

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E A PERDA DA CENTRALIDADE DO CÓDIGO NO SISTEMA CIVIL LAW: A ESPECIFICIDADE BRASILEIRA

THE BINDING LEGAL PRECEDENT AND THE LOSS OF THE CODE CENTRALITY IN THE CIVIL LAW SYSTEM: THE BRAZILIAN SPECIFICITY

Maria Coeli Nobre da Silva¹

Maria Oderlânia Torquato Leite²

RESUMO:

A contemporaneidade trouxe em seu bojo mudanças em todos os campos de conhecimento, especialmente na esfera sócio-econômico e cultural. Como parte deste contexto, as implicações no Direito logo se fariam sentir. Requestados a um maior dinamismo, os sistemas de direito não mais se revelam estanques e estão sujeitos a um longo e incessante processo de transformação, com noções que já não detêm absolutamente a força que revelavam no momento de sua concepção. O escopo do presente artigo é demonstrar que está ocorrendo verdadeira transformação na atividade jurisdicional brasileira, abordando-se que a superação da crise do judiciário passa pela ampliação do sistema de manutenção e de vinculação de suas decisões colegiadas. As várias reformas legislativas ocorridas em nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas permitiram a entrada de institutos incomuns à tradição do *civil law*, inspirado, sobretudo, na valorização do precedente oriundo do *common law*. Assim, num primeiro momento, o presente estudo investigará as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* naquilo que diz respeito ao efeito vinculante e ao grau de autoridade exercido pelo precedente judicial nos respectivos sistemas, após, se dedicará à análise do instituto do efeito vinculante de modo a entender, em face das mudanças apregoadas pela aragem reformista, a atividade jurisdicional frente a forte influencia dos precedentes judiciais.

¹ Mestre em Direito pela UFPB. Professora Adjunta da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Magistrada aposentada do Estado da Paraíba. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza.

² Mestre em Direito pela UFC. Professora Assistente da Universidade Regional do Cariri – URCA. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado - da Universidade de Fortaleza. Bolsista da FUNCAP.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Civil; Civil Law; Common Law; Precedente Vinculante; Codificação;

ABSTRACT: The contemporary world has brought in its wake changes in all fields of knowledge, especially in the socio-economic and cultural sphere. As part of this context, the implications would be felt just right. Requested a more dynamic, systems of law no longer reveal watertight and are subject to a long and endless process of transformation, with notions that no longer hold the power that revealed absolutely the moment of conception. The scope of this paper is to demonstrate that real change is taking place in Brazilian jurisdictional activity, is addressing that overcoming the crisis of the judiciary passes through the maintenance and expansion of their joint decisions binding system. The various legislative reforms occurred in our legal system in recent decades have allowed the entry of unusual institutes to the civil law tradition, inspired mainly arising on the valuation of the common law precedent. So at first, this study will investigate the legal traditions of the common law and civil law in what concerns the binding effect and the degree of authority exercised by judicial precedent in their systems after, will be devoted to the analysis of the effect of the institute binding in order to understand, in view of the changes heralded by the reformist plowing judicial activity against strong influence of judicial precedent.

KEYWORDS: Procedural Law Civil; Civil Law; Common Law; Binding Precedent; Codification.

INTRODUÇÃO:

Tem-se por assente a concepção de ser o direito um sistema originário da cultura e da civilização de um povo. Assim, por refletir valores e por ser a cultura introspecção de uma dada sociedade em uma determinada época, esse direito vale enquanto valem os valores inconfundíveis e irredutíveis da respectiva cultura e civilização. Tal premissa justifica-se neste corpo introdutório para contextualizar este trabalho, cujo desenvolvimento perpassa pelos grandes sistemas jurídicos, com suas diferenças e semelhanças, porém não opostos, pois a envolver conceitos interdependentes a conviverem em tensão.

O Direito tem agrupado os diversos ordenamentos jurídicos em grandes conjuntos, segundo os critérios cambiantes da classificação adotada pelos autores que, de um modo geral, a denominam de “*famílias de direitos*”, expressão com dissensos na doutrina

internacional³, todavia, aceita e utilizada em estudos dos sistemas jurídicos na realidade brasileira. Nesse diapasão, sobressaem-se as *famílias jurídicas*⁴ que reúnem os subsistemas de direitos: o sistema romano-germânico, que os autores ingleses e norte-americanos denominam "*civil law*", no qual se inclui o direito brasileiro; o sistema da "*common-Law*", que engloba "o sistema inglês", o "britânico" e o "anglo-saxão"; o *sistema dos direitos socialistas*, e outras concepções da ordem social e do direito, com forte e decisiva influência de fatores religiosos, como o direito muçulmano, indiano, direitos do Extremo Oriente, direito judaico, direitos da África e de Madagascar.

Sem a pretensão de esgotar a matéria em toda a verticalidade que comporta, ao presente ensaio interessa examinar o sistema romano-germânico conhecido como *civil law* e o sistema anglo-saxão o *common law*, em suas peculiaridades. A compreensão consistente desses dois grandes sistemas requer, inevitavelmente, um estudo histórico, ainda que breve, do seu processo de formação e de suas fontes. Portanto, o primeiro objetivo do presente artigo é buscar no processo histórico de formação desses dois grandes sistemas o sentido dos elementos que lhes são mais específicos, que lhes dão forma e lhes contrastam ou lhes aproximam, como uma maneira de fixar as premissas necessárias para o desenvolvimento do tema proposto. Em seguida, o tema é colocado dentro do atual paradigma epistemológico que reconhece o precedente judicial, como instituto uniformizador da jurisprudência dentro da dinâmica da processualística contemporânea, onde se exige uma maior atividade criativa dos juízes da tradição do *civil law* quando da aplicação do direito e conseqüentemente uma menor utilização dos códigos. É esse, exatamente, o ponto central do presente trabalho, qual seja, identificar que o direito no sistema do *civil Law*, embora permaneça em grande medida codificado, teve um enfraquecimento progressivo na sua função normatizante através do código. Fenômeno ocorrente devido a incessante força construtiva dos fatos voluntários emergidos do seio social, de modo a requerer uma criatividade judicial permanente, transformando-se, *a posteriori*, em decisões judiciais dotadas de efeitos vinculantes.

