

A CONVERGÊNCIA DO SISTEMA DA *CIVIL LAW* AO DA *COMMON LAW* E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Jaime Domingues BRITO¹

Flávio Luis de OLIVEIRA**

RESUMO: Neste artigo é analisada a aproximação entre o sistema da *Common Law* e o da *Civil Law*, investigando-se também se esse fenômeno tem representado mudanças de paradigmas. Estuda-se, de igual maneira, se essa aproximação, no caso do sistema judiciário brasileiro, com o advento das denominadas súmulas vinculantes, poderá trazer benefícios para o cumprimento dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da efetivação dos direitos.

Palavras-chave: *Common Law* e *Civil Law* – Aproximação – Mudanças de paradigmas – Súmulas vinculantes – Acessos à justiça – Concretização de direitos.

ABSTRACT: In this article is analysed the approximation between the Common Law and Civil Law systems and if this phenomenon means a change of paradigms. Its is studied also if the approximation, in brazilien judiciary system, with the advent of binding precedents, could bring benefits to the constitutional principle of acess of justice and the realization of rights.

Key-words: Common Law and Civil Law – Aproximation – Change of paradigms – Binding precedents – Acess of justice – Realization of rights.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro precisa ser aperfeiçoado. Casos iguais, a ele conduzidos para julgamento, não têm merecido a mesma decisão. Pretensões idênticas, às vezes, recebem decisões inteiramente antagônicas. As orientações jurisprudenciais divergem enormemente, não havendo, a bem da verdade, controle rigoroso para que isso não ocorra.

O que fazer? A partir de 1992, o Código de Processo Civil tem sido constantemente reformado. A multiplicação dos Juizados Especiais se apresentou como outra solução para tentar resolver o problema. Promulgadas foram a lei de arbitragem e a que permite a realização de inventário, partilha, separação

¹ Doutorando do Programa de pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professor do curso de Direito da UENP. Advogado

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Advogado.

consensual e divórcio pela via administrativa (Lei nº 11.441/2007) com o fito de tentar desafogar o Poder Judiciário. Enfim, pode-se dizer que não têm faltado sugestões e alternativas destinadas a melhorar o papel do Estado-Juiz no momento em que é ele chamado para dirimir conflitos.

Todas essas iniciativas mostram-se válidas. Entretanto, o problema ainda não foi superado e, quando se enfrenta a questão da crise do Poder Judiciário, bem já se antevê que se trata de assunto complexo, envolvendo temas extremamente relevantes, tais como acesso à justiça, transparência das decisões, prestação jurisdicional mais célere, órgãos de controles etc.

Contudo, releve-se, de pronto, que não se pretende, neste trabalho, investigar todos os assuntos relativos à mencionada crise do Poder Judiciário. Antes, a atenção deste doutorando estará voltada a um único tema. Ou seja, o enfoque deste trabalho estará voltado para o aspecto que envolve a aproximação entre os sistemas da *Common Law* e o da *Civil Law*, com a finalidade de se investigar se esse fenômeno traria benefícios e aprimoramento para o sistema judiciário brasileiro.

Delimitado o campo da investigação, é de se dizer que a discussão do tema se mostra oportuna, porque se tem apontado que essa aproximação ou a utilização, por parte do sistema brasileiro, dos mecanismos que regem o sistema da *Common Law*, poderia ou poderá conferir uniformidade de tratamento aos casos que guardarem similitude entre si, provocando, destarte, com isso, meios que poderiam dar maior efetividade ao processo e também ao direito fundamental ao acesso à justiça.

Evidentemente que a utilização, no sistema brasileiro, das regras relativas à *Common Law*, segundo muito bem escreve Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 46-47), irá conduzir a mudanças a um dos paradigmas informadores da noção clássica do Estado, uma vez que as funções estatais, com a utilização dos precedentes, que é marcante no sistema anglo-americano, precisam necessariamente de uma nova visão.

Para o enfrentamento, então, do tema, em face de se buscar a comparação e eventual aproximação entre o sistema da *Common Law* e o da *Civil Law*, é de se pesquisar, em primeiro lugar, os antecedentes históricos de cada um dos sistemas, não se deixando de lado, entretanto, de se trazer algumas considerações relativas aos aspectos atuais de cada um deles. Em seguida,

pretende-se, neste trabalho, mesmo de modo abreviado, analisar se aproximação está ou não ensejando mudanças de paradigmas nos sistemas investigados.

Na seqüência, como o sistema brasileiro nitidamente trilhou a opção de adotar mecanismos que são oriundos da *Commom Law*, este doutorando dedicará, de igual modo, espaço apropriado para a análise das denominadas súmulas vinculantes, após o que pretende fechar o trabalho com reflexões em torno dos eventuais benefícios que a mudança de paradigma, consistente na aproximação do sistema da *Civil Law* ao da *Commom Law*, pode trazer trazido para que se obtenha efetivo acesso à justiça e prestação jurisdicional mais célere.

1 Antecedentes históricos

1.1 Considerações iniciais

Este tópico será desdobrado nas seguintes partes: (i) na primeira delas, cuidar-se-á da fase relativa ao direito antigo, aí incluídos o direito romano e o direito luso-brasileiro, que adiante se chamará de *antecedentes remotos*; e (ii) na segunda parte, denominada de *antecedentes próximos*, será enfocada a fase mais recente do direito atrelado à doutrina dos precedentes, onde serão destacadas as regras e orientações que prevaleceram no século XX e início deste século XXI, relativamente ao sistema romano-germânico (*Civil Law*) e ao sistema da *Common Law*.

O sub-tópico relativo à *Common Law*, a seu turno, será enfrentado mediante a análise dos seguintes itens: i) o sistema do *Common Law* na Inglaterra, de onde se origina a doutrina do *stare decisis*; ii) a essência da doutrina do *stare decisis*; iii) a doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos da América.

1.2 Antecedentes Remotos

1.2.1 Direito Romano

O direito brasileiro integra a família jurídica romano-germânica. Estudar o direito romano é conhecer as origens do sistema jurídico pátrio, sendo de se relevar que o estudioso do direito deve dedicar especial atenção aos romanos, já que foram eles quem sintetizaram a produção jurídica efetivada por outros povos da antigüidade (MUSCARI, 1999, p.5). Pode-se dizer que Direito Romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana, desde as origens (segundo a tradição, Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano de 565 d.C., quando ocorreu a morte de Justiniano (ALVES, 1978, p. 1)..

O Direito Romano, sob o aspecto da constituição do Estado Romano, dividiu-se em: a) realza, que vai desde a fundação de Roma (754 a.C.) até a expulsão dos reis (510 a.C.); b) república, que perdura até a instauração do Principado, por Otaviano Augusto (27 a.C.); c) alto império, que vai desde Augusto até o imperador Diocleciano (284 d.C.); d) monarquia absoluta, que compreende o período entre a ascensão de Diocleciano até a morte de Justiniano (565 d.C.).

Marco Antonio Botto Muscari (1999, p. 6), ao focar o processo romano, destaca:

É possível ainda fazer-se uma classificação dos períodos por que passou o processo civil romano: a) *legis actiones* (ações da lei), da fundação de Roma até a *Lex Julia iudiciorum* (17 a.C.); b) *per formulas* (formular), do final do século III a.C., até 342 d.C. (proibição definitiva do emprego da fórmula, pela constituição dos imperadores Constante e Constâncio); c) *extraordinaria cognitio*, do início do Principado até a morte de Justiniano.

Partindo desta breve noção geral, é preciso destacar que os romanos dividiam as fontes do direito em *jus scriptum* e *jus non scriptum*. Este estava atrelado aos costumes (*mos majorum*), enquanto aquele possuía várias fontes de formação: *lex*, *plebiscita*, *senatoconsulta*, *principum placita*, *responsa prudentium* e os *magistratum edicta*, ou édito dos magistrados, correspondente remoto das súmulas dos dias atuais, devendo ser dito que, para Salvatore Riccobono (1949, apud MUSCARI, 1999, p.9), o pretor era um autêntico legislador com respeito às exigências da vida cotidiana, representando a *viva vox iuris civilis*.

José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 40) registra, inclusive, que,

Em uma importante situação concreta, na qual estava sendo pela primeira vez aplicada uma fórmula emitida pelo pretor Lúculo, em 76 a. C., com o intuito de reprimir o *dolus malus*, Cícero chegou a advertir o juiz no sentido de que a respectiva decisão era fundamental para futuras demandas.

Dentre os magistrados no Direito Romano, havia os cônsules, censores e os pretores. Os magistrados judiciários são os pretores, podendo ser feito um paralelo entre o pretor romano e o magistrado do direito atual (CASTRO; CROCHIQUIA, 1969, p. 11-12). A figura do pretor, no Direito Romano, exercia maior influência na formação do próprio direito do que o magistrado de nossos dias. Com efeito, o pretor era investido da *juris dictio*, capacidade de dizer o direito, sendo, então, detentor do *imperium*. Tinha, também, o direito de editar – *jus edicendi* –, isto é, o direito de fazer éditos.

