecidos Princípios constitucionais relacionados ao tema da teoria da transcendência dos motivos determinantes, como essa teoria tem origem no *common law* ou sistema anglo-americano, há necessidade de pontuar os princípios que regem a nosso sistema jurídico que é a *civil law* ou sistema jurídico romano-germânico, com a finalidade de dar suporte ao entendimento do nosso sistema, e posteriormente explicar como essa teoria vem modificando a aplicação do direito no sistema brasileiro.

Antes da exposição dos Princípios constitucionais é preciso diferenciar as normas dos princípios: As normas do ordenamento jurídico regulam certas

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. [vanessafidelix@hotmail.com](mailto:vanessafidelix@hotmail.com).

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente e especialista pela mesma instituição. Mestre em ciências jurídicas pela UENP, Universidade Estadual do Norte do Paraná.

situações específicas que estão positivadas nos códigos e leis, que podem até abranger outras situações utilizando-se a analogia, costumes, princípios gerais do direito e equidade conforme artigo 4º da LINDB, assim o direito protege aquela determinada situação, e em contrapartida os princípios servem de base para criação de muitas normas, e também são utilizados para dar aplicação e função às normas do ordenamento jurídico, ou seja, são regras gerais utilizadas para situações abstratas visto que tem sua criação através de valores sociais, morais.

Daremos início com o **Princípio da supremacia da constituição** que coloca a Constituição acima de qualquer lei e atos normativos do Art. 59 da CF/88, portanto toda e qualquer regra no nosso ordenamento jurídico deve estar de acordo e seguir os preceitos estabelecidos pela Constituição, ou seja, qualquer lei ou ato normativo deve encontrar subsídios na Constituição, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Segundo a teoria de Hans Kelsen está a Constituição no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, vindo abaixo leis e atos normativos, e em seguida outros atos normativos como decretos, portarias.

No mesmo patamar encontra-se o **Princípio da rigidez constitucional** é uma das grandes conquistas da humanidade, visto que limita a discricionariedade do Poder Legislativo e algumas vezes do executivo, não podendo ser a Constituição alterada facilmente pelo legislador, mas deve passar por um processo legislativo mais rígido e mais solene que a legislação ordinária.

Essa rigidez dá segurança jurídica às pessoas, apenas sendo possível alterar a Constituição através de emenda constitucional, sendo que em relação aos direitos e garantias fundamentais, não há possibilidade de mudança, visto que são cláusulas pétreas segundo artigo 60, parágrafo quarto da CF/88, apenas podendo ser alterados se forem para ampliá-los.

Todo mundo tem o direito de ter um processo conforme estabelecido pela Constituição, ou seja, conforme o **Princípio do devido processo legal**, onde todos os direitos devem ser respeitados e devem estar sob a supervisão do

Judiciário para que os atos tenham legalidade, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (2012, p 314):

“O Princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 deve ser associado a clausula *due process of law* do direito anglo-americano.”

“Impede essa clausula toda restrição a liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar. Dentro de espírito do Direito anglo-americano, essa clausula implica o controle pelos órgãos judiciais e pelos processos previstos pela *Common Law*. Com isso, o principio se torna mais solido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia.”

**O Princípio da segurança jurídica** é extremamente importante, pois nos dá a certeza da consequência dos atos praticados, assim mesmo que tenhamos nosso direito ferido, teremos a certeza de que estamos protegidos por mecanismos estabelecidos nas leis, encontra-se no artigo 5º caput da CF/88, como também no mesmo artigo no inciso XXXVI, onde é estabelecido a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No Brasil adotamos o sistema da *Civil law*, nossa principal fonte de direito portanto são as leis, os códigos, e a Constituição, assim teremos tutela do direito escrito como principal fonte para nos proteger.