Por último, como matéria de relevante abordagem neste trabalho, os estudos supra são atraídos para especificidade brasileira quando se identifica a força de controle (mais que

³ Cf. esse dissenso em ÖRÜCÜ, Esin. A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'. *Comparative law – a handbook*. Coord. de Esin Öricü e David Nelken. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 171

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

vinculação) dos efeitos vinculantes das decisões injetada no contexto das reformas iniciadas no Brasil desde a década de 90 e com desiderato pela Emenda Constitucional 45/2004.

1. OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: EM BREVE HISTORICIDADE

Como já referenciado, não há uniformidade doutrinária em relação aos critérios de agrupamentos dos sistemas jurídicos. Esin Örücü⁵, por exemplo, menciona outras classificações: **i)** a proposta por Warrington e Mark van Hoecke, em 4 grupos, divididos por critérios culturais: africano, asiático, islâmico e ocidental, sendo que neste último estariam inseridos o direito europeu, americano e da Oceania); **ii)** a sustentada por Adam Podgorecki, ao admitir a existência de 10 grupos; e a de Ugo Mattei ao reconhecer 3 grupos, divididos de acordo com uma análise econômica do direito. Segundo Esin Örücü, a razão de sua discordância à junção em “*agrupamento familiares*” e à polaridade entre *civil Law* e *common Law* deve-se à presença de sistemas híbridos, que não se amoldam a nenhuma classificação, a se constituir um “*mixed jurisdictions*” (jurisdição mista), um terceiro sistema, como o são os sistemas vigente em Quebec (Canadá), Argélia e na Holanda. Nestes exemplos o autor fala da convivência de diferentes combinações - direitos romano, francês, germânico e indígena, e completa seu raciocínio com o sistema da Itália em que a mescla é com o direito canônico, romano, francês, austríaco, germânico e o *ius commune*.⁶

Contudo, acatada a posição majoritária da doutrina brasileira, opta-se pelo resgate dos dois sistemas jurídicos mais tradicionais - o do *common law* e do *civil law*-, das “famílias de direitos” de que fala René David⁷, na observação de que eles se encontram submergidos num incessante processo de convergência mútua, fruto da busca do homem e da sociedade por um sistema sócio-jurídico mais seguro, eficiente, célere e, ao fim, justo.

1.1 O Civil Law :

Nos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e em praticamente todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma

⁵ ÖRÜCÜ, Esin. A general view of ‘legal families’ and of ‘mixing systems’. *Comparative law – a handbook*. Coord. de Esin Örücü e David Nelken. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 171

⁶ ÖRÜCÜ, Esin. 2007, ob cit. p.185

⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

outra grande influência destes – como os países da América Latina⁸-, predominam sistemas jurídicos com características comuns e agrupados em torno do grande modelo chamado de *civil law*.

O *civil law*, também conhecido como sistema romano-germânico, deriva do direito romano⁹ mas com este não deve ser confundido. Além do Direito Romano, o Direito Canônico influenciou o sistema legal Romano-Germânico, não só na Europa, como também naqueles países aos quais a Igreja Católica enviou representantes e princípios de catequização. Em que pese o sistema de tradição do *civil law* – também conhecido como romano-germânico – ter ligação com o direito da antiga Roma sua evolução também o distancia dele, até porque muitas de suas características derivam de fontes diversas do direito romano, como o direito canônico, o direito comercial, as revoluções e a ciência do direito¹⁰ Referido conhecimento jurídico era proveniente, de basicamente, duas fontes: as institutas, escritas por Gaius, no século II d.C., e as compilações feitas pelo imperador Justiniano, no século VI d.C.¹¹

As origens do *civil law* remontam ao século XII. René Davi¹² sublinha que “*até esta época existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar de sistema, e talvez mesmo de direito*”. É no século XIII que aparece verdadeiramente o chamado “domínio da doutrina”, que irá perdurar por cerca de cinco séculos, até o advento das correntes do Direito Natural. Esclarece o citado autor que do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e os comentadores. É nessa época em que nasce a preocupação de que é por meio do direito que se pode assegurar a segurança necessária ao progresso das cidades e do

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

⁹ Entende-se Direito Romano para os fins do presente estudo todo o ensinamento jurídico e o conjunto de regras que se formou posteriormente ao fim do governo republicano da Roma antiga, a partir do século II a. C até 530 d.C.

¹⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25.

¹¹ WATKIN, Thomas Glyn. *An Historical Introduction to Modern Civil Law*. 1ª ed. Aldershot: Ashgate Publishing, 1999, p. 10.

¹² DAVID, René. Op. Cit. pág. 27 a 29.

comércio. Além disso, passa-se a diferenciar o direito da religião, criando-se, inclusive, o direito canônico nesta época¹³.

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

A aparição do sistema do *Civil Law* tem sua origem não em uma unidade política, mas em uma comunidade de cultura. Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: este é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar¹⁴.

E René David¹⁵ complementa:

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

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

Muito da organização social do Império Romano e com ela a faceta jurídica de um sistema de vida restou, de certo modo, esquecida. Não obstante, remanesceram importantes fontes documentais do direito romano como as compilações de Justiniano: o Código, o Digesto e as Institutas, que datam de 529 a 574. O passo seguinte para a formação do direito

¹³ DAVID, René. Op. Cit. pág. 31.

¹⁴ DAVID, René. Op. Cit. pág. 42.

¹⁵ DAVID, René. Op. Cit. pág. 41.

do *Civil Law* ocorreu com a passagem da administração da justiça para Juízes com formação universitária. A aplicação do direito passou a demandar um conhecimento teórico aprofundado cuja fonte encontrava-se na Universidade. Nesse contexto, verifica-se uma supervalorização do direito enquanto regra geral, em detrimento da equidade e da conciliação. A simbiose entre o direito universitário e a prática administrativa finalmente ocorre quando a Escola do Direito Natural, por um lado rejeita a vontade insuperável do soberano como obstáculo para a imposição da lei, e por outro, reconhece para o mesmo líder político o direito de legislar. O produto final desta simbiose é o movimento de codificação, que acaba eclodindo com Napoleão, na França.

A era dos descobrimentos, as colonizações, e mesmo a imposição cultural e econômica do ocidente, determinou a expansão do sistema romano-germânico para os países da América Latina, Japão, Indonésia, África e Oriente Próximo. Evidentemente, que isso não significa que as regras legais sejam semelhantes, posto que a técnica de codificação e a dispersão do sistema tornaram muito difícil identificar uma unidade legal para o sistema.¹⁶

As revoluções americana e francesa, bem como os movimentos de independência na América Latina influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual, marcada por amplo debate e novas ideias acerca da humanidade, sociedade, economia e estado. Essa evolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras de direito processual.¹⁷

Destaque-se que na Europa Continental houve uma revolução com a negação e o rompimento com a antiga ordem legal. O *jus commune* e o direito canônico perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte de direito. Ou seja, implementou-se no *Civil Law* um direito unificado que substituiu o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto legislativo “completo” e de valor geral.