A palavra édito, por sua vez, vem de *ex dictum*, que quer dizer proclamar, dizer solenemente, já que eram proclamações orais, feitas à viva voz. Tais éditos dos magistrados romanos foram criando um direito novo, ao lado do *jus civile*, denominado direito pretoriano ou direito honorário (CRETELLA JÚNIOR, 1978, p. 50).

De outro lado, para fins deste estudo, convém que se destaque que os romanos não conheciam o princípio da separação dos poderes, além do que no direito arcaico ou quiritário não se concedeu força obrigatória às decisões ou precedentes judiciários, aspecto este que é salientado por Marco Antonio Botto Muscari: (1999, p. 8), que assim escreve:

Oficialmente, ao magistrado não era dado criar direitos, alterando o *jus civile*.

Entretanto, para os romanos o direito subjetivo era visto sob o prisma da ação pela qual o seu titular podia exercer a tutela contra possíveis ofensas. Os romanos não afirmavam 'eu tenho um direito', mas sim 'eu tenho uma ação'.

O sujeito só tinha o direito se dispusesse da ação respectiva.

Contendo o edito a "promessa" de que, em determinadas circunstâncias, o magistrado concederia uma ação, na prática acabava existindo a criação pretoriana de direitos.

Aliás, no dizer de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (196?, p. 72), o sujeito somente teria o direito se possível fosse exercitar a ação respectiva, e, assim sendo, como o édito firmava a promessa de que a ação seria concedida, isso acabou por levar à criação pretoriana do direito.

Contudo, com o *Principado* (primeira metade do século II d. C.), os referidos éditos foram codificados, tendo sido emprestado, a essa codificação, o nome de édito perpétuo (*edictum perpetuum*). Este édito passou a se constituir

verdadeiras instruções do imperador e do senado, sendo que pretores, edis e governadores deveriam também observar as ditas regras (MUSCARI, 1999, p. 10).

1.2.2 Direito Luso-brasileiro

O Estado português formou-se, em 1140, com Afonso Henriques. A história do direito português pode ser dividida nos seguintes períodos (MUSCARI, 1999, p. 11): a) período foraleiro, que vai da independência de Portugal até o começo do reinado de D. Afonso III; b) período de influência comum, de D. Afonso III a D. José; c) período de influência iluminista, a partir do século XVIII até a revolução de 1820; d) período de influência liberal e individualista, da revolução liberal até 1926.

Prevalecia, no início do direito português, o apego aos costumes e as sentenças tinham força vinculativa para outros casos similares.

Na segunda fase do direito português, surgiu a primeira codificação lusitana: as Ordenações Afonsinas, que são de 1446; posteriormente, advieram as Ordenações Manuelinas (1521) que, em seu Livro V, Título LVIII, § 1º, dispunha:

E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d'algum feito, todos, ou algum deles tiver alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinar, e segundo que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom No-lo fazer saber, para Nós logo determinarmos, No-lo fará saber, para Nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor como dito é, serão suspensos até Nossa Mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no **livrinho** para depois não vir em dúvida.

Aspectos de suma importância retiram-se do texto acima. As interpretações fixadas tomaram o nome de “Assentos”, que passaram a equivaler às próprias leis interpretadas, enquanto o “livrinho” mencionado no Código Manuelino é o Livro dos Assentos; a “Mesa grande” era a sessão plenária, onde eram tratados assuntos de maior importância (MUSCARI, 1999, p. 13).

Além disso, o Tribunal era conhecido como Relação ou, ainda, como Casa da Relação. (MUSCARI, 1999, p. 13). Ainda, no direito luso, há notícias dos “Assentos” como decisões firmadas pela Casa de Suplicação, conforme preceito das Ordenações Manuelinas. Sua finalidade era extinguir dúvidas suscitadas em causas *sub judice*. As soluções dadas pela Casa de Suplicação eram consignadas em “Assentos” e convertidos em verdadeiras normas.

A figura dos “Assentos” foi também adotada pelas Ordenações Filipinas, sendo de se observar que, se os juízes não chegassem a uma deliberação em torno da dúvida suscitada, a solução era conferida ao rei. Ademais, aquilo que posteriormente veio a constituir-se no Poder Judiciário era tido como um departamento da realeza, havendo notícia de que, em decorrência da complexidade crescente da administração da justiça, o monarca deixou de presidir as sessões.

Cumprе observar que os Assentos a que se referem as Ordenações Filipinas são os Assentos da Casa de Suplicação, não se confundindo tal Tribunal com o referido pelas Ordenações Manuelinas, a chamada Casa da Relação. Vale ainda lembrar que, em ambas as ordenações existiam os chamados Assentos, de modo que, em relação ao direito luso-brasileiro, é de se registrar que existiam os denominados Assentos da Casa de Suplicação das Ordenações Filipinas (1603), que vieram posteriormente às Ordenações Manuelinas, cujo Livro I, Título V, parágrafo 5 estabelecia:

[...] quando os desembargadores [...] tiverem alguma dúvida em nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao regedor; o qual na Mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida [...].

Victor Nunes Leal (1981, p. 287-299) faz mais as seguintes considerações a respeito das Ordenações:

Esclarece Cândido Mendes de Almeida, no seu Código Filipino, que ‘desta disposição resulta a força dos Ass. da Casa de Suplicação, o que foi positivamente declarado por DD de 4 de fevereiro de 1684 e de 20 de junho de 1703, e posteriormente confirmou o § 6º da lei de 18 de agosto de 1769.’ Muito informativa é a leitura dessa lei, que o volume reproduz. Por considerar ‘manifesta a diferença’ entre a Casa da Suplicação e as demais Relações, para aquela, instituiu recurso contra os assentos destas últimas. E ficou estipulado que, em caso de dúvida ou violação da lei, a Casa da Suplicação tomaria ‘assento decisivo’ sobre a glosa, dos desembargadores ou do regedor. [...]

Acrescentou ainda que 'os assentos já estabelecidos [...] e os que se estabelecerem [...] sobre as interpretações das Leis' constituiriam 'Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas [...] estabelecidas' (§ 4º).

Portanto, deduz-se da análise do texto citado que era comum a emissão de assentos normativos, sendo de se relevar que, mais tarde, os integrantes das Relações ultramarinas (Goa, Bahia e Rio de Janeiro) também arrogaram para si esse direito, causando, pois, várias confusões interpretativas, que deram azo à edição da Lei de 18 de agosto de 1769, que passou a ser chamada, posteriormente, de *Lei da Boa Razão*. (MUSCARI, 1999, p. 14).

O Tribunal, no direito português, era conhecido como Casa da Relação ou Relação, devendo ser salientado, ainda como notícia histórica, que a Relação do Rio de Janeiro somente recebeu o *status* de Casa da Suplicação para o Brasil, em 10 de maio de 1808, ano este bastante representativo para o país, já que o Brasil tornou-se um Reino Unido a Portugal, não sendo mais considerado, portanto, uma mera colônia.

Contudo, a autoridade dos "Assentos" brasileiros somente adveio com a Lei de 18 de setembro de 1828, quando foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, que se transformou, em 1890, no Supremo Tribunal Federal.

1.3 Antecedentes Próximos

1.3.1 A dicotomização dos sistemas jurídicos

Do ponto de vista histórico, em sua fase mais recente, imperioso mostra-se verificar, sem fugir das origens, qual a posição que os sistemas atualmente ocupam no cenário jurídico. Em linhas gerais, os sistemas jurídicos hoje encontram-se dicotomizados, colocando-se, de um lado, aqueles que se encontram atrelados à família romano-germânica, da *Civil Law* e, do outro, aqueles ligados à tradição anglo-americana, da *Common Law* ².

². PETER COLLIN PUBLISHING assim define a *Common Law*:(a) *law as laid down in decisions of courtes, rather than by statute* (b) *general system of laws which formerly were the only laws existing in England, and which is some case have been superseded by statute* (NOTE: you say **at common law** when referring to something happening according to the principles of common law). (*The Dictionary Of*

1.3.1.1 O sistema romano-germânico na atualidade (*Civil Law*)

A síntese do funcionamento dos sistemas judiciários que adotaram o denominado *Civil Law*, da família romano-germânica, cuja característica fundamental repousa nas leis, sendo que isso se deu porque, a partir do século XIX, ocorreu a positivação, em leis escritas, do direito natural, levando, pois, às codificações (NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 46-47).

Ao analisar a família romano-germânica, René David (1988, p. 17 e 25) escreve que essa família liga-se ao direito da antiga Roma. Destaca, entretanto, que a concepção que se tinha do direito e das regras do direito que vigoravam à época de Augusto ou de Justiniano não são as mesmas que foram adotadas pela família romano-germânica.

