

A APROXIMAÇÃO ENTRE OS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Danilo Candido Portero*

Resumo: O presente artigo pretende analisar os principais aspectos das duas grandes famílias do direito, para se chegar à conclusão de que, na atualidade, o sistema do *civil law* não se distancia, em muito, do *common law*.

Palavras-Chave: *civil law*, *common law*, sistemas do direito.

THE APPROACH BETWEEN THE GREATEST SYSTEMS OF CONTEMPORARY LAW

Abstract: The present paper intends to analyse the main aspects of the two greatest families in Law, to conclude that, nowadays, the *civil law* system does not distance, as much as believed, from *common law*.

Keywords: *civil law*; *common law*; systems of law.

1 INTRODUÇÃO



O presente artigo segue a classificação de sistemas proposta por René David, na obra *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*¹. Em primeiro lugar, é apresentado o sistema do *civil law*², no qual o Brasil

* Mestrando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa, Portugal (2017/2019). Graduado em Direito pela FAE – Centro Universitário, Brasil (2014). Advogado.

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² René David, na maioria das vezes, utiliza em sua obra o termo "família romano-germânica". Aqui, não se pretende definir qual a melhor aceção da expressão, se

faz parte. Após, trabalha-se com o sistema do *common law* em sua origem: o direito inglês. O sistema dos "direitos socialistas", e.g. direito soviético, e "outras concepções da ordem social e do direito", como o direito muçulmano, indiano, do extremo oriente, da África e de Madagascar, não serão abordados neste trabalho.

Assim, busca-se analisar os principais aspectos das duas grandes famílias do direito, para se chegar à conclusão de que, na atualidade, o sistema do *civil law* não se distancia, em muito, do *common law*.

2 CIVIL LAW E COMMON LAW

2.1 OS SISTEMAS

Inicialmente, cumpre assinalar a necessidade de se investigar, ainda que de forma geral, a formação histórica, bem como os principais aspectos marcantes dos sistemas do *civil law* e do *common law*.

Esta comparação analítica entre os principais traços de ambos os sistemas não merece ser ignorada simplesmente em razão de uma crítica paradigmática³ e descabida⁴, por vezes

sistema do *civil law*, *continental law*, ou, simplesmente, família romano-germânica, termos que serão utilizados indistintamente no decorrer do presente trabalho.

³ Com a ressalva inicial de Guido Fernando Soares, no sentido de que, "em Direito Comparado, é vedado qualquer juízo de valor do tipo "é melhor" ou "é mais eficaz". Tanto a *Civil Law* quanto a *Common Law* são sistemas que cumprem sua finalidade: estruturar e resguardar os valores fundamentais das sociedades nas quais foram elaborados e em que se encontram vigentes". SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

⁴ "A redução arbitrária de princípios múltiplos e potencialmente conflitantes a um único e solitário sobrevivente, guilhotinando todo os outros critérios avaliáveis, de fato não é um pré-requisito para chegar a conclusões úteis e robustas sobre o que deve ser feito". SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 34.

utilizada quando se trata de direito comparado⁵.

De tal sorte que a análise comparativista entre esses dois grandes sistemas não visa meramente à obtenção de conhecimento científico sobre o assunto. Trata-se, outrossim, de meio necessário a auxiliar o operário⁶ do direito a compreender as recentes mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com o advento do *novel* Código de Processo Civil⁷.

2.2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS

2.2.1 CIVIL LAW

A família do direito romano-germânica, ou como é mais conhecido, o sistema do *civil law*, surge a partir dos séculos XII

⁵ Sublinhe-se que o desenvolvimento do direito comparado é bastante recente, tendo sido impulsionado, sobretudo, como reação contrária ao fenômeno da nacionalização do direito produzido no século XIX. Sendo que, "as vantagens que o direito comparado oferece, podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional". DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 2-3.

⁶ "Desse modo, há de acrescentar-se que o direito quando sai da oficina legislativa não é mais do que um produto acabado; ao contrário, a fim de servir ao consumo, deve ser submetido a uma elaboração posterior. Na realidade, o que fazem os juízes a não ser algo que pode ser eficazmente comparado com o tecido de lã fiada ou cardada? Se as leis fossem suficientes, não haveria necessidade dos juízes, não é verdade? Também os juízes, pois, são operários do direito". CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Campinas: Russel Editores, 2010. p. 10.

⁷ Nesse sentido, o professor Michele Taruffo afirma que "reconhece-se hoje unanimemente que a análise comparada pode ser realizada tão somente à base de um "projeto cultural" pressuposto e atuado por quem a efetua. Essa, pois, não é nunca passiva, neutra ou indiferente: é, ao invés, condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparativista, seja pelas finalidades à vista das quais ele desenvolve o seu próprio trabalho. O projeto cultural do estudioso do direito comparado orienta não só as suas escolhas (sobre quais ordenamentos, quais institutos, quais experiências confrontar), mas também o método com o qual a comparação é efetuada". TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 12.

e XIII, na Europa Continental, graças aos avanços das universidades europeias que, com base nas compilações de Justiniano, se empenharam na tarefa de elaborar uma ciência jurídica que fosse considerada universal.

A expansão do *civil law* foi muito além dos limites territoriais de conquista do Império Romano, como é o caso da América Latina e, particularmente, o Brasil. Ademais, o seu alcance pode ser explicado em parte pela colonização e, em outra, pelo fenômeno da codificação⁸.