Outro Princípio que visa dar legitimidade aos atos do poder publico é **Princípio do devido processo legislativo**, que estabelece como devem ser elaboradas as leis, o processo para cada tipo de lei, a iniciativa para criá-las, como devem ser organizadas as sessões, o quorum de deliberação, portanto para que uma lei tenha legitimidade e não seja declarada inconstitucional formal ou materialmente deve ela seguir certas solenidades, conforme pontua a ilustríssima Maria Helena Diniz, (2011, p 288):

“A rigor, a fonte jurídica formal é o processo legislativo, que compreende a elaboração de leis, ou melhor, de todas as categorias normativas referidas no Art. 59 da nova Carta. Como o direito regula sua própria criação ou elaboração, o processo legislativo está previsto na Constituição Federal.”

**O Princípio contramajoritário** serve de proteção a todos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, é o juiz o maior interprete e fiscalizador da Constituição à obediência aos direitos fundamentais, sua decisão em uma

determinada situação dependerá de reflexão sobre a possível violação de um direito fundamental ou não, não levando em conta a o que a maioria quer ou acha certo, mas decide com o intuito de proteger as pessoas que possam possivelmente ter um direito fundamental abalado.

Após exposição dos principais princípios constitucionais relacionados ao tema, é possível perceber características marcantes do sistema *civil law* adotado no Brasil através de características como rigidez das leis e da Constituição, processo solene para alterá-la, respeito e fiscalização do juiz aos direitos fundamentais, respeito as leis, atos normativos, códigos e a Constituição, sendo assim é a legislação escrita a nossa principal fonte de direito.

**O Princípio democrático** é o governo da maioria, no Brasil o nosso sistema é a democracia representativa, ou seja, o povo escolhe através do voto secreto e através de suas opções políticas e seus valores pessoais, quem o representará para exercer o cargo em nome de seus representados, podendo então dessa forma participar do governo, conforme parágrafo único do art.1º da CF/88, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (2012, p 112):

“Ora, com o sufrágio universal, os representantes vieram a ser escolhidos por um todo (ou quase) o povo. Tomou, por isso, o governo representativo um caráter democrático. Veio a ser chamado de democracia representativa. Um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege.”

A democracia visa afastar os abusos e o poder absoluto dos governantes, contendo a principal função de proteger os direitos humanos fundamentais da Constituição, proporcionando liberdade política, religiosa, econômica, social e cultural.

São esses princípios essenciais para o Estado Democrático de Direito, que visa proteger os Direitos da pessoa humana que se encontram em muitos dispositivos estabelecidos por nossa Constituição Federal de 1988. São princípios importantes que ajudam a entender nosso sistema jurídico, em que valores ele se baseia, onde podemos encontrar apoio para muitas normas e

fundamentos para interpretação delas.

## 2. ORIGEM HISTÓRICA DOS SISTEMAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW

Para entendermos melhor a influência que o sistema *common law* vem causando no direito brasileiro, precisamos primeiramente fazer uma análise das diferenças básicas entre o *civil law* e a *common law*, muitas dessas diferenças tem fundamento histórico, como explica Marinoni (2010, p.23):

“O *civil Law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou a formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.”

Para um breve conhecimento histórico sabemos que o *civil law* teve sua formação no período Romano através da lei e códigos que só poderiam ser criados através de atos do legislativo, percebe-se desde então o positivismo e o formalismo, um direito sempre adstrito as formas típicas da *civil law*, sistema adotado pelos países sobre influencia romano-germânica.

O Brasil por ter sido colonizado pelos portugueses que adotavam esse sistema, conseqüentemente passou a utilizar esse sistema positivista, como se observa na lição de Sílvio Salvo Venosa (2010, p. 54):

“Evidentemente, a história de nosso direito está ligada a Portugal. Foi da universidade de Coimbra que os estudos do Direito Romano, alicerce do direito português, ganharam difusão.”