Como parte desses processos, assistiu-se ao avanço dos projetos de codificação. Buscava-se, mediante a criação de novos códigos, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente com a criação de instrumentos normativos aparentemente simples, claros, sistemáticos e racionais. O direito deveria ser também conhecido por todos, e a codificação faria esse papel. Não obstante, apesar das boas intenções, prevaleceram na idealização dos

¹⁶ Aliás, segundo René David, parte da doutrina culpa as codificações pelo rompimento da unidade do direito Europeu. Porém, o mesmo autor, em outra passagem discorda dessa assertiva, asseverando que na verdade o que a codificação provocou foi a união e fortificação do direito europeu. (Op.Cit. p. 53)

¹⁷ MERRYMEN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latine American*. 3ª ed. Stanford University Press, California, 2007.

códigos as propostas mais tradicionais, inspirados, em grande medida, nas instituições jurídicas vigentes e na visão dos estudiosos e dos intérpretes especializados do direito¹⁸.

1.2. O *Common Law*

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

O *common law* nasceu nas Cortes Inglesas. Entre os séculos X e XI a Inglaterra estava dividida em inúmeros distritos administrativos e povoada por um sem número de castelos militares de defesa das terras, sendo que nesses distritos territoriais funcionavam cortes judiciais (as *Hundred Courts* e as *County Courts*) compostas por servidores não profissionais que administravam a justiça de acordo com os costumes locais. Paralelamente, impondo-se às vezes como concorrente e às vezes como prevalente, existiam as jurisdições senhoriais, que atuavam principalmente em questões fundiárias. Aplicava-se naquele período o direito dos povos germânicos (anglos e saxões), direito esse, denominado por Cavanna de “*direito popular anglo-saxão*.”¹⁹

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

Inicialmente o Rei exercia apenas a “alta justiça”. A maioria dos litígios seguia para as jurisdições antes mencionadas e os Tribunais Reais não estavam aptos a administrar a justiça, mesmo em grau de recurso²⁰. Aos poucos, no entanto, conformou-se a organização e a

¹⁸ CHEVVALIER, Jaques. Op. Cit., pág. 174; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁹ CAVANNA. *Storia del diritto moderno in Europa*. p. 491 e 492.

²⁰ DAVID, René. Op. Cit., pág. 360. Três tribunais diferentes conheciam respectivamente das três categorias de causas que eram submetidas à sua intervenção: Tribunal de Apelação. (*Exchequer*), para questões relacionadas com as finanças reais; Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleads*), para questões de propriedade imobiliária e a posse de imóveis; e o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*), para as graves questões criminais que se relacionassem com a paz do reino.

competência dos Tribunais no sistema inglês com a constituição das *County courts* ou *Hundred courts*, que aplicavam os costumes locais; com as jurisdições senhoriais, por meio da *Courts of Baron, Court Leet e Manorial Courts*; e com os Tribunais de Westminster ou Tribunais Reais de Justiça (*Exchequer, Common Pleas e King's Bench*)²¹.

Em 1187, a edição do livro Glanvill marcou o início do *common law* e estabeleceu os princípios de sua literatura²². Após Glanvill, Bracton – juiz e religioso, trouxe grandes contribuições à arte de escrever sobre a *common law*. Como juiz, Bracton dispunha de acesso aos casos julgados nas cortes, descrevia-os e fazia comentários.²³

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

O *common law* passou a contar com regras procedimentais, bem como remédios preestabelecidos, entretanto aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões podiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão, uma espécie de perdão realizado pelo monarca. Ainda paralelamente ao *Common Law* também se desenvolveu no direito inglês um conjunto de regras jurídicas chamadas *equity*. Por volta do século XIV, para aqueles que não tinham acesso às cortes de Justiça porque eram muito pobres, para custear as despesas processuais, criou-se esse sistema paralelo de julgamento. Os “injustiçados” dirigiam-se diretamente ao rei e eram julgados pelo Lorde secretário do Rei – o *Lord Chancellor*.²⁴

Sobre o assunto, Guido Fernando²⁵ ainda traz a seguinte observação:

²¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 31.

²² Glanvill inovou com o método de escrever os princípios jurídicos na forma de comentários sobre os diferentes documentos legais que existiam. Assim, é que, separado em Livros(Livro I, livro II, etc.)Glanvill estabelece modelos de documentos e petições a serem seguidos.

²³ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit., 111.

²⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. pág. 37.

²⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. págs. 32 a 37.

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

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

Os dois sistemas foram unificados pelo *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve, na verdade uma fusão procedimental, mas não substantiva do *common law* em sentido estrito e da *equity*, ou seja, apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Dessa forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras do *Common Law* ou da *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos²⁶.

1.3. As Fontes do Direito no *Civil Law* e no *Common Law*

A condução até agora feita neste trabalho, perpassado pela concisa historicidade dos dois sistemas jurídicos, são essenciais para uma apreensão dos níveis distintivos das ‘famílias’ mais proeminentes do Direito a incluir certas questões específicas a implicar em um direito expressivamente diferenciado nos dois sistemas, como sua estrutura (buscada na sua origem: costumes/precedentes ou na lei/ código); seus conceitos paradigmáticos (do *romano-germânico* são exemplos os conceitos da autonomia da vontade, o dolo, a culpa, o usufruto, a força maior; do *direito inglês*, conceitos novos, como *trust*, *bailment*, *trespass*)²⁷; e, principalmente suas fontes, matéria cuidada neste tópico.

1.3.1. O *Civil Law* em suas fontes

A mais marcante característica do *civil law* consiste no posicionamento da lei como fonte primária do direito. A estas normas atribuem-se a vantagem de simplificar o conhecimento sobre o direito, além de torná-lo menos fragmentado e mais sistemático.

²⁶ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 174.

²⁷ Tradução livre: confiança, depósito, transgressão

Entretanto, seus caracteres de generalidade e de abstração não impedem que seu significado final dependa da maneira como as leis são aplicadas pelos juízes.