René David afirma que referida família tem o seu berço na Europa e formou-se graças aos esforços das universidades européias que, com base em compilações de Justiniano, elaboraram uma ciência jurídica comum a todos. A família de direito romano-germânica está atualmente dispersa pelo mundo inteiro. Pode-se dizer que a colonização de vastos territórios de além-mar originou a sua expansão para fora da Europa. Ultrapassou largamente as fronteiras do antigo Império Romano e conquistou toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia. A expansão deveu-se à colonização e facilidade que a codificação das leis trouxe em época de relações jurídicas e sociais complexas, fazendo com que o direito se apresentasse como que dotado de precisão e certeza.

Law. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000, p. 68-69), definição esta cuja tradução livre ora se faz: "(a) lei como estabelecido na decisão das cortes, em vez de pelos regulamentos (b) sistema geral de leis as quais formalmente eram as únicas leis existentes na Inglaterra, pelo qual alguns casos tem sido substituídos pelos regulamentos (NOTA: você diz na *common law* quando se referir a algo acontecido de acordo com os princípios da *common law*." Miguel Reale, ao explicar o sentido da expressão *common law*, faz a seguinte observação: "...é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas. Note-se que o direito romano clássico não era um direito 'legislado', mas antes os frutos da doutrina dos jurisconsultos e da jurisdição dos pretores, o que levou Gibson a dizer que, em matéria de técnica jurídica, a Inglaterra estaria mais perto de Roma do que as Nações latinas..." (*Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98).

Diz ainda o mencionado escritor que a família de direito romano-germânica agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou com base no direito romano, nos quais atribuiu-se importante à lei, criando-se códigos, que passaram a reger o referido sistema. O ensino jurídico, por outro lado, ministrado nos países da família romano-germânica, não está atrelado ao lado prático desse direito. O direito é, assim, um modelo de organização social. Não se volta para o contencioso, nem para os julgamentos. Eis o que escreve a respeito René David (1988, p. 33)

[...] processo, provas, execução são negligenciados, abandonados à regulamentação administrativa e ao estilo dos práticos. O direito, ligado à filosofia, à teologia e à religião, indica aos juízes como, segundo a justiça, devem estatuir; estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social. O direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática). Poderá conceber-se um ensino que se limita a expor a moral corrente dos indivíduos, os seus comportamentos, sem se preocupar em dar uma lição, em dizer como convém viver? Isto é igualmente verdade para o direito.

No que se refere às fontes do direito da família romano-germânica, é de se dizer que lei ocupa lugar de destaque no sistema jurídico, o que garante o controle da constitucionalidade, pelo que os tratados, os códigos e os regulamentos passam a ser a base norteadora das condutas individuais e da administração. Entretanto, mesmo tendo a lei como fonte fundamental, cabe aqui destacar que, em todos os países em que se adota a família ora analisada, em que a legislação é escrita, a função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador ou, quem sabe, o espírito da própria lei. Por outro lado, no referido sistema, a doutrina goza de prestígio e a regra de direito não é entendida como regra para solucionar o caso concreto; sistematiza-se a doutrina, elevando-a a um nível superior, verdadeira regra de conduta, com aspectos de generalidade. Além disso, a jurisprudência, apesar de servir de maneira útil para os práticos e até mesmo para os juristas, não goza do prestígio que se liga à ciência do direito (1988, p. 78).

Em suma, no sistema da família romano-germânica, elaborada, como se viu, a partir da revisão do Direito Romano e que dá base ao sistema da *Civil Law*, o que se tem é a prevalência da lei, como fonte direta do direito, havendo, também, entendimento de que o costume ocuparia a mesma posição. Já a doutrina e a

jurisprudência, como fontes indiretas, são colocadas em posições secundárias, havendo, além disso, a tentativa de se atribuir às ditas fontes a característica de generalidade. A última delas –a jurisprudência– é, na grande maioria das vezes, mera fonte persuasiva do direito. E, por último, o ensino do direito não dá ênfase à solução do caso concreto, mas antes, tenta conduzir o estudante a buscar, com base na filosofia, na psicologia e na sociologia, a subsunção do fato à norma, para tentar resolver o caso concreto.

Entretanto, apesar desses aspectos, constata-se que o sistema da *Civil Law* tem se aproximado do da *Common Law*, situação que marca, pois, verdadeira mudança de paradigma, aspecto que será objeto de um dos itens seguintes deste trabalho.

1.3.1.2 O Sistema da *Common Law* na Inglaterra

Sabe-se que o estudo da *Common Law* deve começar por um estudo do direito inglês. Trata-se de sistema elaborado pelos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda. A *common Law* compreende, evidentemente, além do direito inglês, os direitos de todos os países de língua inglesa.

Evidentemente que, neste espaço abreviado, não será possível descer às minúcias da história do direito inglês, de sorte que será preciso limitar-se aos aspectos principais que se referem ao sistema da *Common Law* da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

René David (1988, p. 283-284), ao realizar o retrospecto histórico do direito inglês, destaca:

Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), é o da formação da *common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, ao lado da *common Law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas 'regras de equidade'. O quarto período, que começa em 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração.

Em relação ainda a esses aspectos históricos, John Gilissem³ (apud MUSCARI, 1999, p. 81) observa que até os séculos XII e XIII a história do direito inglês guardou inteira semelhança com os demais países do continente europeu e, com o renascimento do Direito Romano, os ingleses continuaram com sua tradição nativa⁴ (apud MUSCARI, 1999, p. 81).

Criou-se, então, o denominado *case law* ou *precedent system*, assim definido por Karl Llewellyn (apud MUSCARI, 1999, p. 81)⁵: “a legal system in which (1) what judges think is regarded as more centrally important than what legislatures or scholars think, and (2) no systematic code of law exists.”

Tenha-se presente, entretanto, que o direito inglês, criado do ponto de vista histórico pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial, não apenas por suas origens remotas. René David (1998, p. 331), a propósito das fontes do direito inglês, escreve:

Tendo sido menor na Inglaterra do que no continente a influência das universidades e da doutrina, e nunca tendo sido efetuada pelo legislador através da técnica de codificação uma reforma geral, o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários. Ele é, de forma típica, um direito jurisprudencial (*case law*), [...].

A lei –chamada em inglês *statute* – apenas desempenha, na história do direito inglês, uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência. Contudo, a situação está nos nossos dias modificada em larga medida. Na Inglaterra de hoje, a lei e os regulamentos (*delegatede legislatio, subordinate legislation*) já não podem ser considerados como tendo uma função secundária. A sua função é, com efeito, igual àquela que essas fontes do direito desempenham no continente europeu. No entanto, por razões de ordem histórica, essa função exerce-se de um modo diferente; a estrutura do direito inglês opõe-se a que se veja na obra do legislador o equivalente aos códigos e leis do continente europeu. Comparadas à jurisprudência e à lei, as outras fontes desempenham no direito inglês de hoje uma função secundária.

Ainda no que se refere à lei, como se sabe, não existe, na Inglaterra, Constituição escrita. Lá a Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e limitam o arbítrio das autoridades. A lei é fonte secundária. Além disso, o direito

³. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa, Fundação Calouste, Gulbenkian, 1995.

⁴. FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law - an introduction*. New York-London, W. W. Norton & Company, 1984, p. 16.

⁵. *The Case Law System in American*. Chicago-London, The University Of Chicago Press, 1989, p. 1.

inglês não é um direito consuetudinário. Novamente René David (1998, p. 331) esclarece:

[...] O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema do direito inglês. Os juízes aplicá-la-ão certamente, mas a regra que contém a lei só será definitivamente e plenamente incorporada no direito inglês quando tiver sido aplicada e interpretada pelos tribunais e na forma e na medida em que serão feitas esta aplicação e esta interpretação. Na Inglaterra citar-se-ão logo que possível, noutros termos, em vez do texto de uma lei, as decisões que terão feito aplicação desta lei. Só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só então encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial.
[...]

O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, sempre foi uma simples ficção. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado no costume.

Cabe, por derradeiro, cabe dizer algo também sobre a doutrina e a razão, que também são consideradas fontes do direito inglês. No que se refere a primeira delas, mesmo tendo sido subestimada na Inglaterra, a verdade é que determinadas obras doutrinárias, escritas por juízes, receberam a qualificação de livros de autoridades⁶.

Já relativamente à segunda –a razão– René David (1998, p. 354) , valendo-se de Holmes, com propriedade escreve:

Com uma evidência particular, o direito inglês surge como um produto da história, se se considerarem especialmente as suas categorias, os seus conceitos e o papel eminente que aí se reconheceu à jurisprudência. 'A vida do direito –escreveu Holmes– não foi orientada pela lógica: foi escrita pela experiência.'