“Também em Portugal se verificou o fenômeno da recepção do Direito Romano, assim como ocorrera na Alemanha, França, Espanha e em quase todos os países do ocidente. Essa recepção era a adaptação do Direito Romano clássico aos povos que sofreram a fragmentação das conquistas bárbaras, quando surgiram várias nações com caracteres próprios.”

Podemos observar que a origem da *civil law* é no Direito Romano, esse direito deu sustentação as características típicas do direito legalista, visto que

no Império Romano os povos serem foram governados por um sistema de leis ainda existente nos países de tradição romano-germânica, como podemos observar nas palavras de José Cretella Junior, (2000, p. 8):

“(...) numerosos institutos do direito romano não morreram: estão vivos, ou exatamente como foram, o com alterações tão pequenas que se reconhecem, ainda, nos modernos institutos de nossos dias que lhes correspondem. Para contratos ( a compra e venda, o mutuo, o comodato, o deposito, o penhor, a hipoteca), ainda existentes nos sistemas jurídicos de hoje.”

Por ser o direito mais antigo, também tem o *common law* origem no Direito Romano, que apesar de se utilizar predominantemente do sistema legalista, se utilizava também de outras fontes de direito, as leis “criadas” pelos magistrados e também os costumes. Conforme preleciona José Cretella Junior, (2010, p. 22):

“ Assim *fonte de direito romano* é tudo aquilo de onde emanam as normas jurídicas romanas. No direito romano, classificam-se as fontes em *escritas* (“*jus scriptum*”) e não *escritas* (“*jus non scriptum*”). O *Jus non escriptum* é o costume (“*mos, mos majorum*” “*consuetudo*”) e o *jus scriptum* é constituído pela lei, *plebiscitos, senatosconsultos, constituições imperiais, editos dos magistrados e respostas dos prudentes*.

“Ao lado do direito civil, mais antigo, mais conservador estrito e formalista, vai-se constituindo, aos poucos um outro direito, mais novo, menos formalista adaptado as circunstancias do momento: é o direito honorário, porque emana de magistrados investidos de funções publicas, honores ( pretores, edis curuis, governadores). É também denominado mais especificamente, de *direito pretoriano* ou *do pretor*. “Este direito honorário ou pretoriano criado pelos magistrados (“*qui honores gerunt*”) ao contrario do *jus civile*, que deriva de fontes legislativas e da doutrina dos *jurisconsultos* nem sempre esta em conflito com este.”

Estas outras fontes de direito derem a origem ao sistema *common law*, que possui essas características típicas de menos formalidade, menos leis positivadas e o uso de costumes para integrar o direito, conforme outra lição de José Cretella Junior sobre o tema, (2010, p. 23): “ Havia na Grã-Bertanha, no período medieval, um direito consuetudinário ou costumeiro – *commom law* -, direito rígido e formalista , como em Roma.”

Nesse momento podemos concluir, observando que os países que foram colonizados pela Inglaterra, por consequência adotaram o sistema da *common law* ou direito costumeiro, que é o caso dos Estados Unidos, Canadá, e Austrália, dentro outros países que se também se utilizam de alguns institutos da common law em seu direito.

Do outro lado, países que foram colonizados por Portugal, França, Alemanha, Holanda e maior parte da Europa, que seguiam o modelo da *civil law*, (direito positivista), passaram a adotar esse modelo, que encontra-se predominantemente difundido nos países da América Latina e América Central com exceções de alguns países, e é adotada pela maioria dos países da Europa, além de alguns países do continente africano.

### **3. DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW**

As ideias básicas que temos da *civil law*, são a de direito escrito, positivado e rígido, nossos códigos e atos normativos são a nossa principal fonte de lei, possuindo cada ato normativo formalidades para a sua criação, assim está o juiz adstrito a respeitar essas fontes normativas, sob pena de sua sentença ser nula, conforme artigo 93, inciso IX da CF/88.