Os países que compõem a família do sistema Romano-Germânico são também conhecidos como “países do direito escrito”. Essa denominação refere-se, particularmente, à lei escrita que é, em todos esses países, a fonte primária de direito, instrumento básico para expressá-lo, primeiro objeto a ser pesquisado na busca do seu conhecimento.²⁸

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

Nada obstante a prevalência do direito legislado, nos países da família do *civil law* observa-se que outros mecanismos também funcionam como fontes do direito, muito embora em menor medida. Por óbvio, o Direito legislado não tem condições de esgotar todas as situações que demandam a intervenção do sistema jurídico, não sendo possível pois, exigir-se dos operadores do Direito a sua total submissão às leis.²⁹ São tidas como fontes secundárias do direito no *civil law* os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais do direito e a doutrina.

1.3.2. O *Common Law* em suas fontes

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

O *common law* nasceu nas Cortes Inglesas. Entre os séculos X e XI a Inglaterra estava dividida em inúmeros distritos administrativos e povoada por um sem número de castelos militares de defesa das terras, sendo que nesses distritos territoriais funcionavam cortes judiciais (as *Hundred Courts* e as *County Courts*) compostas por servidores não profissionais que administravam a justiça de acordo com os costumes locais. Paralelamente, impondo-se às vezes como concorrente e às vezes como prevalente, existiam as jurisdições senhoriais, que atuavam principalmente em questões fundiárias. Aplicava-se naquele período

²⁸ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 63.

²⁹ VIEIRA, Andreia Costa. Op. Cit. pág. 63.

o direito dos povos germânicos (anglos e saxões), direito esse, denominado por Cavanna de “direito popular anglo-saxão”.³⁰

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

Inicialmente o Rei exercia apenas a “alta justiça”. A maioria dos litígios seguia para a jurisdições antes mencionadas e os Tribunais Reais não estavam aptos a administrar a justiça, mesmo em grau de recurso³¹. Aos poucos, no entanto, conformou-se a organização e a competência dos Tribunais no sistema inglês com a constituição das *County courts* ou *Hundred courts*, que aplicavam os costumes locais; com as jurisdições senhoriais, por meio da *Courts of Baron, Court Leet e Manorial Courts*; e com os Tribunais de Westminster ou Tribunais Reais de Justiça (*Exchequer, Common Pleas e King’s Bench*)³².

Em 1187, a edição do livro Glanvill marcou o início do *common law* e estabeleceu os princípios de sua literatura³³. Após Glanvill, Bracton – juiz e religioso, trouxe grandes contribuições à arte de escrever sobre a *common law*. Como juiz, Bracton dispunha de acesso aos casos julgados nas cortes, descrevia-os e fazia comentários.³⁴

Ao tempo do reinado de Edward I de 1272 a 1307 já existia o hábito da citação, pelas partes do processo, de casos antigos, com o fim de exemplificar seus direitos, sem que essa citação tivesse caráter vinculante. Em razão da extrema dificuldade de acesso aos rolos das Cortes (“Rolos de Direito das Cortes do Rei”), circulavam relatórios das discussões ali travadas, de sorte que o método utilizado por Bracton acabou por influenciar a escrituração

³⁰ CAVANNA. *Storia del diritto moderno in Europa*. p. 491 e 492.

³¹ DAVID, René. Op. Cit., pág. 360. Três tribunais diferentes conheciam respectivamente das três categorias de causas que eram submetidas à sua intervenção: Tribunal de Apelação. (*Exchequer*), para questões relacionadas com as finanças reais; Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleads*), para questões de propriedade imobiliária e a posse de imóveis; e o Tribunal do Banco do Rei (*King’s Bench*), para as graves questões criminais que se relacionassem com a paz do reino.

³² SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 31.

³³ Glanvill inovou com o método de escrever os princípios jurídicos na forma de comentários sobre os diferentes documentos legais que existiam. Assim, é que, separado em Livros(Livro I, livro II, etc.)Glanvill estabelece modelos de documentos e petições a serem seguidos.

³⁴ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit., 111.

dos chamados “Livros do Ano” (que não se confundem com os “Relatórios de Casos” – *Law Reports*), que nada mais eram que comentários de “petições orais” endereçadas às Cortes durante o reinado de Edward I.

O *common law* passou a contar com regras procedimentais, bem como remédios preestabelecidos, entretanto aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões podiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão, uma espécie de perdão realizado pelo monarca. Ainda paralelamente ao *Common Law* também se desenvolveu no direito inglês um conjunto de regras jurídicas chamadas *equity*. Por volta do século XIV, para aqueles que não tinham acesso às cortes de Justiça porque eram muito pobres, para custear as despesas processuais, criou-se esse sistema paralelo de julgamento. Os “injustiçados” dirigiam-se diretamente ao rei e eram julgados pelo Lorde secretário do Rei – o *Lord Chancellor*.³⁵

Sobre o assunto, Guido Fernando³⁶ ainda traz a seguinte observação:

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

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

Os dois sistemas foram unificados pelo *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve, na verdade uma fusão procedimental, mas não substantiva do *common law* em sentido estrito e da *equity*, ou seja, apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Dessa forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras do *Common Law* ou da *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos³⁷.

O *common law*, assim como o *civil law*, possuem fontes primárias e fontes secundárias. A jurisprudência para o sistema do *common law* é a fonte primária por excelência. A jurisprudência que vincula, recebe o nome, no *common law* de precedentes obrigatórios ou precedentes vinculantes, ou ainda, *doctrine of stare decisis*.

³⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. pág. 37.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit. págs. 32 a 37.

³⁷ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 174.

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

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

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

1.4. As particularidades do *Common Law* dos Estados Unidos

Filiada à família do direito anglo-saxão, a formação jurídica dos Estados Unidos da América, como se sabe, tem íntima relação com o direito Inglês, tendo em vista a colonização predominantemente inglesa. Porém como ex-colônia da Inglaterra, os Estados Unidos herdaram o sistema legal do *Common Law*, com fortes raízes no Direito dos Casos e Precedentes e também com aplicação do Direito dos Estatutos.

Andréia Costa Vieira³⁸ assegura que: “apesar da origem inglesa do Direito Americano, este se desenvolveu num *common law* com peculiaridades bastante distintas do Direito Inglês. O *common law* norte-americano tornou-se codificado desde os tempos coloniais e, nesse aspecto, assemelha-se muito ao sistema legal da *civil law*.”