No que se refere à colonização, a conquista de territórios pelos países de tradição romano-germânica ocasionou, de forma natural, a expansão do *civil law*. Por outro lado, nos países que não estavam submetidos ao domínio dos povos do continente europeu, o sistema de direito romano-germânico surgiu como um fenômeno de recepção voluntária, donde “a necessidade de se modernizarem ou o desejo de se ocidentalizarem levaram à penetração das idéias européias”⁹.

A formação do *civil law* pode ser explicada, também, em razão da prevalência da lei sobre os costumes. Foi a partir dos séculos XII e XIII que as universidades medievais - com destaque à Universidade de Bolonha -, pretenderam analisar o direito por meio da compilação e codificação do direito romano.

Num primeiro momento, nota-se o aparecimento dos *glossadores*, ou *Escola de Bolonha*, e a sua tentativa de conceber o direito no sentido originário - exegético - das leis romanas. Segundo Mario Giuseppe Losano, “o símbolo dessa atividade é o estudo integral do *Digesto* por parte de Irnério, que viveu em Bolonha no século XII. Com ele, o direito deixa de ser uma matéria esparsa entre as disciplinas do trívio e torna-se uma ciência autônoma”¹⁰.

As principais características encontradas no método

⁸ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 25.

⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

bolonhês são a *fidelidade* ao texto *justinianeu*, além de seu caráter analítico e, em geral, não sistemático¹¹. Apesar disto, coube aos *glosadores* o importante mérito de serem reconhecidos por inicialmente empregar uma linguagem técnica ao direito¹².

Com os *pós-glosadores*, ou *Escola dos Comentadores*, a partir do século XIV, em Orléans, não há a busca de soluções no direito romano, mas uma preocupação na utilização de todo o direito da época (direito romano, direito canônico, direito feudal, estatutos das cidades)¹³, a ponto de justificar regras adaptáveis à sociedade (*ratio scripta*). Quanto ao direito romano, "os juristas não questionam apenas os *verba* deste, mas buscam também seu *sensus*. A glosa é substituída pelo comentário: por isso os juristas desta Escola passam a se denominar Comentadores".¹⁴ O protagonista dos *Comentadores* foi Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), cujo método prático-jurídico - comentários ligados à realidade - recebeu o nome de *bartolismo*, sendo que no Brasil, a partir de 1603, tal método foi declarado obrigatório aos juízes sempre que houvesse conflitos de interpretação¹⁵.

É, porém, com o surgimento da *Escola do Direito Natural*, nos séculos XVII e XVIII, que se abandona o método escolástico utilizado até então e se objetiva sistematizar o direito de forma puramente racional, afastando a ideia do divino pelo homem (secularização) e, privilegiando aqueles esforços iniciais empregados nas universidades medievais, chega o momento histórico da codificação¹⁶.

¹¹ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 198.

¹² "A principal intenção dos primeiros cultores do direito romano era, na verdade, mais um objetivo teórico-dogmático - o de demonstrar a racionalidade (não a "justeza" ou "utilidade prática") de textos jurídicos veneráveis - do que um objetivo pragmático, como o de os tornar diretamente utilizáveis na vida quotidiana do seu tempo". *Ibidem*, p. 200.

¹³ *Ibidem*, p. 211.

¹⁴ LOSANO, Mario Giuseppe. Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus, *cit.*, p. 53.

¹⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶ Franz Wieacker, em sua *História do Direito Privado Moderno*, relata que "o direito

A codificação traz consigo um novo protagonista no lugar das compilações de Justiniano: o Código Napoleônico de 1804. Fruto das conquistas e dos ideais liberais da Revolução Francesa¹⁷, o Código Napoleônico será o principal responsável pela fase histórica da codificação durante todo o século XIX, período em que se determina a necessidade de o Código "formar um sistema fechado de normas, logicamente concatenado, justificável segundo o princípio científico da utilidade"¹⁸.

O direito como sistema surge, portanto, da pretensão jus-racionalista¹⁹ de tornar o direito ciência. Importava, através do método dedutivo, purificar o direito dos particularismos, criando normas gerais e abstratas capazes de regular todo e qualquer acontecimento da vida em sociedade. Referido método era composto por silogismos que consistiam em partir do universal (norma) ao particular (fato) até se chegar à conclusão (subsunção do fato à norma), dificultando o reconhecimento de lacunas na ordem jurídica, pela própria racionalidade do sistema.

Pode-se dizer que a preocupação com a racionalidade do direito é o que melhor define a formação do *civil law*. A incessante busca pela "normatividade" representa o afastamento da

natural parecia indicar a uma tal atuação um caminho mais seguro, ao fornecer projetos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo". WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 366.

¹⁷ "Os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas de seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor". *Ibidem*, p. 367.

¹⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, cit., p. 330.

¹⁹ Segundo Wieacker, "o jusracionalismo realizou o pressuposto para uma compatibilização da ciência jurídica com a nova filosofia europeia: a libertação da política do direito em relação ao direito romano". WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, p. 309.

"glosa judiciária" (jurisprudência) em favor da "glosa erudita" (doutrina), fazendo, ademais, com que as leis escritas prevalecessem sobre os costumes judiciais²⁰. Consequentemente, denota-se da própria formação do sistema de direito romano-germânico, a função secundária exercida pelas decisões judiciais, pois, em tese, o juiz deveria prestar respeito somente à lei²¹.