O *common law*, possui fontes jurídicas diferentes como a jurisprudência, que é a uniformização do pensamento de determinadas cortes, e o costume, que seria a ideia que as pessoas possuem de certa conduta como obrigatória portanto, o juiz tem maior liberdade para fazer a sua decisão, porém não são apenas as fontes que distinguem os dois sistemas mas percebe-se que o juiz tem papel fundamental nessa distinção entre os sistemas.

Luiz Guilherme Marinoni ( 2010,p.55) ao tratar sobre esse assunto:

“No entanto, a codificação, por si só, não pode explicar a distinção entre o *common law* e a *civil law*. Não pense que o *civil law* é caracterizado

pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e a função que o juiz exerce ao considera-los. “

“No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupem em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil Law*, tal distinção esta no valor ou na ideologia subjacente a ideia de Código.”

Para muitas pessoas o sistema *common law* não se utiliza das normas legais como no *civil law*, mas podemos concluir que isso não é verdade visto que o que muda é a interpretação da lei feita pelos juízes do *common law*, pois possuem outros instrumentos jurídicos que são os precedentes e os costumes e são fontes que predominam nesse sistema, e portanto no caso concreto tem uma liberdade muito maior do que o juiz do *civil law*.

Quando há lacunas nas leis no direito brasileiro, o juiz não poderá se eximir de julgar, mas se socorrem a outros mecanismos, como se observa no artigo 126 do Código de Processo civil utilizando analogia, costumes e princípios gerais do direito.

O que se percebe atualmente é, que a *common law* cada vez mais se utiliza das leis, e a *civil law*, na mesma medida se utiliza de outras fontes normativas ou seja, os dois sistemas mantêm as suas principais características, ao mesmo tempo que se utilizam de ferramentas que antes não utilizavam, isso ocorre principalmente com o *civil law*, que integra em seu sistema, diversos institutos da *common law*, como será demonstrado adiante.



#### 4. OS INSTITUTOS DA COMMON LAW MAIS INFLUENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil segue o sistema jurídico romano-germânico, ou seja, o *civil law*, atualmente o direito brasileiro tem dado maior importância a uma das mais marcantes características do sistema anglo-americano, que se utiliza dos precedentes judiciais (*cases*) para dar a sentença. Os *cases* funcionam como fonte de lei para a *common law*, sendo levados a juízo para provar a tese do caso discutido, na lição de André Ramos Tavares (1967) Pedro Lenza (2004, p. 47):

“[...] o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o *caso já decidido*, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. Esse precedente, como princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá a ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira)”.

Com o implemento das súmulas vinculantes através da EC n.º 45/2004, começou o direito brasileiro a dar maior importância aos precedentes dos tribunais superiores, que vinculam as decisões dos tribunais inferiores as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, não podendo os tribunais decidirem de forma diversa, assim há uma aproximação ao instituto do *stare decisis* do sistema *common law*.

As jurisprudências tem a função de uniformização do pensamento dos tribunais dando aos cidadãos a isonomia que a Constituição prevê em seu artigo 5º caput da CF/88, evitando assim que sejam interpostos recursos onde já se conhece o pensamento daquele tribunal, contribuindo assim a razoável duração do processo e a celeridade processual, conforme dispõe artigo 5º LXXVIII da CF/88.

Na lição do jurista Miguel Reale (2009, p. 167), sobre a definição do conceito de jurisprudência: “Pela palavra “jurisprudência” (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”

Hoje a jurisprudência tem cada vez mais força, no entanto ainda não possui o status de lei, mas é uma das possíveis fontes normativas largamente utilizadas pelo direito brasileiro, diferente do costume que é expressamente uma das fontes de direito brasileiro, caso seja a lei omissa quanto aquele caso concreto poderá ser usado para integrar a norma, conforme dispõe artigo 4º da LINDB.

Outro instituto importante para o direito brasileiro é o controle de constitucionalidade, que é exercido de duas formas, o controle concentrado realizado pelo Supremo Tribunal Federal em regra em casos abstratos, e excepcionalmente pela via incidental podendo ser feito por qualquer Juiz ou Tribunal pela via incidental, ou seja, poderia decidir pela inconstitucionalidade da lei naquele caso concreto.