Já nas primeiras colônias inglesas na América, ainda no século XVI, pôde-se constatar a importação do sistema do *common law*, trazido pelos súditos ingleses aos novos territórios. Isso não quer dizer que o regime transportado para a América tenha sido implantado sem maiores atritos. Houve uma resistência inicial em reconhecer o *common law*

³⁸ VIEIRA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 191 ainda complementa: entende-se o termo usado codificado aqui usado como sendo um conjunto de normas jurídicas reduzidas a escrito. Não se trata do termo “codificado” do direito positivo contemporâneo.

como sistema de direito, até porque parte dos problemas enfrentados nesse novo espaço geográfico não possuía paralelo no território inglês. A respeito, conclui René David:

[...] na família do *common law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular, mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-se dos direitos da família romano germânica, pelos quais se deixou seduzir um determinado momento da sua história.³⁹

As alterações que sofreu o *common law* na Inglaterra não foram absorvidas pelos Estados Unidos. Apenas no século XVII o *common law* dos Estados Unidos evoluiu, acompanhando a transformação da economia e na sociedade. Tal evolução se deu complementada com os ideais da independência dos Estados Unidos no ano de 1776, seguida da promulgação da Constituição em 1787 e do Bill of Rights de 1791.

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

A partir de elementos diferenciadores do modelo inglês, em que, como já se viu, vigorava a absoluta supremacia do Parlamento⁴⁰, os norte-americanos criaram um dos modelos de constitucionalismo mais destacados da atualidade, com o qual nasceram as ideias de supremacia da constituição e de controle judicial da constitucionalidade das normas. Tais concepções integram hoje o núcleo do *rule of law* norte-americano, conferindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos a posição de grande árbitro do sistema.

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

³⁹ DAVID, René. Op. Cit. pág.

⁴⁰ Bernard Schwartz observa que a maior diferença entre o *common law* americano e o inglês não corresponde propriamente à concepção de uma constituição escrita, mas sim à rejeição do princípio da supremacia do parlamento. Este princípio é inconsistente com a repartição de poderes previstas na Constituição americana e, por conseguinte, com o federalismo e com o *judicial review*. SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

2. A TEORIA DE PRECEDENTES JUDICIAL INGLÊS – THE DOCTRINE OF STARE DECISIS: UM PARÂMETRO.

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

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

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

Foi somente no século XIX que se estabeleceu a obrigatoriedade de observância dos precedentes, o que está intimamente ligado a um sistema integrado de Relatório de Casos(*Law Reports*). Sistema este aperfeiçoado neste mesmo século XIX. Neste relatório contém transcrições circunstanciadas dos processos, com o inteiro teor dos julgados. *São as razões dadas nos relatórios que constituem a ‘peça chave’ para tornar os princípios ali desenvolvidos vinculantes para julgados subsequentes*⁴¹. Foi a aproximação do Case Law, com o sistema do *Law Reports* que deu o fortalecimento da teoria do precedente inglês.

⁴¹ VIERIA, Andréia Costa. Op. Cit. pág. 215 e 216.

Quando o caráter vinculante dos precedentes passou a ser observado também nas Cortes de Justiça (e não mais somente quando se tratasse de decisão proferida pela *Câmara Exchequer*), a doutrina dos precedentes ficou relacionada à hierarquia entre as Cortes, de maneira que uma Corte somente estaria vinculada às decisões proferidas pelas Cortes superiores ou pelas proferidas pelas Cortes de mesma instância. O fundamento dessa teoria dos precedentes obrigatórios está na necessidade de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das cortes devam permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária ou caso seja publicada legislação revogando tais princípios⁴².

Foi em 1898 que o precedente judicial no sistema inglês teve força vinculante, com o julgado do caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, oportunidade na qual a *House of Lords* reconheceu a obrigatoriedade de seguir a sua anterior decisão. Na mesma ocasião, foi mais além e determinou também a obrigatoriedade de vinculação das cortes inferiores à sua decisão⁴³.

Os precedentes nos países do *common law* são geralmente reguladores ou de eficácia normativa, de tal modo que, o termo “precedente” indica a presença do caráter regulador. Nesse sistema há uma peculiaridade que deve ser conferida a de que inexiste originalmente um conjunto de normas de direito substancial. O processo e as decisões judiciais desempenham nesses países a função primordial de desenvolver tais normas e, por isso, precisavam ser dotada de eficácia vinculante e geral⁴⁴

Tal parâmetro, contudo, é desviado quando os precedentes são forjados em meio a contexturas não condizentes, a exemplo do que ocorre na realidade brasileira, assunto examinado na subseqüência.

3. PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NA ATIVIDADE JURISDICIONAL BRASILEIRA: CRÍTICA À SUA FORÇA DE CONTROLE

Superada a análise das premissas que dão suporte ao modelo de justiça adotado pelos países do *civil law e common law* torna-se inevitável a reflexão acerca da atividade

⁴² VIEIRA. Andréia Costa. Op. Cit. pág. 118

⁴³ Reconhece-se, contudo, o fato de que, anteriormente ao exame de tal caso, a doutrina da vinculação ao precedente (*Doctrine of Binding Precedent*) foi enunciada no julgamento *Beamish*, em 1861, e repetida no caso *Bradford v Pickles*, em 1895.

⁴⁴ A doutrina classifica os precedentes em precedentes de eficácia normativa e com eficácia persuasiva ou precedentes reguladores ou não-reguladores. Classificação adotada por R. Cross and J. W. Harris. *Precedent in English law*, Oxford: Clarendon Press, 1968 e Patrícia Perrone.

jurisdicional brasileira atualmente. Desnecessários maiores esforços para que se perceba um sem número de problemas e insatisfações, seja por parte de seus operadores e por parte dos jurisdicionados, em relação à prestação jurisdicional. Um diagnóstico feito já há algum tempo, detectável a partir das reformas que foram operadas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Esse movimento reformista era enfaticamente defendido como imprescindível para tirar o Judiciário da situação caótica em que encontrava tanto em termos de estrutura, como de funcionamento. Difundi-se a reforma como panaceia para todos os males que envolvia a jurisdição em seu específico exercício de entrega da prestação jurisdicional. Escamoteava-se o que, por décadas, estava sendo requisitado pela nova ordem econômica globalizada e globalizante. O Documento do Técnico nº 319 do Banco Mundial é muito claro em relação a essa cobrança:

[...]Como resultado, o processo de desenvolvimento passa a envolver as reformas de segunda geração com um propósito mais amplo de focalizar as reformas institucionais, como a reforma do judiciário.[...] Um governo efetivo requer a atuação de instituições jurídicas e legais, visando atingir os objetivos interrelacionados de promover o desenvolvimento do setor público, encorajar o desenvolvimento de toda as outras instituições sociais, diminuir a pobreza e consolidar a democracia. Os princípios legais que suportam a prevalência do sistema econômico na América Latina são nominalmente baseados na liberdade de exercer direitos individuais e direitos sobre a propriedade, mas a legislação torna-se inexpressiva sem um sistema jurídico efetivo que permita o seu cumprimento.