[...] Para construir o sistema de direito, no qual se analisa a *common law*, foi necessário, para cada questão, procurar a solução mais conforme a razão, e um elemento determinante para descobrir essa solução foi o desejo de assegurar a coesão das decisões de justiça, o que supõe inevitavelmente um certo recurso à lógica.

Eis aí alguns dos aspectos relativos às fontes do direito inglês. Dando seqüência a este trabalho, contudo, a fim de tratar, mesmo que de forma breve, do

⁶ . René David, na obra já várias vezes aqui citada, ao tratar dos *books of authorities*, menciona as obras de Glanvill, de Bracton, de Littleton e de Coke, que alcançaram verdadeiro prestígio, que passaram a ser consideradas nos tribunais como repositórios autorizados do direito de sua época, valendo como leis dos países que adotam a *Civil Law*.

sistema inglês, convém destacar, em seguida, como a organização judiciária da Inglaterra encontra-se estruturada.

A organização judiciária inglesa, de acordo com a estruturação da Administration of Justice Act (1970) e Courts Act (1971), encontra-se dividida da seguinte maneira: a) a Supreme Court of Judicature (alta justiça), subdividida pelas High Court of Justice, Crown Court (matéria penal) e Court of Appeal, que opera como um segundo grau de jurisdição das duas primeiras cortes. No ápice, tem-se a Câmara dos Lordes; b) como jurisdições inferiores: a Corte de Condado (jurisdição cível) e as Magistrates Courts (jurisdição criminal)⁷.

A regra do precedente, na Inglaterra, segundo Nobre Júnior (2001, p. 50), assim funciona:

a) as decisões da Câmara dos Lordes são imperativas para todas as jurisdições, salvo para ela própria, porquanto declaração do Lorde Chancellor, advinda em 1966, tornou público que, no futuro, aquela poderia afastar-se dos seus precedentes anteriores, contanto que as razões prementes de justiça exigissem; b) as deliberações tomadas pela *Court of Appeal* se impõem para as jurisdições que são inferiores a ela, excetuando-se a si mesma quando se cuidar de matéria criminal; c) as oriundas da *High Court of Justice* se aplicam à baixa justiça (Cortes de Condado e *Magistrates Courts*), sendo de forte persuasão para os seus órgãos fracionários e para a *Crown Court*.

E prossegue:

É preciso atentar que nem tudo quanto consta do julgado configura precedente, cuja observância é imposta nos litígios posteriores. Duas ponderações são indispensáveis: a) apenas as questões de direito se dirigem aos casos futuros; b) entre as proposições de direito afirmadas no julgamento, somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração.

⁷. Silvio Nazareno Costa traz a seguinte e importante nota a respeito do sistema inglês: “Grosso modo, na Inglaterra, há duas jurisdições: a superior e a inferior. A jurisdição superior é composta pela Casa dos Lordes (*House of Lords*) e pelos Tribunais Superiores (*Supreme Court of Judicature*). São Tribunais Superiores a Alta Corte de Justiça (*High Court of Justice*), a Corte da Coroa (*Crown Court*) e a Corte de Apelação (*Court of Appeal*). A jurisdição inferior é composta pelas Cortes de Condado (*County Courts*), para as quais todos os Juízes são nomeados pelo *Lord Chancellor* (Presidente da Casa dos Lordes). A par dessa estrutura, existem ainda as *Magistrates Courts*, às quais competem, normemente, litígios de menor potencial ofensivo e moderada repercussão social ou econômica. As decisões dessas cortes são tomadas por dois Juízes (leigos), denominados Juízes de Paz (*Justice of Peace*). Registre-se ainda a existência de uma estrutura paralela à judiciária, que poderia ser denominada de ‘quase-judiciária’, composta por Juízes leigos e que têm competência administrativa. Esses Tribunais Administrativos (*Administrative Tribunals*) têm por principal objetivo desafogar as cortes judiciais de matérias de menor conteúdo jurídico e exercem basicamente duas funções: contenciosa e de controle”(*Súmula vinculante e reforma do Judiciário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21-22).

Aliás, João de Castro Mendes (1982-1983, p. 212-213), ao tratar da *ratio decidendi* do precedente, ou seja, o núcleo central da decisão, a define como o argumento de direito que foi decisivo para a solução do caso.

A *ratio decidendi*, portanto, é parte integrante do *stare decisis*⁸ no sistema da *Common Law*, enquanto os sistemas que adotam o *Civil Law* têm, consoante destacado e linhas anteriores, como centro político jurídico, a lei. Já os da *Common Law* estão atrelados à doutrina do *stare decisis*, que será objeto de análise em seguida.

2 A doutrina do *stare decisis*

2.1 Aspectos gerais

Peter Collin (2000, p. 350) assim define a doutrina do *stare decisis*: “*Latin phrase meaning ‘stand by preceding decisions’: principle that courts must abide by precedents set by judgments made in higher courts*”.⁹

Vê-se que se trata de um princípio, não de uma regra, o que conduz a observar que a sua realização pode se dar em maior ou menor grau, diferentemente do que ocorreria se fosse considerada uma regra, cuja aplicação seria do tipo “tudo ou nada” (:COSTA, 2002, p. 18).

⁸. NOBRE JÚNIOR (*op. cit.*, p. 50-51) traz o seguinte exemplo da aplicação da doutrina do *stare decisis* no caso *Donoghue versus Steveson*, de 1932: a recorrente, juntamente com uma amiga, dirigiram-se a um café, onde solicitaram um gelado, juntamente com uma garrafa de ginger beer, o que fora providenciado pessoalmente pelo dono do estabelecimento, ao deitar o referido líquido sobre o conteúdo do sorvete. Após a recorrente haver sorvido parte de seu pedido, a sua amiga passou a encher sua taça com a bebida, ocasião em que do vaso, composto de vidro escuro e opaco, adveio um caracol decomposto. Alegando haver contraído doença séria, em virtude da ingestão de parcela do conteúdo contaminado, a recorrente resolveu demandar o fabricante da *ginger beer*, em vez do dono do café, mero retalhista. Através de uma escassa maioria (três votos contra dois), a Câmara dos Lordes, revogando decisão da Segunda Divisão do Tribunal de Sessão da Escócia, firmou a responsabilidade do demandado, assentando, para observância na posteridade, o princípio de direito consoante o qual o fabricante de um produto, que o aliena sem condições de ser inspecionado pelo comerciante ou pelo destinatário final (recorde-se que o abrigo do líquido dentro de vidro escuro e opaco impedira qualquer verificação pelas partes integrantes da relação de consumo), assume um dever de cuidado, devendo arcar com as conseqüências derivadas da imprestabilidade do objeto fabricado.

⁹. “Frase latina que significa ‘cumpra as decisões precedentes’: princípio que as cortes devem ser fiéis aos precedentes estabelecidos pelos julgamentos proferidos pelas cortes superiores.” (Tradução livre).

A doutrina do *stare decisis*, oriunda do sistema inglês, implica vinculação hierárquica, não tendo força vinculante sobre juízes superiores ou de mesma instância, podendo adquirir força persuasiva sobre estes últimos. As decisões de juízes de primeira instância não vinculam ninguém. Já as decisões dos juízes de segunda instância vinculam os da primeira.

Dito isso, é de se investigar, em tópico apartado, a doutrina do *stare decisis* na estrutura norte-americana, que ocupa lugar de destaque no cenário jurídico mundial.

2.2 A doutrina do *stare decisis* dos Estados Unidos da América

As colônias norte-americanas adotaram o sistema inglês de apreciar e julgar casos por intermédio da doutrina do *stare decisis* e mesmo depois da independência continuaram a utilizar-se das regras da Inglaterra.

Segundo Charles D. Cole (1998, p. 11-12), a expressão Corte, nos Estados Unidos, refere-se aos juízes, tanto da primeira como de instâncias superiores.

A doutrina do *stare decisis* significa que, na cultura jurídica dos Estados Unidos, tendo a Corte de última instância – seja ela do sistema federal ou estadual – decidido uma questão jurídica, estabelecendo um precedente, esta Corte continuará a aderir a esta orientação, aplicando-a aos casos futuros em que os fatos relevantes sejam os mesmos, ainda que as partes sejam outras. Aliás, eis o significado da expressão *stare decisis* segundo José Anchieta da Silva (1998, p. 57):

Interpretação literal do que estaria a compreender tal expressão seria '***stare decisis et quieta non movere***' ou mantenha-se a decisão e não se pertube o que foi decidido. Sobre o ***stare decisis*** se assenta um dos pilares de todo o sistema judiciário, por exemplo, dos Estados Unidos da América do Norte, porque para todo o direito anglo-americano, as decisões judiciais e, principalmente as decisões judiciais dos tribunais superiores forma, por assim dizer, uma forragem por sobre a qual caminham todos os demais julgadores. (os destaques constam do original).