No Brasil adotamos a mitigação do Princípio da nulidade no controle concentrado, ou seja, quando uma lei é declarada inconstitucional seu efeito poderá ser *ex tunc*, anulando todos os atos anteriores, ou poderá ser *ex nunc*, só a partir da declaração de inconstitucionalidade, visa preservar certos direitos já adquiridos, conforme artigo 27 da Lei n. 9868/99.

O doutrinador Pedro Lenza (2008, p.123) assim ensina:

“Trata-se da denominada, pela doutrina, técnica de modulação dos efeitos da decisão e que, nesse contexto, permite uma melhor adequação de inconstitucionalidade, assegurando, por consequência, outros valores também constitucionalizados como os da segurança jurídica, e do interesse social, e da boa-fé.”

“A regra geral do artigo 27 da Lei n. 9868/99, em casos particulares, também tem sido aplicada, por analogia, ao controle difuso.”

Esse efeito da decisão do controle de constitucionalidade tem o cuidado de preservar a segurança jurídica estabelecida no caput do artigo 5º da CF/88, pois colocados na balança os dois efeitos e as consequências que podem causar, será decidido pelo efeito mais conveniente à causa.

A origem histórica do controle de constitucionalidade difuso é norte-americana, surgiu na decisão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, conforme tabela explicativa abaixo:

Controle Difuso - Histórico		
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ John Adams (Presidente EUA)</li> <li>▪ William Marbury – nomeado “juiz de paz” (juiz federal) – mas a “comissão” para o cargo, embora assinada, não lhe foi entregue.</li> </ul>	x	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Thomas Jefferson (novo Presidente EUA)</li> <li>▪ James Madison – nomeado Secretário de Estado – não efetivou a “comissão” por ordem de Jefferson.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ John Marshall, Chief Justice</li> <li>▪ a lei (Seção 13 do Judiciary Act, de 1789), x a Constituição de 1787 que não fixou competência originaria para apreciar a questão</li> <li>▪ Solução: Havendo conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição aplica-se a regra constitucional, por ser hierarquicamente superior.</li> </ul>		

FONTE: PEDRO LENZA (2008, p. 114)

Com esse caso histórico, o Juiz John Marshall deu poder ao interpretativo ao Judiciário sobre as leis, pois se certa lei não tinha fundamento na Constituição, que é a lei suprema onde devemos espelhar todas as outras leis inferiores, essa lei não deveria existir, seria, portanto inconstitucional, e segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p.60): “Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição, é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei.”

Dessa decisão nasce o controle de constitucionalidade difuso nos Estados Unidos, posteriormente sendo criado o controle de constitucionalidade concentrado feito pela Suprema corte americana e no Brasil, conseqüentemente feito pelo Supremo tribunal federal.

## 5. A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A teoria da transcendência dos motivos determinante passou a ter uma atenção especial no direito Brasileiro principalmente com o implemento das súmulas vinculantes com a EC n° 45/2004, foi a partir de dessa emenda que as súmulas do Supremo Tribunal Federal criaram status de precedentes, ou *stare decisis* para o sistema da *common law*.

Sabemos que o sistema da *common law* se baseia no *stare decisis*, apoiando-se nas decisões anteriores dos famosos *cases*, na lição de Marinoni (2010, p.245): “Quando é invocado o caso X ou o caso Y, são chamadas as *ratio decidendi* desses casos. Assim, é possível dizer que o *stare decisis* ou sistema de precedentes do *common law* é um sistema de casos (*case law*).”