Na modernidade, pode-se afirmar que o sistema romano-germânico foi influenciado, grosso modo, pelo positivismo de Kelsen, em sua *Teoria pura do direito*²². A criação da norma fundamental (*Grundnorm*) como pressuposição lógico-transcendental legitimadora de toda a unidade do sistema piramidal, a neutralidade axiológica da ciência do direito, o distanciamento do campo ontológico do deontológico (*ser e dever-ser*), bem como a análise conceitual da relação de tensão existente entre a sua definição de estática e dinâmica, são apenas alguns pontos essenciais do pensamento kelseniano que levam à compreensão daqueles primeiros esforços empreendidos, séculos atrás, nas universidades medievais, e que bem caracterizam a formação de um sistema inicialmente pensado para ser fechado em si mesmo.

O calvário do positivismo kelseniano e, ademais, a insuficiência²³ de todas as construções formais assentadas em um discurso de alto nível de abstração perante a riqueza dos casos concretos²⁴, demonstraram a falta de elementos necessários ao acompanhamento do próprio direito²⁵. Tal ocorrência resultou

²⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law: introdução ao direito dos EUA, *cit.*, p. 28.

²¹ Assim, segundo Chiovenda, "não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²³ Como afirmou Carnelutti: "As lei são um produto jurídico semi-elaborado". CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito, *cit.*, p. 49.

²⁴ CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Introdução, p. XX.

²⁵ "O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um 'legislador constitucional' tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na

na insatisfação da comunidade jurídica do *civil law*, principalmente porque o “positivismo” paradoxalmente “cairá, então, no arbítrio do julgador”²⁶. Algumas mudanças deste quadro institucional serão brevemente analisadas ao final deste artigo.

2.2.2 COMMON LAW

O *common law* comporta o direito da Inglaterra e daqueles países cujos ordenamentos jurídicos foram modelados pelo direito inglês. Sua formação se deu de forma bastante diferente se comparada à ocorrida com os países do *civil law*. No *common law* foi aos juízes que se conferiu maior importância, tanto que buscava primordialmente solucionar o processo, ao invés de ditar regras materiais, gerais e abstratas.

Segundo René David, a história do direito inglês pode ser reconhecida em quatro períodos:

"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 do *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"²⁷.

O primeiro período, conhecido como período anglo-saxônico, é caracterizado pela época em que a Inglaterra se converteu ao cristianismo, logo após a partilha do território inglês por diversas tribos de origem germânica. Doravante, as leis serão

ciência e na prática jurídicas". ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 7.

²⁶ CANARIS, Wilhelm Claus. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, *cit.*, Introdução, p. XXII.

²⁷ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 283-284.

criadas em língua anglo-saxônica, limitadas somente a direitos locais, pois o direito comum inglês (*common law*) surgirá apenas após a conquista normanda.

No ano de 1066, há a conquista normanda da Inglaterra capitaneada por Guilherme, o Conquistador - que se torna Guilherme I da Inglaterra -, e o nascimento do feudalismo²⁸. O direito comum a toda a Inglaterra surge a partir do século XIII como obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, comumente conhecidos como Tribunais de Westminster. A origem do *common law*, portanto, pode ser ligada ao poder real²⁹.

Os Tribunais Reais de Westminster, até o século XIX, possuíam a peculiaridade de serem considerados jurisdições de exceção, visto que somente a autoridade real poderia conceder o privilégio de os particulares submeterem suas questões para julgamento.

Interessante destacar que, muito mais que o sistema romano-germânico, o sistema inglês se desenvolveu preferindo regras processuais às materiais (*remedies precede rights*)³⁰ e o direito público ao privado³¹. O direito de ação nos tribunais era justificado pelos *writs*, que consistiam em "uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito, satisfazendo assim a pretensão do

²⁸ ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la revolución inglesa. In: FERNÁNDEZ, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los derechos fundamentales* - Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 2003. t. 1, p. 754.

²⁹ Segundo René David, o *common law*: "Desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares serem submetidas aos tribunais da *common law* na medida que se pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino". DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 19.

³⁰ *Ibidem*, p. 364.

³¹ "Se a *common law* não chegou, em matéria de direito privado, a igualar a perfeição do direito romano, o direito inglês concilia melhor que nenhum outro, segundo parece, as necessidades da administração e da polícia e as liberdades dos indivíduos". *Ibidem*, p. 38.

demandante"³². O método utilizado no *common law* era o indutivo, em que a efetividade conferida às resoluções dos casos concretos importava mais do que a racionalidade exacerbada do direito, como pretendido pelo *civil law*³³.

O terceiro período do direito inglês (1485-1832) é marcado pela rivalidade do *common law* com a *equity* dos Tudors³⁴, época em que começava a preocupar a injustiça das decisões dos Tribunais de Westminster e, por conseguinte, notava-se o descrédito e a falta de aperfeiçoamento do *common law*.

O desenvolvimento do direito neste período fez com que, naturalmente, os senhores feudais demonstrassem sua resistência quanto às eventuais concessões de novos tipos de ações (*writs*), pois estavam receosos de que garantissem à população direitos capazes de limitar os seus interesses³⁵.

O que de fato ocorria era que em eventual injustiça de decisão do Tribunal Real, se admitia a interposição de recurso ao rei, que o julgava junto ao seu conselho. Antes de chegar ao conhecimento do soberano, porém, era o Chanceler que inicialmente verificava a admissibilidade do recurso. Com a Guerra das Duas Rosas, que duraram longos trinta anos (entre 1455 e 1485), faltava ao rei o tempo necessário para se reunir junto ao seu conselho e julgar cada recurso, momento em que o Chanceler começa, paulatinamente, a ganhar independência jurisdicional, agora julgando os recursos em nome do rei e passando,

³² *Ibidem*, p. 293.