Precedente é, pois, a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido. Envolve a questão de mérito.

Stare decisis é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância, que estabelece o precedente, sigam aquele precedente e não mudem uma questão decidida.

A doutrina vem da tradição do *Common law* inglês. Os Estados Unidos seguiram os precedentes ingleses no início da construção de seu sistema jurídico. Porém, com o passar do tempo, essa orientação foi abandonada. Apesar disso, não é incomum que vez ou outra, quando inexistente autoridade decisória em que se basear seja usado o direito inglês como autoridade persuasiva.

O juiz deve interpretar a lei, não elaborá-la. Apesar disso, um precedente da Corte de última instância de um Estado, que envolva uma lei estadual, ou um outro precedente da Suprema Corte, relativo a uma lei federal, constituem verdadeiras “leis” e são vinculantes em relação às Cortes subordinadas àquela que proferiu a decisão, sendo que essa vinculação permanece até que a orientação decisória seja modificada.

As Cortes, dentro de sua esfera de competência, ou estabelecem o precedente (onde ainda inexistir orientação vinculativa antes do caso apresentado para julgamento), ou então seguirão a decisão vinculante já existente.

2.2.1 Competência das Cortes Federais e Estaduais

Nos Estados Unidos, existe a Suprema Corte de cada Estado, que estabelece, então, seus precedentes em relação à Constituição do Estado e às leis estaduais. Essas Supremas Cortes estaduais têm competência ampla e concorrente, podendo também, em casos determinados, julgar e interpretar leis federais, sendo certo que, nesse último caso, caberá recurso para a Suprema Corte Federal (HAZARD JÚNIOR, 1993, s.p.).

Julgam leis federais as Cortes Distritais Federais. Os recursos desses julgamentos são interpostos para a Corte de Apelação do Circuito e esta elabora, também, precedentes, desde que o caso não vá para a Suprema Corte.

Em síntese, o sistema judiciário está dividido em Cortes estaduais, de primeira e última instâncias, Cortes Federais Distritais e Corte de Apelação do Circuito. A Corte Estadual de última instância, ao decidir um caso, cria o precedente

para aquele Estado, o mesmo acontecendo com o julgamento da Corte de Apelação de Circuito, que também cria seus precedentes. Além disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabelece precedentes em nível nacional e que são vinculantes para todas as Cortes. Isto está disposto na Constituição americana, que assim dispõe:

[...] 2. Esta Constituição, e as leis dos Estados Unidos que sejam elaboradas de acordo com ela; e todos os tratados celebrados, ou que venham a ser celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a lei suprema do país; e os Juízes de cada Estado estarão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou em qualquer lei estadual. (Const. dos E. U. A, art. VI, cl. 2.)

A propósito, Charles D. Cole (1998, p. 15) explica:

Quando a Suprema Corte decide uma questão referente a interpretação da Constituição, lei promulgada de acordo com a Constituição ou tratado, esta interpretação torna-se 'lei' porque é uma decisão sobre o que a lei federal significa e tal decisão faz precedente. O mesmo conceito é válido nos sistemas estaduais quando a corte de última instância estadual decide uma questão de lei estadual.

Feito um breve esboço relativo à competência das Cortes americanas, cabe buscar como elas determinam se um precedente é ou não aplicável. Assim, no item seguinte, demonstrar-se-á que a doutrina do *stare decisis* não está presa totalmente às decisões passadas, podendo, portanto, sofrer alterações se o caso determinar, por suas características, o proferimento de uma nova decisão.

2.2.2 Como uma Corte determina que precedente é aplicável

Duas observações iniciais são importantes: i) os precedentes não se devem aplicar de forma automática; ao contrário, devem ser analisados cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior; ii) a doutrina do *stare decisis* não exige uma obediência cega a decisões passadas, permitindo que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo (RE, 1990, p. 38-39).

Juízes, advogados e acadêmicos são contemplados com um método eficiente e acurado de pesquisa nos Estados Unidos e, para determinar um precedente que deve ser aplicado ao caso concreto, precisam determinar: a) se há identidade de fato; b) se já foi adotado pela Corte da mesma jurisdição; c) que o precedente esteja em vigor, isto é, não tenha sido modificado ou revisto por precedente mais atual; d) se a matéria jurídica se mostra idêntica.

A pesquisa pode ser manual ou por métodos eletrônicos de pesquisa jurídica, como, por exemplo, através da *Westlaw* e da *Lexis*. São sítios eletrônicos bastante aperfeiçoados nos Estados Unidos.

Mas, ao encontrar o caso análogo, cabe analisar: se foi ele decidido por unanimidade, o pesquisador está diante de um precedente, que terá efeito vinculante; caso contrário, se o caso não foi decidido de modo majoritário, então o precedente tem autoridade apenas persuasiva. Assim sendo, caberá ao proponente da ação demonstrar que o precedente é vinculante para sua pretensão.

Ao encontrar um caso que tenha ou trate das mesmas questões de direito e de fato, tal caso é considerado análogo, sendo ponto importante para a distinção entre precedente vinculante ou não as seguintes circunstâncias (RE, 1990, p. 40):

[...] será tido como vinculante quando os fatos relevantes do caso precedente (anterior) forem suficientemente semelhantes para justificar a aplicação da mesma regra de direito [...] ao caso apresentado para decisão [...] desde que a regra de direito aplicada [...] não tenha sido mudada pelo legislador.

[...] Quando, porém, a decisão anterior é meramente persuasiva, a Corte usará de seu poder discricionário para determinar que importância deverá ser dada à decisão anterior.

[...] é meramente persuasiva quando não se tratar de decisão de maioria da Corte competente de última instância ou então quando se tratar de decisão de Corte de outro sistema judiciário.¹⁰

Ao analisar um precedente, procura-se separar a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*; a primeira é o princípio geral que justifica a solução adotada, enquanto os segundos, os *obiter dicta*, são, segundo Neil MacCormick, "*other statements of opinion upon the law and its values and principles in their bearing on the instant*

¹⁰ Do mesmo modo, o precedente é considerado apenas persuasivo (*persuasive precedents*) e não vinculante (*binding* ou *leading precedents*) se não houver identidade nos fatos e nas questões jurídicas suscitadas. Cfr. Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. Disponível em: http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html. Acesso em: 10 de junho de 2009.

decision, statements which in some way go beyond the point or points necessary to be settled in deciding the case".¹¹

Portanto, o ponto vinculante da decisão está na *ratio decidendi*. O que se diz de passagem na sentença (*obiter dictum*) tem valor meramente persuasivo para casos futuros¹².

O que precisa ficar claro é que, em um julgamento de uma Corte norte-americana, o juiz ou os juízes não irão explicitar o que é a *ratio decidendi* e quais são os *obiter dictum* da sentença que estão proferindo, cabendo, pois, ao juiz ou aos juízes do caso ulterior, fazer a análise quando tiverem de julgar um novo caso. E a análise não está calcada em critérios matemáticos, de sorte que aquilo que pode parecer um precedente vinculante para um juiz, pode não sê-lo para um outro.

Ressalte-se que Cortes de primeira instância não produzem precedentes vinculantes (*bindings precedents*). A doutrina do precedente significa "*stare decisis et non quieta mover*" (apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos).

As partes da decisão norte-americana são, segundo Karl Llewellyn (apud MUSCARI, 1999, p. 84)¹³: "a) *the name of the case*; b) *the name of the deciding court*; c) *the date of the decision*; d) *a headnote*; e) *a summary of proceeding below*; f) *the decision on the specific question at issue*; g) *statement of the facts*; h) *the opinion*."¹⁴

Somente no último tópico é que são lançados a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*. Insista-se: é preciso distinguir, no julgamento, os fatos relevantes e o princípio de direito que foi aplicado aos fatos relevantes com relação às questões de mérito.

¹¹. "outras declarações de opinião da lei e seus valores e princípios na sua postura no instante da decisão, decisões as quais de alguma maneira vão de encontro ao ponto ou pontos necessários para ser considerado na decisão do caso." (Tradução livre). Apud MUSCARI, *op. cit.*, p. 82 (os grifos são do original).

¹² Sérgio Gilberto Porto também explica que o "*obter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força retórica e que não importa em vinculação para os casos subseqüentes. Referem-se aos argumentos expedidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal – *ratio decidendi*. Neste caso, a supressão do excerto considerado *obter dictum* não prejudica o comando da decisão" (Common law, civil law e precedente judicial. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005. p. 768).

¹³. *The Case Law System in America*. Chicago - London, The University of Chicago Press, 1989.