Para iniciar o estudo sobre a teoria, é preciso entender que as sentenças tem papel importante para ambos os sistemas estudados. No Brasil a sentença é dividida em três partes: o relatório, sendo a parte que narra os fatos ocorridos, a fundamentação, onde se busca o fundamento jurídico para a pretensão do direito, e a parte dispositiva, ou seja, onde é decidida a questão de mérito, se procedente ou não a ação, espera-se que a os fatos afirmados se amoldem a norma jurídica, pois o juiz deve julgar pautado pela lei, conforme artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

No Brasil temos um apego formal, na sentença a parte que faz coisa julgada é o dispositivo, ele tem o efeito transcendente ou efeito no âmbito material, fruto de um apego legalista e positivista derivado da tradição do direito português, a coisa julgada é definida pelo artigo 467 do Código de Processo Civil que diz:

“ Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

A coisa julgada possui limites objetivos que estão relacionados aos artigos 468, 469 e 474 do Código de Processo Civil, que diz respeito à imutabilidade

das decisões de mérito, do outro lado os limites subjetivos se encontram no artigo 472 do Código de Processo Civil, que expressa os efeitos da sentença, que seria apenas entre as partes do processo, fixando assim quem será sofrerá os efeitos matérias da coisa julgada.

Quando um caso concreto é julgado, há partes e um conflito processual que deverá ser resolvido pelo juiz, assim há uma questão de direito a ser dirimida. O Juiz deverá obedecer a uma serie de princípios constitucionais do processo, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, conforme pontua Teori Albino Zavascki (2001, p. 42):

“No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o *suporte fático* e a *norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações.”

Nota-se que no caso concreto há uma serie de requisitos a serem observadas, as partes, o direito, o conflito, além dos limites da coisa julgada, com a possibilidade ainda da intervenção de terceiros no processo, que seria a presença de um estranho a relação processual estabelecida entre autor e réu, conforme artigos 56 a 80 do Código de Processo Civil.

Por influência do sistema *common law*, o Brasil passou a adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois através dessa teoria a quem faz coisa julgada é a motivação da sentença, os motivos que levaram a fundamentação da sentença e a conseqüente conclusão do caso.

Para a *common law* seria a *ratio decidendi* que cria os precedentes, que serão os posteriores *cases* a serem seguidos pelos demais processos similares, assim é essa teoria utilizada nas ações de controle abstrato de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, sendo possível notar diferenças com o controle feito no caso concreto, sendo essas:

[1] o caso é abstrato, hipotético.

[2] não há uma serie de princípios a serem observados relacionados à pessoa humana, como a ampla defesa e o contraditório.

[3] há apenas conflito de direito, no campo exclusivamente normativo.

Assim é possível perceber porque o Supremo Tribunal Federal se utiliza da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato de constitucionalidade, visto que a deixa de observar uma serie de elementos essenciais ao caso concreto.

É preciso fazer uma distinção entre os conceitos de lei e norma, e demonstrar onde a teoria da transcendência surte efeitos. Primeiramente lei é a regra escrita descritiva feita pelos legisladores, estando ela expressa nos códigos.

Da lei se extrai a norma que seria a conduta a ser seguida pelo individuo. Essa conduta deve estar de acordo com a Constituição federal, sob pena de ser considerada inconstitucional, esse vicio de validade poderá ser formal quando há vicio no aspecto formal da lei, ou seja, quanto ao quorum de aprovação específico de cada lei, de maneira que ela deve ser elaborada com todas as formalidades exigidas para que seja constitucional ou poderá ser material, no que tange ao conteúdo da lei, da sua matéria, conforme lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“ A validade de uma norma pode se verificar sob duas óticas:

- a) *Formal*: observância das normas referentes a seu processo de criação. Assim, enfocando uma regra de validade sobre momento de edição normativa, temos, como exemplo, o § 1.º do art. 60 da CF/88, que estabelece que a “Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sitio.” Da mesma forma estabelece o § 2.º do mesmo artigo que a “proposta será discutida em dois turnos considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”; qualquer emenda constitucional que não observe tal procedimento será formalmente invalida.”
- b) *Material*: se houve observância da matéria passível de normatização (ex: CF/88, arts. 21 a 24, 29 e 30, 48, 52 etc.) por parte das entidades federais, ou se houve incompatibilidade de conteúdo.