³³ "Em certa medida, no entanto, fomos poupados, em virtude do processo indutivo por meio do qual nosso direito jurisprudencial se desenvolveu, dos males e perigos que são inseparáveis do desenvolvimento do direito com base no *Jus Scriptum*, mediante um processo de dedução". CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 30.

³⁴ Segundo aponta Hespanha, "do ponto de vista político, a *equity* esteve por detrás dos intentos absolutistas dos últimos Tudor e dos Stuart que, por outro lado, também tendiam a apoiar-se nas máximas do direito romano, contrapondo-as às limitações que o *common law* impunha a atividade legislativa (quer do rei, quer do parlamento)". HESPANHA, Antônio Manoel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*, cit., p. 182.

³⁵ *Idem*.

posteriormente, a receber causas originárias como, por exemplo, casos em que se notava a inexistência de determinado *writ*.

Surge, então, como forma de superar este conservadorismo jurídico, a *equity* inglesa, que eram as decisões baseadas em "equidade", provenientes, sobretudo, de um novo órgão jurisdicional: o Tribunal da Chancelaria³⁶.

Acontece, porém, que as resoluções dos casos pelo Lorde Chanceler não eram pautadas no *common law*, mas no direito canônico, surgindo daí a rivalidade entre os sistemas. Provavelmente a *equity* era preferível aos soberanos devido ao processo ser escrito, secreto e inquisitório, em oposição ao *common law*, que eram orais e públicos³⁷.

Especificamente na fase histórica que marca o período renascentista dos Tudors (1485-1603), pode ser encontrada uma aparente recepção³⁸ do direito romano na Inglaterra - assim como no resto da Europa ocidental -, momento em que "a valorização dos textos de direito romano ia em paralelo com a reaproximação aos textos originais religiosos do cristianismo, proposta pela Reforma"³⁹.

³⁶ Além do Tribunal da Chancelaria, a *equity* era também aplicada nos tribunais tradicionais do *common law*. Sucede que, conforme afirma Hespanha, a *equity* "teve um impacto maior naqueles tribunais em que os juízos de oportunidade ou a pretensão régia de corrigir o direito em função da justiça eram dominantes. Isto passava-se, nomeadamente, com tribunais reais mais especializados, como o *King's Council* ou a *Court of Chancery* (tribunais reais por excelência) ou a *Court of Admiralty* (que lidava com matérias comerciais, normalmente usando o direito da tradição romanista continental)". *Idem*.

³⁷ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 296.

³⁸ Segundo Rupert Cross, o direito romano nunca foi "recepção" na Inglaterra. No original: "Roman law was never 'received' in England (...)". CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. 3rd ed. Clarendon Press: Oxford, 1977. p. 13. Ainda, quanto a esta aparente recepção, assim escreveu Benjamin Cardozo: "Autoridade ele nunca teve. O grande movimento histórico da Recepção não atingiu as Ilhas Britânicas. Foram feitas analogias. Linhas de raciocínio foram sugeridas. Ofereceram-se soluções sábias para problemas que, do contrário, seriam insolúveis. Não obstante, a função do sistema estrangeiro foi mais recomendar do que comandar". CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial, *cit.*, p. 90.

³⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio, *cit.*, p. 262.

Assim, Henrique VIII introduz o direito romano nas Universidades de Oxford e de Cambridge, sendo que os seus professores atuavam como *regii* professores e, ainda, como membros dos tribunais em que o rei exercia plenamente sua influência, nomeadamente, tribunais fiscais e tribunais da Câmara Real⁴⁰. Já nos tribunais tradicionais do *common law* isto não acontecia, pois seus futuros integrantes deveriam primeiramente passar por estabelecimentos próprios que eram dirigidos por juízes - os chamados *Inns of Courts*⁴¹ -, e nestes tribunais se observava o direito feudal de origem normanda, ao invés do *civil law*.

Na realidade, a polêmica existente na época sobre esta "recepção" do direito romano na Inglaterra, somado ao fato do ensino do *common law* ter sido quase que expurgado de universidades de prestígio como as de Oxford e Cambridge, fizeram com que juristas adeptos do direito comum criassem um novo tipo de colégio, comprando várias casas que viriam a ser conhecidas posteriormente como *Inns of Courts*.

Disto tudo quase resultou o desaparecimento do *common law* e, inevitavelmente, a reunião do direito inglês com o sistema romano-germânico. Os esforços dos juristas foram necessários para que, momentaneamente, pudesse conceber o direito inglês

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Trata-se de associações profissionais, com sede em Londres, para *barristers* na Inglaterra e no País de Gales. Atualmente, há quatro *Inns of Courts*: *Middle Temple*, *Inner Temple*, *Gray's Inn* e *Lincoln's Inn*. Necessariamente, os *barristers* precisam ser filiados a um *Inn*, enquanto que os denominados *benchers* são membros seniores e eleitos desses *Inns*, podendo ser *barristers* ou juízes (...). "Uma das características que distingue o sistema jurídico inglês é que as nomeações somente são feitas depois de o advogado adquirir grande experiência como *solicitor* ou como *barrister*. Em outras palavras, na Inglaterra não há "uma carreira judicial". À guisa de conhecimento, os advogados ingleses são divididos em *solicitors* e *barristers*. *Solicitor* é aquele "advogado cuja função é a de, fundamentalmente, representar a parte para mover a ação e contestar". *Barrister*, que deve ser membro de um *Inn of Court*, é o "advogado que atua fundamentalmente nos tribunais hierarquicamente superiores à primeira instância". Uma análise didática sobre o processo civil inglês é oferecida por ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resoluções de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

em uma estrutura dualista: de um lado, o *common law*, fruto das decisões dos Tribunais Reais de Westminster; de outro, a *equity*, que até 1875 eram aplicadas exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria. Finalmente, percebe-se que a *equity* é inerente ao *common law* e que não mais existe a necessidade da intervenção do Chanceler, pois "o parlamento poderá intervir se o direito inglês tiver necessidade de um aperfeiçoamento"⁴².