¹⁴. "a) o nome do caso; b) o nome da corte decisória; c) a data da decisão; d) uma ementa; e) um sumário do procedimento adotado; f) a decisão da questão específica no resultado; g) narração dos fatos; h) a opinião." (Tradução livre)

Havendo similitude, há efeito vinculante, sendo certo que as declarações da Corte que não são necessárias para a decisão são *dicta*, ou seja, opiniões do juiz, manifestadas no voto, que não representam a determinação ou a resolução de um caso específico apresentado à Corte.

Por outro lado, não havendo identidade dentre os fatos e as questões de direito, pode o magistrado valer-se da técnica denominada *distinguishing*, vale dizer, não adotar o precedente, porque há distinção entre o caso a ser julgado e o alegado precedente.

Ainda, é possível ao magistrado se valer da técnica denominada *overruling*, pela qual é possível adotar nova orientação jurisprudencial quando a assumida no precedente não se mostrar a melhor medida de justiça (PORTO, 2005, p. 769).

2.2.3 Utilização dos precedentes

Em primeiro lugar, fique claro que, quando não existem precedentes, o caso é julgado e tratado como “caso de primeira impressão”. Do contrário, os precedentes estabelecidos pela Corte Superior vinculam os juízes de primeira instância a ela subordinados.

O juiz de instância, conforme salientado no item anterior quando se mencionou as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, não tem autoridade genérica para derrogar um precedente anterior. Porém, pode ele recusar-se a aplicar o precedente anterior, que esteja ultrapassado de forma significativa em decorrência do passar do tempo, situação que poderá provocar recurso da parte interessada, que argumentará que o juiz laborou em erro por não ter seguido a decisão vinculativa, dando assim, a chance para que a Corte Superior aplique a orientação jurisprudencial que deveria ter sido aplicada ou então confirme a decisão do juízo *a quo*, derrogando o precedente.

Essa mudança, destaca Charles D. Cole (1998, p. 18), indica

[...] que **um precedente na cultura jurídica dos Estados Unidos não está cravado em pedras**. A lei básica pode ser mudada em relação ao precedente pelo legislador, o passar do tempo e a evolução cultural podem

tornar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode mudar sua filosofia jurídica, de modo que o precedente anterior seja reformado e seja estabelecido um novo precedente. (grifos nossos).

Também John P. Dawson (1963, p. 25-26) afirma que a teoria do precedente judicial, adotada no Direito Norte-Americano, não é inflexível, não aumenta excessivamente os poderes do juiz, sendo, ao contrário, um modo de evitar decisões judiciais arbitrárias:

[...] as nossas teorias a respeito do precedente judicial são freqüentemente mal interpretadas por críticos estrangeiros, especialmente, por aqueles que estudaram em países onde o sistema de leis é codificado. Pensam eles que a teoria do precedente aumenta excessivamente o poder dos juízes. Nós, porém, não pensamos deste modo. Tanto como a moderna prática de arrazoar as opiniões judiciais, a compulsão para que o precedente seja respeitado e seguido é, na sua essência, um meio de limitação de poder. Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais, que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico. É certo, porém, que, tanto na teoria como na prática, nós seguimos muito mais as decisões judiciais do que os povos dos países que não sofreram a influência da tradições e dos costumes da Inglaterra.

Passemos ao item seguinte, no qual se pretende analisar os efeitos práticos dos precedentes e o ensino jurídico para a adoção do sistema.

2.2.4 Os efeitos práticos dos precedentes e o ensino jurídico para a adoção do sistema

A utilização dos precedentes permite e pode conduzir à estabilidade do direito, fornecendo uma base para que o operador jurídico possa prever a decisão que a Corte deverá tomar. Ademais, evita a litigância em torno de situações fáticas repetitivas que sequer mereceriam amparo judicial. No ensino jurídico, o estudante é treinado para analisar os fatos relevantes e as questões jurídicas aplicadas ao caso a ser decidido pela Corte. O estudo de casos é determinante para a formação jurídica, segundo escreve João Mendes de Almeida Júnior (1972, p. 133):

Em 1871, o Prof. Langdell, da escola de Direito de Harvard, começou a aplicar, em contraprodução aos velhos métodos usados nos Estados Unidos, do *book-system* e do *lecture-system*, sistema do compêndio e da lição dogmática, um novo método denominado *case-system*, cuja idéia fundamental consiste em formular os princípios jurídicos sobre a análise de casos de jurisprudência. Aplicado por Langdell, em matéria de contratos, foi

depois ampliado por ele e pelos seus colegas de Harvard às outras universidades, sendo já hoje seguido, em maior ou menor grau, num grande número de escolas americanas, tendo-se generalizado às ciências políticas e sociais, como o direito público, a diplomacia e tendendo assim a constituir o método fundamental da educação jurídica, na escola americana. [...] Foi tal método recebido com desdém pelos legalistas que haviam estudado segundo os métodos antigos, mas, bem depressa, os fatos vieram demonstrar a superioridade da educação dos juristas por ele instruídos, e da sua eficácia resultou a sua generalização.

Somente a formação teórica é insuficiente para o aprendizado. As aulas expositivas não fornecem material capaz para o enfrentamento das questões em que existe a necessidade de aplicação da doutrina do *stare decisis*. Isso, por óbvio, serve como alerta para os educadores que cuidam da formação jurídica no Brasil, onde, segundo é sabido, predominam as aulas expositivas voltadas para aspectos teóricos, relegando ao plano secundário o estudo de casos.

2.2.5 Vantagens do uso do precedente oriundo da doutrina do *stare decisis*

De tudo o que até aqui se demonstrou, podem-se destacar as seguintes vantagens da adoção do uso do precedente, a partir da adoção da doutrina do *stare decisis*:

a) o uso do precedente é um dos atributos notáveis do direito americano e fornece base para estudantes de direito, advogados, professores, juízes e promotores saberem o que a Corte entende em relação a um determinado caso;

b) os precedentes nos Estados Unidos não estão gravados ou escritos em pedra, podendo, portanto, mudarem quando houver alteração legislativa ou quando o tempo, a cultura e a filosofia jurídica o requererem;

c) a utilização da doutrina para outros sistemas requer reavaliação do método de ensino jurídico adotado, sendo, também, necessária a devida adaptação dos profissionais do direito ao sistema;

d) a publicação das decisões precisa ser acurada e ficar rapidamente pronta e facilmente utilizável, com índices e detalhes completos em torno dos julgamentos, a fim de se poder, realmente, fazer a comparação e se verificar se existe analogia entre o precedente e o caso concreto a ser resolvido;

e) tomadas as devidas precauções, a utilização do precedente vinculante cumpre o seu papel de proporcionar segurança jurídica e isonomia, além de tornar mais rápida e efetiva a prestação jurisdicional.

3. A aproximação do sistema da *Civil Law* ao da *Common Law*

Mesmo com a estrutura que possui, no sistema da *Civil Law*, o juiz não teria apenas a desprezível condição de *bouche de la loi*, porque, mesmo no sistema romano-germânico, a jurisprudência ocupa lugar de destaque¹⁵, principalmente com as cortes constitucionais, o que faz com que venha até a se aproximar do sistema da *Common Law*¹⁶.

René David (1998, p. 302), ao centrar sua atenção no sistema da *Common Law* do século XX na Inglaterra e tratar do *welfare-state*, escreve sobre novas situações que estão fazendo com que o sistema da *common law* se aproxime do da *Civil Law*. Afirma ele:

O movimento iniciado no século XIX continua nos nossos dias, com novas características. Uma nova corrente socialista, visando o estabelecimento da sociedade sobre novas bases, substituiu a corrente liberal que foi dominante até 1914. A *common law* sofreu, por isto, uma grave crise, já que os processos de elaboração casuística e jurisprudencial, pelos quais ela se caracterizou desde a sua origem, conciliam-se com a vontade de efetuar na sociedade profundas e rápidas transformações. As leis e regulamentos adquiriram uma importância desmedida em comparação com a situação anterior.

[...]

Para resolver os problemas do *welfare-state*, talvez os direitos românicos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês. Esboça-se, assim, um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu; este movimento é estimulado pelas necessidades do comércio internacional e favorecido por uma mais nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental: a entrada do Reino Unido na Comunidade Econômica Européia poderá dar um novo impulso a esta aproximação.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 13-65; CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

¹⁶ TARUFFO, Michele. *Aspetti fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 36 (2001).

Roberta Calvano (1996, p. 1.280), que trata da ordem jurídica italiana após o advento da Lei Fundamental de 1947, diz que o *stare decisis*, antes tido como peculiaridade do sistema inglês, atualmente é encontrado em seus traços gerais como prática difundida em todo o continente europeu a partir do século XVI, destacando ainda que

Tale rilievo è dovuto certamente alla consapevolezza che i giudici costituzionali hanno avuto, ed hanno, relativamente alla circostanza per cui 'dall'insieme delle rationes decidendi (della Corte) nasce un diritto pretorio, con tutta l'autorità tipica di questo diritto, non certo di imporre ex lege il vincolo delle motivazione, ma di influire sulla reale vita dell'ordinamento, affiancandosi se non alle leggi in sé, al diritto com vive e come viene usato dai giudici.¹⁷

Portanto, pode-se dizer que, no sistema italiano, a partir da Carta de 1947, há verdadeira aproximação do sistema da *Common Law* ao da *Civil Law*.