Desse modo, a busca da estabilização das decisões judiciais tinha por escopo a previsibilidade das decisões necessária ao modelo econômico, porque de interesse a este modelo contar com decisões judiciais previsíveis para conseguir ter como prognóstico, um juízo já formado acerca do pleito de seu interesse. O projeto neoliberal/globalizante implantado (a exemplo do que sucedeu em outros países latinos), para tornar-se concretizável, cuidou de fomentar a necessidade de urgentes reformas para respaldar o trabalho não só de acomodação das normas imersas no ordenamento interno às regras externas, de ajuste de disposições legislativas para engendrar o sistema jurídico compatível ao neo modelo. Perpassou o âmbito legislativo e enveredou nas hostes judiciais com o intuito de redesenhar o sistema jurisdicional com o mesmo objetivo compatibilizador. As palavras de Andrei Koerner⁴⁵ são elucidativas nesse tocante “*enfim, o baixo desempenho do Judiciário atingiria a efetividade da política econômica. O ambiente econômico, em constante mutação, exigiria um sistema legal flexível, que permitisse ampla adaptação à política econômica [...]*”.

⁴⁵ KOERNER, Andrei. **Debate sobre a Reforma do Judiciário**. In Novos Estudos. SEBRAP, Nº 54, Julho de 1999, p.18

Daí o atrelamento do sistema jurídico brasileiro a uma outra engenharia – a da verticalização das decisões mediante o uso, por exemplo, de decisões com eficácia vinculante, que retraiu o livre poder de convencimento dos Juízes *a quo* e ao mesmo tempo cuidou de repassar, de forma concentrada, esse poder para uma cúpula maior – os Tribunais Superiores.

As decisões com efeito vinculante⁴⁶ pretende instituir maior previsibilidade nas decisões inerentes ao sistema judiciário, uma das exigências do capital para resguardar a sua eficiência econômica e seus interesses. Foi o Banco Mundial⁴⁷ figurando como um dos patrocinadores da Reforma do Judiciário Brasileiro que estabeleceu um plano de controle sobre o Poder Judiciário e instituiu como critério para a reforma a previsibilidade das decisões judiciais como algo que tornaria os investidores de longo prazo mais encorajados para utilizarem seus capitais em empreendimentos que não fossem complexos e nem ameaçadores. Os documentos do Banco Mundial como resultado da preocupação de alguns economistas e investidores trazia em seus objetivos que o Judiciário fosse previsível e eficiente, reduzindo a margem de risco, garantindo o cumprimento dos contratos, proferindo decisões não-politizadas nem desestabilizadoras da confiança dos investidores.

Como um clima favorável aos investimentos privados necessita de um ambiente de estabilidade e previsibilidade para os negócios, o Banco impulsionou a reforma do Estado – e, em particular, do Judiciário – para garantir essa previsibilidade, sobretudo em matéria contratual. Desse modo, na visão do Banco Mundial, os Judiciários nacionais não constituiriam fator de risco para os investidores privados.

À época, em reação a esse argumento, o Presidente da AMB, Cláudio Baldino Maciel⁴⁸, contestou o mercado como mecanismo suficiente para disciplinar com justiça a vida em sociedade e defende que o valor precípuo para o Judiciário é a justiça: *o desenvolvimento econômico é, por certo, finalidade a ser obtida pelos governos. Mas não é, decididamente, tarefa do Judiciário produzir – e não deve produzir - desenvolvimento econômico. O Judiciário produz – e deve produzir – justiça.*

Assim sendo, procurou-se verticalizar as decisões judiciais tendo como pano de fundo o efeito vinculante, tornando previsíveis as decisões judiciais e, conseqüentemente, tornando confiáveis as políticas econômicas. Para isso, implementou-se o controle político do Tribunais Superiores para que as decisões que garantam os princípios econômicos capitalistas,

⁴⁶ Exemplo disso foi a criação da súmula vinculante através da EC Nº 45/2004.

⁴⁷ A leitura do documento técnico nº 319 do Banco Mundial mostra que sua proposta de fundo é transformar o Poder Judiciário num garantidor dos princípios econômicos.

⁴⁸ MACIEL, Cláudio Baldino. Interferência Externa: O Judiciário e o Banco Mundial, in *Novos Rumos*. Curitiba, Associação dos Magistrados do Paraná., Ano 8 no. 62, março de 2001, p. 7.

ou seja, a proteção da propriedade privada e, livre circulação do capital e mercadorias, sejam seguidas obrigatoriamente por todo o Poder Judiciário.

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

Por outro lado, e neste passo, trazendo a visão de outro ator interessado, o jurisdicionado, o efeito vinculante funciona como instrumento que pode não apenas padronizar a decisão judicial como sustentáculo para o desenvolvimento da economia, na visão dos investidores, mas, muito mais do que isso acelerar o julgamento de demandas repetitivas, promovendo um verdadeiro reajuste no Judiciário brasileiro, imprimindo-lhe maior segurança e ofertando-o minimamente uma sensação de tratamento isonômico, e como uma tendência de supervalorização dos tribunais constitucionais e das cortes superiores, ou seja, dos órgãos superiores frente aos juízes de primeiro grau.

A interpretação padronizada e verticalizada através da aplicação de normas com eficácia vinculante na atividade jurisdicional, derivada da formação de precedentes judiciais de um determinado órgão de poder, pode ocasionar uma nítida estagnação da atividade judicial, em função do fato de ficarem os magistrados vinculados aos limites das decisões anteriores, vivificamos que as decisões judiciais passarão a ser modelos de produção judicial, deixando a produção jurídica fechada aos ditames anteriores.