Exemplificando, a legislação de competência privativa da União esta estabelecida no art., 22 da CF/88, sendo inconstitucional qualquer norma estabelecida por outra entidade federativa em relação a matéria ali constante.”

Dada a explicação sobre a diferença entre a validade formal e material, percebe-se que a teoria da transcendência é aplicada pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de inconstitucionalidade, visto que julga visando corrigir a inconstitucionalidade da matéria de certa lei, quer corrigir o seu conteúdo material.

Exemplificando: uma lei A que é julgada inconstitucional, e é repetida em nas leis B, C, e D, poderá sofrer efeito da transcendência ou da conhecida inconstitucionalidade por arrastamento, largamente utilizada pelo STF nas ações de controle de constitucionalidade, visto que com esse efeito é possível através de apenas uma decisão, através da sua motivação ou *ratio decidendi* ser utilizada para “revogar” as demais leis que possuam o mesmo conteúdo, sem necessitar de outras ações para julgar inconstitucional as outras leis idênticas.

A lei A, sendo inconstitucional levaria a revogação das das demais que a repetissem, sendo revogadas as leis B, C e D por consequência. Resultado: celeridade processual, racionalização da jurisdição e harmonização das decisões judiciais.

O Supremo Tribunal Federal tem competência exclusiva para o julgamento de ações de controle abstrato de constitucionalidade, conforme o artigo 101, inciso I, k, da Constituição Federal. A partir daí é possível ver diferenças quanto às decisões que o STF profere no controle difuso e no controle concentrado. Podemos demonstrar isso com outra lição de Teori Albino Zavascki ( 2001, p. 42-43):

“No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independente da sua incidência em específicos suportes fáticos.”

“O processo tem natureza objetiva. Nele não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito.”

Por esses motivos apresentados é possível notar porque o Supremo Tribunal Federal se utilizou dessa teoria no controle abstrato, visto que é uma decisão onde somente o direito é colocado a prova quanto a sua constitucionalidade em relação à lei suprema, a Constituição Federal.

Nos Estados Unidos, quando o juiz utiliza-se dos *cases*, ele quer saber quais os fundamentos que o juiz se baseou para decidir aquela sentença, não se preocupando exatamente com a parte dispositiva que no Brasil vincula as partes, mas busca além do enquadramento legal, os motivos determinantes que levaram o juiz aquela decisão.

Essa questão é tratada por Marinoni (2010, p. 222):

“É preciso sublinhar que a ***ratio decidendi*** não tem correspondência no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é “algo mais”. E isso simplesmente, porque na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes –e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade.”

A teoria da transcendência dos motivos determinantes que é largamente utilizada no sistema *common law*, que dá aos precedentes eficácia vinculante, ou seja, devem ser seguidos e repetidos nas decisões posteriores por tribunais inferiores. Diferente ocorre no Brasil onde os únicos precedentes que necessariamente precisam ser respeitados são as súmulas vinculante, que são os precedentes editados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Lei n° 11.417/06.

No Brasil, em relação à jurisprudência cada tribunal tem um entendimento diferente, possuem a liberdade para interpretar a lei, não sendo obrigados a respeitar a jurisprudência caso entenda que não seria aplicado naquele



caso concreto utilizando-se do controle de constitucionalidade pela via incidental mesmo que prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, exceto as súmulas vinculantes.

Para o direito brasileiro a jurisprudência visa dar mobilidade ao direito, pois nosso sistema legalista da *civil law*, onde a lei é sempre positivada, acompanha as mudanças através da interpretação dos tribunais que vai mudando conforme o tempo passa, atualizando o direito, pois não seria razoável a estagnação do direito em ordem de seguir o modelo da *civil law*, prejudicando assim as pessoas e atrasando a própria evolução do direito.