O mesmo tem ocorrido no sistema judiciário alemão¹⁸. De fato, a Lei Fundamental de *Bonn*, de 1949, é expressa em prever, em seu art. 94.2, o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, salientado, ademais, que lei federal disporá sobre a organização e o procedimento, precisando os casos em que seus julgados terão eficácia de lei.

Assim sendo, mostra-se possível dizer que, também, no sistema alemão existe verdadeira aproximação do sistema codificado ao da *Common Law*.

Em Portugal, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 1079/1082), de acordo com o art. 282º/1 da *Constituição Portuguesa*, as decisões do Tribunal Constitucional possuem força obrigatória geral, demonstrando: a) vinculação geral, ao submeterem o legislador, que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais ou neutralizar a decisão através de convalidação

¹⁷. Tal relevância é devida, certamente, ao conhecimento que os juízes constitucionais tiveram, e têm, relativamente à circunstância pela qual de junto das razões de decidir (das Cortes) nasce um direito pretório, com toda a autoridade típica desse direito, não certo (suficiente) para impor com força de lei o vínculo das motivações, mas para influir sobre a vida real do ordenamento, defendendo-se se não à lei em si, ao direito como vive e como é usado pelos juízes. (Tradução livre)

¹⁸ Carlos Velloso lembra que a doutrina do *stare decisis* também não é novidade no direito comparado, citando o exemplo alemão:

[...] no sistema judicial norte-americano, que é dos mais eficientes, em razão do '**stare decisis**', lá acolhido, estabelecendo a corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, esse princípio será aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos. [...] O professor e magistrado Antônio Álvares da Silva esclarece que, 'no direito comparado, o fato não é novo. Já existe também, há muito tempo, no direito alemão. Lá, quando o Tribunal Constitucional decide uma questão, ela é vinculante para todas as instâncias e para a administração pública. E jamais houve queixa dos juízes alemães contra sua liberdade de julgar' (O Judiciário e o efeito vinculante. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 4 de ago. 1997, "Tendências e Debates", p. 3).

retroativa; b) força de lei, porque tais deliberações, em face do valor normativo que ostentam, espraiam seus efeitos perante as pessoas físicas e coletivas privadas.

A Espanha, por seu turno, não se manteve alheia ao fascínio do precedente e, para essa finalidade, o Tribunal Constitucional invoca o princípio da igualdade, prestigiado pelo art. 14 da *Constituição* de 1978.

Por derradeiro, é de se mencionar o sistema vigente em França, sendo necessário dizer, em primeiro lugar, que, historicamente, por conta da Revolução de 1789, o sistema francês tende a repulsar o trabalho dos juízes, vistos e tidos como caudários do *ancién régime*. Assim, a Lei de 1790, ao criar o *référé législatif*, realçou o caráter do magistrado de aplicador automático da lei, dando importância maior à interpretação legislativa, com descrédito, portanto, ao trabalho do juiz, sendo prova disso, o disposto no art. 3º da *Constituição* de 1791, que estabelecia que “Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem intrometer-se nas funções administrativas ou citar perante eles os administradores por motivo de suas funções.”

Por ser assim, é que foi criado o Tribunal de Cassação, órgão político do Legislativo, que tinha como atribuição principal a de retificar as infrações levadas a cabo pelas cortes judiciais francesas, sempre que as ditas infrações se traduzissem em contravenção ao texto da lei.

O Tribunal de Cassação, todavia, a partir de 1837, assumiu outra feição, passando a órgão do Poder Judiciário e com a atribuição de rever qualquer sentença que se baseasse em *ratio decidendi* contrária à sua orientação jurisprudencial.

Após a criação do Tribunal de Cassação, surgiu, em 1872, o Conselho de Estado que, mesmo não pertencendo ao Poder Judiciário, passou a merecer a atribuição de julgar questões de direito público, galgando, destarte, ao ápice da jurisdição administrativa.

Quem explica bem a inclusão da jurisprudência como fonte do direito no sistema francês são George Vede e Pierre Delvové (VEDE; DELVOVÉ, 1997, p. 486-487, *Apud* NOBRE JÚNIOR, 2001., p. 57), que assim escrevem, ao destacar a importância do papel do juiz, afirmando que este último somente interpreta os textos legais, não criando o direito:

Officiellement, si l'on peut s'exprimer ainsi, notre droit est entièrement un droit écrit et législatif, sans participatio du juge. Les règles de droit

procédente uniquement de la Constitutio, des traites, de la loi, des règlements. Le juge interprète les textes et ne crée pas de règles de droit.

E prosseguem: “Même en droit civil il est évident que, en fait, une partie importante des règles de droit administratif où les règles les plus importantes n’ont, le plus souvent, pas d’autre origine.”¹⁹

Por derradeiro, há que se registrar essa aproximação no caso brasileiro, no qual, com a adoção das denominadas súmulas vinculantes – estruturada no sistema da *Common Law*– redirecionou o sistema jurídico brasileiro para uma nova situação, por intermédio da qual as decisões da Corte Alta passaram a ter, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 e a edição da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A adoção das denominada súmulas vinculantes, contudo, será tratada logo adiante, também neste artigo, de sorte que eis aí algumas anotações e registros que demonstram realmente a aproximação do sistema da *Civil Law* ao da *Common Law*.

4 Aproximação entre os dois sistemas: mudanças de paradigmas?

A eventual aproximação entre o sistema da *Common Law* e o da *Civil Law* enseja, como consequência, a análise da questão relativa à mudança de paradigmas que estruturam cada um deles. Em razão disso, necessário se mostra que se dê também ênfase a mais esse aspecto. Para tanto, importante se mostra valer-se da teoria de Thomas Kuhn (apud NOBRE JÚNIOR, 2001, p. 57), que cuidou de demonstrar o caráter revolucionário do progresso científico, em que a revolução implica o eventual abandono de uma estrutura teoria e sua substituição por outra que, às vezes, se mostra incompatível com a primeira.

A. F. Chalmers (1993, p. 124), ao sintetizar as idéias de Kuhn, sem, evidentemente abandonar ou causar prejuízo ao seu conteúdo, assim escreve:

¹⁹ Mesmo no direito civil é evidente que, de fato, uma parte importante das regras de Direito Administrativo ou das regras mais importantes, não são, muitas vezes, de outra origem. (Tradução livre).

O quadro de Kuhn da maneira como progride a ciência pode ser resumido no seguinte esquema aberto:

Pré-ciência – ciência normal – crise-revolução – nova ciência normal – nova crise.

A atividade desorganizada e diversa que precede a formação da ciência torna-se eventualmente estruturada e dirigida quando a comunidade científica atém-se a um único paradigma. Um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica. Os que trabalham dentro de um paradigma, [...] praticam aquilo que Kuhn chama de ciência normal. Os cientistas normais articularão e desenvolverão o paradigma em sua tentativa de explicar e de acomodar o comportamento de alguns aspectos relevantes do mundo real tais como relevados através dos resultados de experiências. Ao fazê-lo experimentarão, inevitavelmente, dificuldades e encontrarão falsificações aparentes. Se dificuldades deste tipo fugirem ao controle, um estado de crise se manifestará. Uma crise é resolvida quando surge um paradigma inteiramente novo que atrai a adesão de um número crescente de cientistas até que eventualmente o paradigma original, problemático, é abandonado. A mudança descontínua constitui uma revolução científica. O novo paradigma, cheio de promessa e aparentemente não assediado por dificuldades supostamente insuperáveis, orienta agora a nova atividade científica normal até que também encontre problemas sérios e o resultado seja uma outra revolução. (destacamos)

Viu-se, até aqui, principalmente pelo retrospecto histórico que se trouxe nas linhas anteriores, que os dois sistemas, da fase de pré-ciência em que se encontravam, chegaram à fase de ciência normal, de modo que o sistema da *Common Law* passou a ser regulado por precedentes e o da *Civil Law*, a seu turno, pela legislação codificada.

Chalmers (1993, p. 127) diz ainda que, mesmo tendo o prestígio de se considerar como ciência normal, em determinado momento o paradigma passa a ter de resolver problemas de natureza teórica quanto experimental. Isso se mostra normal. Afirma inclusive que o eventual fracasso em resolver um problema é considerado como um fracasso do cientista e não como uma falta de adequação do paradigma. E, diante desse fracasso, o paradigma permanece. Para isso, será necessário valer-se das leis gerais, os princípios metafísicos e metodológicos envolvidos no paradigma para tentar mantê-lo.