Com efeito, a inserção do efeito vinculante nos países filiados ao sistema *civil law*, está se tornando uma constatação de grande evidência na atividade jurisdicional. Hoje considera-se como princípio do *civil law* que a jurisprudência pacificada ou predominante dos Tribunais deve ser respeitada e conseqüentemente aplicada nas decisões. Para Wambier⁴⁹ “isso acontece em muitos países de *civil law*, sem a necessidade de que haja súmulas formalmente vinculantes”.

Este é um momento de reengenharia do papel dos Tribunais Superiores, e que afeta sobremaneira a forma de decidir dos juízes *a quo*, onde se caminha em uma só direção: na manutenção e verticalização das suas decisões. São novos tempos voltados à vinculação vertical que demonstram a ampliação do sistema de vinculação de precedentes em prejuízo da

⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html Acesso em: 13 mar. 2013.

horizontalidade da justiça. Para esse alcance a reforma fortaleceu o Supremo Tribunal Federal, cujas competências foram reordenadas, como realinhadas foram as competências do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal incorporou às competências originárias o julgamento da ADIN contra ato normativo estadual, a contestação da validade da lei local em conflito com a lei federal, e as ações contra o CNJ e CNMP. Em contrapartida, redistribuiu-se ao Superior Tribunal de Justiça as competências originárias para homologar sentenças estrangeiras e de executar cartas rogatórias, e para deslocar a competência das justiças estaduais para a Justiça Federal das causas de grave violação dos Direitos Humanos, em garantia aos compromissos assumidos pelo Brasil ao subscrever tratados e pactos internacionais.

Os efeitos vinculantes do sistema jurídico brasileiro (auxiliados pelo requisito da “repercussão geral” no recurso extraordinário, também de ânimo reformista)⁵⁰, desviou-se de suas origens, adquiriu novos contornos para caracterizar-se com a força de um controle bem mais acentuada que sua proposta vinculativa. E não se consumou, até o momento, de nenhum benefício para os jurisdicionados, a contradizer o compromisso assumido no processo de reforma de que seria eficiente mecanismo para solucionar a morosidade da Justiça.

4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E A PERDA DA CENTRALIDADE DO CÓDIGO NO CIVIL LAW.

Especificamente em relação ao tema da força vinculativa dos precedentes judiciais, nos últimos anos, tanto o constituinte originário como o próprio legislador infraconstitucional perceberam utilização do efeito vinculante na resolução dos conflitos que aos poucos vem sendo implantado no sistema brasileiro na busca das soluções judiciais. SOUZA⁵¹ assevera que “(...) nos últimos anos, em razão da crise pela qual passa o Judiciário brasileiro (e essa crise tem atingido certas verdades preestabelecidas), o tema do precedente judicial entrou na ‘pauta do dia’, mesmo sem muita profundidade acadêmica.”

O efeito vinculante que tem por objetivo evitar que uma demanda judicial, cujo conteúdo substancial já tenha sido objeto de discussão e julgamento por parte do judiciário, em várias outras demandas, seja novamente submetida ao órgão julgador, propugnou a ideia

⁵⁰ A “Repercussão Geral” é mais um entrave, pelo qual um Recurso Extraordinário só é admitido pelo STF se o impetrante demonstrar, dentre outras exigências (art.103,CF) que há interesse geral na análise e na decisão daquela questão pela Corte, em outras palavras, o STF, por um quorum de 2/3, decidirá se há ou não repercussão geral da questão discutida.

⁵¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: ed. juruá, 2007, p.281.

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

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

Há quem afirme como Celso de Albuquerque Silva⁵² que o efeito vinculante, ao invés de tirar autoridade do juiz inferior, em verdade reforça-a, na medida em que não tendo poder de coerção direta, a obediência ao qual ficou decidido deve repousar sobre a ideia de que essas decisões são resultado de um procedimento racional levado ao cabo por pessoas imparciais, racionais.

O juiz não é apenas um intérprete e aplicador da lei, mas um integrador entre o ordenamento jurídico e a Justiça. Ao se conceber uma interpretação verticalizada, em que a atividade judicante fica condenada por uma vinculação prévia, a atividade judicante monocrática perde o sentido para a formação dos provimentos judiciais.

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

A interpretação padronizada e a aplicação de normas com eficácia vinculante na atividade jurisdicional, derivada da formação de precedentes judiciais de um determinado órgão de poder, pode ocasionar uma nítida estagnação da atividade judicial, em função do fato de ficarem os magistrados vinculados aos limites das decisões anteriores, vivificamos que as decisões judiciais passarão a ser modelos de produção judicial, deixando a produção jurídica fechada aos ditames anteriores.

⁵² SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 83.

Foi na França que a codificação foi concebida como um instrumento privilegiado para promover a reorganização do direito, cujo objetivo era facilitar o acesso ao direito, reunindo diversas normas num único texto.⁵³ Buscava-se, mediante a codificação tornar o direito mais conhecido da população e, dessa forma, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos, e a codificação faria este papel.

Para Grossi, *as codificações elaboradas em grande parte da Europa continental, nos séculos XVIII e XIX, são expressões por excelência do absolutismo jurídico moderno, vale dizer, são afetadas ao monopólio da produção jurídica pelo poder político, num contexto em que em nome da “vontade geral” o direito identifica-se apenas com o oficial.*⁵⁴

Não houve, com a codificação somente uma pretensa completude do ordenamento, mas, também, e principalmente, uma relegação da atividade judicial à mera aplicação da lei⁵⁵.

Ocorre que já no século XX esse modelo de interpretação da realidade sócio-jurídica se desfaz. A perda da centralidade do código deu-se pelo fato de que a ordem jurídica escrita, codificada deveria se adaptar as novas demandas sociais que a cada momento impunha atos normativos de impressionante fugacidade e variabilidade, como ocorre, de resto em tantos setores da cultura contemporânea.

Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o texto da lei tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isso significa que, de algum modo, deve haver flexibilidade.

A crise da codificação, ou seja, a perda progressiva da função de normatização do direito através do código, está relacionada à vários eventos tais como uma densa produtividade legislativa e o aumento de estatutos e tratados internacionais adotados pelos países signatários, tornando-se fontes de direitos.

Por outro lado, outro evento que contribuiu para a descodificação foi o papel assumido pelas constituições, que no século XX passam a identificar-se como um complexo normativo e valorativo que vincula os particulares e o próprio Estado, não se identificando mais como meros conjuntos de princípios filosóficos e políticos. O que para Gustavo

⁵⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 52.