Já o período moderno, iniciado nos séculos XIX e XX e existente até os dias atuais, marca transformações fundamentais no direito inglês. Há uma inicial atenção aos métodos da família do direito romano-germânico e o *common law* tende a ser sistematicamente organizado. Os *Judiciary Acts* de 1873 e 1875 extinguem o Tribunal da Chancelaria, fazendo com que regras de *common law* e *equity* passassem a ser analisadas por tribunais comuns.

É reconhecida a superioridade da lei⁴³, mas também se acredita que exista um direito não-escrito. No entanto, um movimento semelhante à codificação não se mostra presente no direito inglês⁴⁴, num sistema em que, historicamente, se optou por

⁴² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 299.

⁴³ Nesse sentido, Benjamin Cardozo, um dos maiores magistrados da história da Suprema Corte dos EUA, afirmou em sua célebre obra *A natureza do processo judicial*: "(...) onde o juiz encontra a lei que ele incorpora em seu julgamento? Às vezes, a fonte é óbvia. A norma que se ajusta à causa pode ser fornecida pela Constituição ou pela lei emanada do Legislativo. Quando é assim, o juiz dá sua busca por encerrada. Certificada sua correspondência, sua obrigação é obedecer. A Constituição prevalece sobre uma lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição, prevalece sobre a lei dos juizes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juizes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores". CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*, *cit.*, p. 5.

⁴⁴ O que não significa dizer que não há influência da lei no direito inglês, pois como adverte Neil Andrews: "O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas (...)). Os "regulamentos" europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos "Precedentes", o *Common Law* é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes. Alguns campos do direito inglês se baseiam, em larga medida, nas decisões precedentes. Por exemplo, muitas teorias contratuais são inteiramente resultantes de precedentes (...)". ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resoluções de conflitos na*

manter o desenvolvimento do direito nas mãos dos juízes⁴⁵ (e não nas Universidades), fato prevalecente até hoje em razão do *stare decisis*.

2.3 JUDGE-MADE LAW

O surgimento da ideia do *judge-made law* envolve, basicamente, o debate existente sobre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição. Seu âmbito de discussão ocorreu, sobretudo, no *common law*, onde buscou investigar se as decisões judiciais declaravam ou se criavam direito.

William Blackstone, em seus *The Commentaries on the law of England*, divide o direito inglês em dois tipos: “a *lex non scripta*, o direito não escrito ou *common law*; e a *lex scripta*, direito escrito ou *statute law*”⁴⁶. Segundo Blackstone, o juiz

Inglaterra, *cit.*, p. 96-97.

⁴⁵ Assim descreve Merryman sobre o importante papel dos juízes no *common law*: “Nós do mundo do *common law* sabemos quem são os juízes. Eles são heróis culturais, até mesmo figuras paternas. Muitos dos grandes nomes do *common law* são juízes: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Nós sabemos que a nossa tradição legal foi originariamente criada e cresceu e foi desenvolvida nas mãos dos juízes, raciocinando de caso em caso e construindo um corpo de direito que vincula juízes subsequentes, através da doutrina do *stare decisis*, em decidir casos semelhantes de forma semelhante. Nós sabemos que há uma abundância de legislação em vigor, e reconhecemos que há uma função legislativa. Mas para nós, o *common law* significa o direito criado e moldado pelos juízes, e nós ainda pensamos (embora vezes de forma imprecisa) de legislação como servindo um tipo de função suplementar”. No original: “We in the *common law* world know what judges are. They are culture heroes, even parental figures. Many of the great names of the *common law* are those judges: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. We know that our legal tradition was originally created and has grown and developed in the hands of judges, reasoning closely from case to case and building a body of law that binds subsequent judges, through the doctrine of *stare decisis*, to decide similar cases similarly. We know that there is an abundance of legislation in force, and we recognize that there is a legislative function. But to us the *common law* means the law created and molded by the judges, and we still think (often quite inaccurately) of legislation as serving a kind of supplementary function”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 34.

⁴⁶ No original: “The *lex non scripta*, the unwritten or common law; and the *lex scripta*,

somente deveria dizer o direito segundo a lei e os costumes, e não basear a sua decisão em juízos pessoais⁴⁷. Portanto, defendeu-se inicialmente⁴⁸ na Inglaterra a teoria declaratória da jurisdição, que sustentava que a autoridade do juiz estaria sempre restrita à declaração de um direito preexistente⁴⁹.

A teoria declaratória, ainda, determina que o juiz deva seguir os precedentes judiciais, pois assim como os costumes e as leis escritas, os precedentes confirmam a própria existência e o desenvolvimento do *common law*⁵⁰. A exceção, porém, diz respeito ao precedente manifestamente absurdo ou injusto⁵¹ que, por conta disto, sequer é considerado fonte de direito para os adeptos desta teoria. Dessa forma, o juiz deve deixar de observá-lo e, mesmo assim, não haveria que se falar em aplicação da teoria constitutiva, ou melhor, em atividade criativa do direito por parte do magistrado.