Ora, não há dúvida de que, em reação às crises que os sistemas aqui analisados possam eventualmente apresentar, os juristas de cada um deles irão tentar resolver seus problemas exatamente com os métodos paradigmáticos que orientam cada um dos dois sistemas. Dificuldades, contudo, ainda não são verdadeiras crises. Estas somente irão de fato se caracterizar quando as anomalias

passam a representar problemas sérios para um paradigma e um período de acentuadas insegurança começa. Eis o trecho em que Chalmers (1993, p. 130) aborda esse aspecto:

As tentativas de resolver o problema tornam-se cada vez mais radicais e as regras colocadas pelo paradigma para a solução dos problemas tornam-se, progressivamente, mais frouxas. Os cientistas normais começam a se empenhar em disputas metafísicas e filosóficas e tentam defender suas inovações – de *status* dúbio, do ponto de vista do paradigma– com argumentos filosóficos. Os cientistas começam a expressar abertamente seu descontentamento e inquietação com o paradigma reinante.

A complexidade se acentua –pontifica Chalmers (1993, p. 131)– com o surgimento de um eventual paradigma rival, situação em que os adeptos de cada qual tenta se manter, o que ocorre porque vivem, por assim dizer, em “mundos diferentes”. Chega-se, contudo, a um determinado momento em que, em plena crise, os próprios adeptos aos conceitos orientadores de um certo paradigma irão aderir às idéias e soluções do outro. Isso equivale, ainda segundo Chalmers (1993, p. 131), a “uma troca gestáltica²⁰” ou a uma “conversão religiosa.”, que não terá o significado ou poderá traduzir-se em superioridade de um paradigma em relação ao outro, exatamente porque dita adesão não decorre de um único fator.

Analisado, assim, mesmo de forma abreviada, a teoria que envolve os paradigmas, é se perquirir, em seguida, se a aproximação, no caso do sistema brasileiro, da família da Civil Law, ao sistema da Common Law, tem ou não se caracterizado ou se constituído em mudança de paradigma e se isso tem trazido benefícios para o sistema jurídico pátrio.

5 Da aproximação do sistema jurídico brasileiro ao da *Common Law*

Não há dúvida de que o sistema jurídico brasileiro tem-se aproximado do sistema da da *Common Law* que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Isso se mostra evidente a partir da verificação de que tem havido a busca da implantação de um sistema vinculativo de jurisprudência, a começar, dentre vários exemplos que poderiam ser citados, pelo *Código de Processo Civil* de 1939

²⁰ . Expressão que vem do alemão (*gestalt*), que significa transformação.

que, em seu artigo 861, trazia disposição expressa de que o Tribunal poderia promover o pronunciamento prévio sobre a interpretação de qualquer norma jurídica.

Aliás, no Anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid (1964), houve, inclusive, estudos no sentido de se restabelecerem os antigos assentos que vigoravam anteriormente (art. 519 e item 29 da exposição de motivos), com o que as decisões judiciais teriam então efeito vinculativo. De igual maneira, pelo mesmo efeito também ocorreu na elaboração da Constituição de 1946, quando houve projetos de implantação do referido sistema de precedentes vinculantes.

Entretanto, o aspecto mais relevante em torno da adoção das regras da *Common Law* no sistema jurídico brasileiro adveio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o art. 103-A na Carta Maior, possibilitando, pois, a edição, por parte do Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a aprovação de súmula que, a partir de sua publicação, passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder sua revisão ou cancelamento.

O referido preceito constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante²¹.

Mas não é de se olvidar ainda, no que tange à aproximação do sistema brasileiro ao da *Common Law*, que várias mudanças legislativas mostram que tem havido esse avizinhamiento, consoante demonstram, por exemplo, o conteúdo do art. 38 da Lei nº 8.038/90, que permitiu ao Relator, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, negar seguimento a recurso que contrarie, nas questões de direito, súmula do respectivo Tribunal; o art. 557 do Código de Processo Civil que, no mesmo rumo, dispôs que o relator negará seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência predominante do Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho que também estabeleceu que o relator

²¹ . Em torno da súmula vinculante sugere-se a leitura de apagado trabalho que o autor do artigo que ora se escreve publicou em parceria com Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas Vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo: (168): 143-160, fev. 2009).

poderá negar seguimento ao recurso de revista, se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado de súmula do Tribunal Superior do Trabalho; o art. 285-A, também do Código de Processo Civil, que veio no rumo segundo o qual, quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença nos mesmos moldes da já anteriormente prolatada.

De igual maneira, ainda demonstram aproximação ao sistema da *Common Law*: os arts. 543-B e 543-C, bem como os art. 544, § 3º e § 4º, todos do Código de Processo Civil.

No campo doutrinário, a respeito da referida aproximação, em recentíssimo e brilhante artigo que teve circulação nacional, ao tratar da transformação da *Civil Law* e a chance de se criar um sistema precedentalista para o Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 1-3) sustenta que é chegada a hora se ter efetivas investigações doutrinárias sobre a jurisdição da *Common Law* e abandonar-se o preconceito em relação ao direito americano. Escreve ele ainda que, nos tempos atuais, o juiz da *civil law* passou a exercer papel inconcebível com esse sistema, passando a ser tão criativo quanto o do seu colega da *common law*, porque atualmente o juiz do primeiro sistema controla a constitucionalidade da lei e obviamente não está mais a ela submetido, com o que seu papel até mesmo negaria a idéia da supremacia do legislativo, tão próprio na *civil law*.

Consta ainda do artigo o seguinte e relevante trecho:

[...] Não há qualquer empenho em ressaltar que o juiz, no Estado constitucional, deixou de ser mero servo do legislativo. A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. É exatamente a cegueira para a aproximação destes juízes que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

Tudo isso mostra, portanto, verdadeira aproximação do sistema jurídico brasileiro ao sistema da *Common Law*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de remate deste artigo, cabe concluir que realmente tem havido aproximação entre os dois sistemas e que essa aproximação, como elemento que caracteriza verdadeira mudança de paradigmas, no caso brasileiro, poderá ensejar o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e o cumprimento dos princípios constitucionais de segurança jurídica, da isonomia e do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. *Revista de direito público*, v. 20, p. 129,153, abr./jun. 1972.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.

CALVANO, Roberta. Lo Stare decisis nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano: CEDAM, n. 2, p. 1280, marzo/aprile, 1996.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas Vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p. 143-160, fev. 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARREIRA, Alvim. Alternativa para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 84, p. 185-192, out./dez. 1996.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 134, p. 182-183, abr./jun. 1997.

CASTRO, Adauto de Souza; CROCHIQUIA, Edson. *ABC do Direito romano*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

CHALMERS, A. F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 124-136.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 11-12, jun. 1998.

COLIN, Peter. *The dictionary of law*. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing Ltd, 2000.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Rio de Janeiro: Série Cadernos Didáticos, [1960?].

COSTA, Sílvio Nazareno da. *Súmula vinculante e reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 17 e 25.

DAWSON, John P. As funções do juiz. In BERMAN, Harold (org.). *Aspectos do Direito Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeito vinculante das decisões judiciais. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v.2.

GARCIA, Dínio de Santis. Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 734, p. 40-47, dez. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 739, p. 11-42, maio 1977.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

KUHN, T. S. *The Structure of Scientific Revolution*. Chicago, University of Chicago Press: 1970.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 553, p. 287-299, nov. 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. **Cadernos Jurídicos da OAB-PR**, Curitiba, v. 03, p. 1-3, jun. 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do perigo do efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *ADV - Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 16, n. 27, p. 324-327, jul. 1996.

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p. 103-109, jul./set. 1997.

MENDES, João de Castro. *Direito comparado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983.

MOREIRA, Leonardo D. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html> Acesso em: 10 de abril de 2007.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (785): 46-72, mar. de 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil. Em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. *Revista Forense*, v. 327, p. 37-42, 90.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Superior Tribunal de Justiça - Eventos comemorativos*. Brasília: STJ, p. 94-96, 1999.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 4. ed. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, Evandro Lins e. Efeito vinculante das súmulas - Os assentos da casa de suplicação. *ADV - Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal - v. 17*. São Paulo, v. 35, p. 448-449, ago. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Ovídio A. da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. *Súmulas no direito brasileiro, eficácia, poder e função: a inconstitucionalidade do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 27-48, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 279, p. 1-7, jul./set., 1982.

_____. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília: v.10, p. 142-161, jul./dez. 1998.

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

VEDE, George; DELVOVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: PUF, 1997, p. 486-487. *Apud* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (785): 46-72, mar. de 2001.

VELLOSO, Carlos. O Judiciário e o efeito vinculante. *Folha de São Paulo*, 4 ago. 97, "Tendências e Debates", p. 3.

_____. Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico; efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 138, p. 78-79, abr./jun. 1998.