⁵⁵ Conforme observou Norberto Bobbio. (Teoria generale del diritto. Torino Giappich elli, 1993 pág. 242): “a imagem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar”

Tepedino⁵⁶ no caso brasileiro, reservou à Constituição de 1988 o papel de reunificação do sistema, na esteira da necessidade de uma releitura da legislação ordinária à luz da Constituição. Nesse mesmo sentido para Perlingieri⁵⁷, a despeito da perda da centralidade do Código, tem-se que o papel unificador do sistema – visto que falar em descodificação não quer significar a perda do fundamento unitário do ordenamento – é desempenhado cada vez mais pela Constituição, através de um trabalho do intérprete.

Assim, no intuito de alcançar os conceitos impostos pelas novas demandas sociais, os países que pertence ao sistema do *civil law*, adotaram, em sua maioria, a técnica legislativa das cláusulas gerais em seus códigos e essa técnica fez surgir a necessidade da nova comunidade de intérpretes para aplicação do direito, com a adequada modificação do papel do juiz.⁵⁸

O direito antes codificado, passa a ter forte influência da jurisprudência, que se tornou para o *civil law*, fonte de direito e o próprio direito. Os *hards cases* no sistema do *civil law* aparecem através dos conceitos vagos ou das cláusulas gerais. O juiz ao julgar um *hard case* produz jurisprudência, que se torna predominante e começa, no *civil law*, a se tornar vinculante.

Com efeito, a inserção do efeito vinculante nos países filiados ao sistema *civil law*, está se tornando uma constatação de grande evidência. Hoje considera-se como princípio do *civil law* que a jurisprudência pacificada ou predominante dos Tribunais deve ser respeitada. Para Wambier⁵⁹ “isso acontece em muitos países de *civil law*, sem a necessidade de que haja súmulas formalmente vinculantes”.

Já nos países de *common law* o que é respeitado é o precedente em si⁶⁰. Na verdade, um único precedente. No Brasil, se respeita um precedente advindo de *leading case*. Ou seja, só quando, depois de proferida certa decisão acontece de ela ser real e efetivamente respeitada ela se terá tornado um *leading case*.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados Microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>, Acesso em 13 de mar de 2012.

⁵⁷ PERLINGIERI. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 06..

⁵⁸ Esta foi a visão que se entendeu conveniente adotar nos sistemas de *civil law*, para que o direito pudesse absorver e neutralizar a complexidade, já referida, das sociedades contemporâneas. E foi durante todo o século XX que se tornou frequente a inserção de conceitos de textura aberta em textos de lei, em todos os ramos do direito. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, São Paulo, Ano 34, n.172, jun/ 2009, pág. 137-139.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do *common law*? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html Acesso em: 13 mar. 2013.

⁶⁰ O chamado precedente, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para das decisões dos demais casos iguais a serem julgados.

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

CONCLUSÃO:

Os sistemas de direito, cada qual em seu momento histórico distinto, apesar das diferenças persistentes na maneira que eles operam no nível prático, ou seja, o *common law* reconhece as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, confere-lhes efeitos normativos; o *civil law*, protagoniza o direito através do mecanismo da subsunção das situações de fato na regra legislada. Verifica-se que tais sistemas não se desenvolveram de forma estanque, mas sofreram influências recíprocas, e que, hoje se encontram em processo de aproximação: enquanto o direito legislado se desenvolve nos países do *common law* a jurisprudência se afirma como uma importante fonte do direito nos países de direito codificado.

É de se concluir, contudo, que essa aproximação não constitui uma ruptura do *civil law* com a tradição do direito codicista. A descodificação surge na medida em que os tribunais não conseguem mais formular respostas para situações não previstas nos códigos devido à sua não adaptabilidade às novas realidades sociais.

Contudo, nos países do sistema do *civil law* quando o juiz julga um caso difícil ou inusitado produz jurisprudência, que se torna predominante e começa a se tornar vinculante. Vê-se, pois, uma modificação do papel do juiz. O abandono do código pelo uso dos precedentes judiciais vinculantes nos países do *civil law* tornou-se evidente, embora, a sua/deles aplicação e o modo de funcionamento são diferentes da forma empregada no *common law*.

Por esta razão necessário será investigar acerca da real utilidade da utilização dos precedentes no sistema de direito do *civil law* e ao mesmo tempo fazer com que sempre os sistemas jurídicos tenham como foco as pessoas e não somente o Estado. Esta constatação permite o posicionamento crítico em relação ao advento da adoção dos precedentes de efeitos vinculantes no sistema jurídico brasileiro, por não atender a ideia de racionalidade nos

Tribunais quando da apreciação dos recursos, com a finalidade de agilizar os julgamentos. A base da cerzidura desses instrumentos na Emenda 45/2004 foi planeada em torno da previsibilidade do direito e sua segurança exigidas pela economia globalizada. A análise presente inclina-se a negar resultados no retoque patrocinado na funcionalidade judiciária para sintonizá-la com o mercado no objetivo de atender aos interesses econômicos de uma “justiça rápida e previsível para o capital”. Mais grave, nenhum proveito também vem sendo usufruído pela cidadania.

REFERÊNCIAS:

ALENCAR, Rosmar Rodrigues Cavalante de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas do *common law* e *civil law* na sociedade Moderna**. Tese de Doutorado. PUCPR, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa. vol I. Le fonti e il pensiero giuridico**. Milado: Dott. A. Giuffrè Editore, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPPELLINI, Paolo. **Sistema Jurídico e Codificação**. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

CRETELLA JUNIOR. J. **Curso de Direito Romano**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese**. Le fonti, 2ª ed. Giffre editore, 1994.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KOERNER, Andrei. **Debate sobre a Reforma do Judiciário**. In Novos Estudos. SEBRAP, Nº 54, Julho de 1999.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pela lei**. Revista de processo nº 43, 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

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

ÖRÜCÜ, Esin. A general view of 'legal families' and of 'mixing systems'. *Comparative law – a handbook*. Coord. de Esin Öricü e David Nelken. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 171

PERLINGIERI. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 06.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

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

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: ed. juruá, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **O código civil, os chamados Microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>, Acesso em 13 de mar de 2012.

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

VIEIRA, Andreia Costa. **Civil law e common law. Os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Ed., 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. Revista de Processo, São Paulo, Ano 34, n.172, jun/ 2009.

_____. **Súmula vinculante: figura do common law? Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html

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