Os maiores críticos da teoria declaratória foram os positivistas⁵² Jeremy Bentham e John Austin, que reconheciam nas

the written or statute law". BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979. p. 42.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁸ Para Benjamin Cardozo, “a teoria dos autores mais antigos era que os juízes não legislavam de modo algum. Havia ali, embutida no corpo do direito costumeiro, uma regra preexistente, porém oculta. Os juízes tinham apenas de retirar o envoltório e expor a lei aos nossos olhos. Acredita-se que ninguém, desde os tempos de Bentham e Austin, tenha aceito essa teoria sem dedução ou reserva, embora encontremos, em decisões atuais, vestígios de sua prolongada influência”. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*, *cit.*, p. 91.

⁴⁹ Em relação à teoria declaratória, de acordo com Rupert Cross, “(...) as decisões dos juízes nunca criam o direito, elas meramente constituem a evidência do que o direito é”. (No original: “(...) the decisions of the judges never make law, they merely constitute evidence of what the law is”). CROSS, Rupert. *Precedent in english law*, *cit.*, p. 24.

⁵⁰ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*, *cit.*, p. 88-89.

⁵¹ *Ibidem*, p. 70.

⁵² “A *common law*, disseram os positivistas, existia (se realmente existia) porque era posta por juízes que possuíam a *law-making authority*. A lei era o produto da vontade judicial. Não era descoberta, mas criada”. No original: “The *common law*, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of judicial will. It was not

decisões judiciais o *judge-made law*, ou seja, a teoria constitutiva da jurisdição, que afirmava a possibilidade de o juiz criar o direito.

Em *Truth versus Ashhurst*, Bentham denuncia a incoerência lógica da teoria declaratória defendida por Blackstone. Questiona-se se o papel do juiz seria o de tão-somente declarar o direito já existente, pois se o *common law* não era criado pelos juízes, então quem o criava? Respondia: "Não o parlamento, porque aí não seria *common law*, mas *statute law*"⁵³.

A contraposição entre *common law* e *statute law*, para a teoria constitutiva, decorre do sentido daquele em relação ao *judge-made law*. *Common law* significaria, portanto, o direito criado pelo juiz (*case law*), enquanto que *statute law* refere-se ao direito criado pelo parlamento. Note-se que para a teoria constitutiva, tanto o juiz poderia criar o direito (*judge-made law*), como basear sua decisão em direito criado pelo parlamento (*statute law*). Ao contrário da teoria declaratória, que também afirmava a necessidade de o juiz dizer o direito segundo as leis (*statute law*), mas que negava a atividade criativa do juiz quando a sua decisão fosse baseada nos costumes gerais (*common law*).

A crítica de Bentham à teoria declaratória torna-se assaz áspera, quando afirma que o juiz não só cria o direito, mas o faz da mesma forma que um homem cria "leis" ao seu cão (*dog-law*)⁵⁴. No escrito de Bentham, a "Verdade" diz ao Sir William Ashhurst - então *Puisne Judge of the King's Bench*: "São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Vocês sabem como eles o fazem? Da mesma forma que um homem faz leis para seu cão. Quando o cão de vocês faz alguma coisa que vocês

discovered, but created". WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: Goldstein, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 74.

⁵³ No original: "Not Parliament, for then it would be not *common law*, but *statute*". BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be. The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 5, p. 235.

⁵⁴ *Idem*.

não querem que ele faça, vocês esperam até ele fazer, e batem nele por isso. (...) Os juízes mentem até o momento em que o homem tenha feito algo que eles dizem que ele não deveria ter feito, e então o enforcam por isso"⁵⁵.

John Austin, por sua vez, entendeu que a teoria declaratória defendida por Blackstone não passava de uma ficção infantil⁵⁶ empregada pelos juízes da época, no sentido ilusionista de afirmarem que o direito não era criado por eles. O que implicaria, segundo Austin, em "uma coisa milagrosa criada por ninguém, existindo, eu suponho, desde a eternidade e sendo meramente declarada de tempos em tempos pelos juízes"⁵⁷.

Ainda segundo a doutrina austiniana, o juiz, ao revogar precedente, sempre estaria criando direito, sendo outro argumento a reforçar a falta de validade da teoria declaratória.

Mais recentemente, para demonstrar que a discussão concernente ao *judge-made law* não se restringe ao século XIX, dois grandes filósofos do direito ressurgiram o debate. Trata-se do famoso duelo intelectual travado entre Hart e Dworkin.

Segundo Hart, haveria sempre certos casos juridicamente não regulados e que o direito, portanto, mostrar-se-ia parcialmente indeterminado ou incompleto⁵⁸. O juiz, diante de tais casos, deveria, portanto, "exercer seu poder discricionário"⁵⁹ e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o

⁵⁵ *Idem*. No original: "It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. (...) They lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it".

⁵⁶ AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5th ed. London: John Murray, 1911. v. 2, p. 634.

⁵⁷ *Idem*. No original: "a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely *declared* from time to time by the judges".

⁵⁸ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 351.

⁵⁹ *Judicial Discretion*, no original inglês.

direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito"⁶⁰. Dessa forma, Hart assinalou que o poder de criar o direito atribuído aos juízes seria diferente de um poder legislativo, considerando as devidas limitações⁶¹.

Dworkin afasta a tese do "poder da discricionariedade judicial" de Hart⁶², afirmando que o juiz, diante de casos não regulados por nenhuma regra (*hard-cases*), deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar direito retroativamente. Tal descoberta dar-se-ia, dentre outros, pela adoção de princípios implícitos ao ordenamento jurídico (direito como integridade), não se justificando a teoria criativa do juiz defendida por Hart pela impossibilidade de se falar em direito incompleto ou indeterminado⁶³.