Através do sistema das súmulas visa-se dar liberdade de interpretação ao juiz, sendo as súmulas vinculantes nosso exemplo de *leading case* ou seja, a primeira decisão sobre um caso que se transforma no *stare decisis do common law*, no precedente que deverá ser seguido nas posteriores decisões.

O sistema da *common law* utiliza-se de dos precedentes como forma de garantir a segurança jurídica, pois as decisões se baseiam nos *cases* que são as decisões anteriores sobre aquele caso, ou seja, as partes sabem o que esperar dos julgamentos, se sentem mais protegidas pela lei. Outra garantia dos precedentes é o Princípio da igualdade, ou seja, como os precedentes uniformizam as decisões dos tribunais, o direito é aplicado igualmente a todas as pessoas, não havendo sentenças controversas para o mesmo caso.

É possível observar que o sistema *common law* protege o princípio da celeridade processual em razão dos precedentes serem obrigatórios aos casos posteriores similares, preservando a racionalização da jurisdição, no Brasil esse princípio está expresso na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.

Observa-se que as súmulas não vinculantes dos tribunais superiores ou inferiores não são obrigatórias, assim os juízes podem não acatar o entendimento do Tribunal e julgar contra seu entendimento, o que prejudica a celeridade

processual, a harmonização das decisões, a racionalização do processo tendo em vista que a sentença terá de ser reformada pelo Tribunal, causando prejuízo as partes e ao processo, ocorrendo injustiças.

## 6. CONCLUSÃO

1. A origem dos sistemas *common law* e *civil law*, vem inicialmente do Direito Romano, porém se transformaram com o passar do tempo conforme acontecimentos históricos que definiram suas diferenças posteriormente. A *common law* se espalhou através da colonização da Inglesa, entretanto a *civil law*, era predominante nos outros países da Europa, chegando ao Brasil por meio da colonização Portuguesa.

2. Os sistemas da *common law* e *civil law* tem características próprias, sendo que o primeiro possui um sistema voltado ao direito costumeiro, onde existem leis, porem, é dado ao Juiz um poder maior de interpretação no caso concreto, utilizando-se de precedentes para decidir casos similares. O segundo possui um apego legalista, ou seja, as leis são a principal fonte de direito, tudo que é direito deve ser positivado com função de proporcionar segurança jurídica, ficando o juiz mais limitado no momento de julgar.

3. Um dos principais institutos do sistema americano que tem influenciado mudanças no sistema brasileiro são os precedentes ou *stare decisis*, influenciando na criação das súmulas vinculantes expressas na Lei nº 11.417/06. São elas similares aos precedentes judiciais que o modelo americano adota como parâmetro para julgamento, pois através de casos similares anteriormente julgados, é dada a mesma solução aos casos posteriores.

4. A teoria da transcendência dos motivos determinantes é diferente a teoria que adotamos no Brasil, visto que as partes da sentença são tratadas de formas distintas pelos sistemas estudados. A *civil law* tem apego com a parte dispositiva, que resolve o mérito da ação, já a *common law* tem apego a parte motivação ou seja, a *ratio decidendi*, e ai é aplicada a teoria, pois o que vale para esse sistema são os motivos que levaram o juiz a decidir daquela forma, e isso que fará coisa julgada material.

5. A grande influência da teoria transcendência dos motivos determinantes no sistema brasileiro é no controle abstrato de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, visto que há elementos que favorecem sua aplicação nesta ação, primeiramente é um caso abstrato, há apenas conflito de direito, assim há ausência de partes, conseqüentemente não é preciso princípios relacionados à pessoa humana.

6. Com o implemento da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil é possível ver vantagens quanto a sua aplicação quais sejam a celeridade processual, harmonização das decisões, racionalização do processo, segurança jurídica tornando a o processo mais justo as partes, sendo feita a justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 10. ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Método, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito brasileiro**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Volume I: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 12. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.