O que se pretendeu demonstrar é que a discussão sobre o *judge-made law* se fez presente no *common law* em razão de sua própria formação histórica⁶⁴ que privilegiou, sobremaneira, o papel desempenhado pelos juízes⁶⁵. Ora, foi no sistema inglês

⁶⁰ HART, H.L.A. *Op. cit.*, p. 351.

⁶¹ Dentre as limitações dos poderes criativos do juiz, aponta Hart: "(...) não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito". *Ibidem*, p. 352.

⁶² POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 145.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

⁶⁴ V. ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Historia de los derechos fundamentales - Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII*, *cit.*, p. 773-774.

⁶⁵ Ao contrário do que aconteceu na Revolução Francesa, no *common law* não houve lugar para se desconfiar dos juízes. Como exemplo, cita-se a Revolução Inglesa de 1688 (Gloriosa), em que a supremacia do Parlamento foi fator necessário para conter os abusos do poder Real, baseado na afirmação do *common law* contra o monarca, não contra os juízes. Também, como explica Merryman, "nos Estados Unidos e na

que se concedeu maior liberdade ao juiz para desenvolver o direito, tanto é que o *common law* surge graças às decisões dos Tribunais Reais de Westminster, após a conquista normanda de 1066.

No *civil law*, porém, a ideia do *judge-made law* sequer apresentou grandes enfrentamentos. A suntuosa profusão de leis decorrente do momento histórico da codificação e a crença de que somente as leis seriam capazes de trazer previsibilidade e coerência ao sistema jurídico⁶⁶, bem como a crítica da separação dos poderes de Montesquieu⁶⁷, foram fatores suficientes para

Inglaterra, ao contrário, existia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes precisariam ser, muitas vezes, uma força progressiva ao lado do indivíduo contra o abuso do poder pelo governante, e tiveram um importante papel na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. O medo do *lawmaking* e da interferência judicial na administração não existia. Pelo contrário, o poder dos juízes de dar forma ao desenvolvimento do *common law* era uma instituição familiar e bem-vinda. Era aceito que as Cortes possuíam o poder de *mandamus* (para obrigar funcionários a cumprir seu dever legal) e *quo warranto* (para questionar a legalidade de um ato cometido por um funcionário público)". (No original: "In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the *common law* was a familiar and welcome institution. It was accepted that the courts had the powers of *mandamus* (to compel officials to perform their legal duty) and *quo warranto* (to question the legality of an act performed by a public official)". MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America, *cit.*, p. 17.

⁶⁶ Tanto é que em França o juiz cumpria a função de meramente declarar a lei. Não cabia ao magistrado interpretá-la, disto resultando, inclusive, o surgimento da Corte de Cassação em 1790, que cassava as decisões judiciais que iam contra a vontade do legislador. Além disso, foi em razão da Revolução Francesa (1789) que se qualificou o juiz como "*bouche de la loi*" (boca da lei) em oposição à figura inglesa do "*judge-made law*" (juiz criador de direito). V. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

⁶⁷ Sobre a clássica teoria da separação dos poderes, Montesquieu afirmou: "Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse

rechaçar a possibilidade de o juiz criar direito no sistema romano-germânico.

2.4 STARE DECISIS

A origem do *stare decisis* remonta ao direito inglês e a sua terminologia deriva da máxima em latim "*stare decisis et non quieta movere*", isto é, "ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso". A doutrina do *stare decisis*, portanto, "nada mais é"⁶⁸ que um comando aos juízes de respeito aos precedentes obrigatórios (presentes e futuros⁶⁹),

ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". MONTES-QUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 157.

⁶⁸ O uso das aspas foi proposital para ilustrar o que foi dito por Benjamin Cardozo quanto à tarefa dos juízes na doutrina do *stare decisis* (relembre-se que o próprio Cardozo foi juiz, tendo ocupado a mais alta Corte dos EUA): "(...) seu dever [o do juiz] consiste em comparar as cores da causa que tem à mão com as cores das inúmeras amostras de causas espalhadas sobre sua mesa. A amostra de tonalidade mais próxima fornece a norma aplicável. Sem dúvida, porém, nenhum sistema de Direito vivo pode evoluir mediante tal processo, e nenhum juiz de um tribunal superior que seja digno de seu cargo tem uma visão tão estreita de seu papel. Se essa fosse a única coisa que nos reserva nossa ocupação, haveria pouco interesse intelectual nela. O homem que tivesse o melhor fichário de casos seria também o juiz mais sábio. É quando as cores não combinam, quando as referências não batem, quando não há nenhum precedente decisivo, que realmente começa o trabalho do juiz. Ele deve então ajustar a lei aos litigantes que ali estão, e, ao ajustá-la a eles, estará também ajustando-a aos outros". CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial, *cit.*, p. 10.

⁶⁹ "Um argumento que se extrai do precedente parece, inicialmente, olhar para trás. A perspectiva tradicional sobre o precedente...tem, portanto, focado no uso dos precedentes de ontem, na decisão de hoje. Mas, se no todo igualmente, se não muito mais importante, um argumento que se extrai do precedente olha, também, para frente, nos pedindo para olhar a decisão de hoje como um precedente para as autoridades decisórias (*decisionmakers*) de amanhã. Hoje não é somente o amanhã de ontem; é também o ontem de amanhã". (No original: "An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent...has therefore focused on the use of yesterday's precedents in today's decision. But in all equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers. Today is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday". SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, v. 30, n. 3, 1987. p. 571-573. Nesse mesmo sentido afirmou

significando a ideia de que os precedentes⁷⁰ devam ser aderidos quando, no caso pendente de decisão, os fatos materiais mereçam igual tratamento⁷¹.

Tal doutrina, por sua vez, significa a observância e a aplicação dos precedentes em dois sentidos ou duas eficácias: *vertical* e *horizontal*. O *stare decisis* vertical obriga a Corte inferior a seguir as decisões proferidas pela Corte hierarquicamente superior. Já o *stare decisis* horizontal determina que a Corte siga suas próprias decisões⁷². No entanto, não se desconhece a posição adotada por Frederick Schauer⁷³ - com o qual não é preciso concordar. Para este autor, há que ser diferenciado *stare decisis* de *precedente*, no sentido de que *stare decisis* abriga somente o conceito da eficácia horizontal e, *precedente*, por ser mais amplo, contém o significado de ambas as eficácias (vertical e horizontal). Ou seja, *precedente* seria a obrigação de a autoridade decisória julgar da mesma forma o que foi julgado anteriormente sobre as mesmas ou similares questões, independentemente de

Benjamin Cardozo: "a sentença de hoje estabelecerá o certo e o errado de amanhã". CARDOZO, Benjamin N. *Op. Cit.*, p. 10-11.

⁷⁰ Cumpre brevemente assinalar a diferença entre precedente e jurisprudência. Enquanto o primeiro é derivado por uma única decisão em um caso particular que se constituirá precedente para casos futuros, jurisprudência pode ser entendida como "um conjunto de decisões, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões". Desse modo, o precedente pode ser identificado por fornecer uma regra aplicável ao caso *sub-judice*, enquanto que a jurisprudência não verdadeiramente possui esta característica, pelo simples fato de haver posicionamentos diferentes nessa coletividade de decisões. V. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista do Processo*. São Paulo: RT, n. 199, Set. 2011, p. 142-143.

⁷¹ DUXBURY, Neil. *The authority of precedent: two problems*. Disponível em: <<https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁷² Aos que defendem esta concepção do *stare decisis*, ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.12-13; EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 48.

⁷³ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 18 fev. 2018.

onde foi emanada a decisão judicial pretérita⁷⁴.

Em que pese o brilhantismo do ex-professor da Harvard University, Frederick Schauer, não se convém definir o melhor entendimento sobre esta questão. Importa, contudo, utilizar-se do termo *stare decisis* para designar a doutrina dos precedentes obrigatórios, que vincula as Cortes tanto de forma horizontal como vertical. Assim, evita-se confundir o leitor, uma vez que no momento jurídico vigente no Brasil⁷⁵, *precedente* não significa respeito obrigatório, ao contrário do que ocorre com a *súmula vinculante*, instrumento jurídico que mais se aproxima do *stare decisis* (na acepção aqui adotada).

Como é "um princípio básico da administração da justiça que casos semelhantes devam ser decididos da mesma forma"⁷⁶, as circunstâncias que favoreceram o surgimento do *stare decisis* no *common law* não são difíceis de ser

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ "A respeito da importância que se dá aos precedentes no *common law*, um aspecto inicial que deve ser levado em conta é o de que os fundamentos da decisão não importam somente às partes - como por exemplo ocorre no Brasil, com a coisa julgada material -, importam, sobretudo, aos jurisdicionados em geral e aos juízes, em razão da tarefa que lhes é incumbida no sentido de "dar coerência à aplicação do direito". MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, *cit.*, p. 219.

⁷⁶ No original: "It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike". CROSS, Rupert. Precedent in english law, *cit.*, p. 4. No mesmo sentido escreveu Miller: "Se um conjunto de causas envolvem a mesma questão, as partes esperam que se chegue à mesma decisão. Seria uma injustiça gritante decidir causas consecutivas com base em princípios opostos. Se uma causa foi decidida de modo desfavorável a mim ontem, quando eu era o réu, devo esperar pelo mesmo julgamento hoje, se sou eu o demandante. Uma decisão diferente despertaria em mim um sentimento de ressentimento e erro; seria uma violação, material e moral, dos meus direitos". (No original: "If a group of cases involves the same point, the parties expect the same decision. It would be a gross injustice to decide alternate cases on opposite principles. If a case was decided against me when I was defendant, I shall look for the same judgement to-day if I am plaintiff. To decide differently would raise a feeling of resentment and wrong in my breast; it would be an infringement, material and moral, of my rights". MILLER, William Galbraith. *The data of jurisprudence*. Edinburgh & London: William Green & Sons, 1903. p. 335. Outrossim, declarou Benjamin Cardozo: "A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais". CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial, *cit.*, p. 21.

compreendidas⁷⁷.

Explicar a doutrina dos precedentes *em termos* do *common law*, porém, não se torna aconselhável, pois como adverte Simpson⁷⁸, a ideia dos precedentes vinculantes (*binding precedents*) e até mesmo, conceitos fundamentais como, por exemplo, o de *ratio decidendi* (razões de decidir), surgem muito tempo após o aparecimento do *common law*. Da mesma forma, não se deve confundir o surgimento do *stare decisis* com o *judge-made law*. Ou melhor, as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição também não são aptas a explicar o fenômeno da doutrina dos precedentes obrigatórios⁷⁹. Isto porque o *stare decisis* surge muito tempo após o aparecimento do *common law* e,

⁷⁷ "Atrás dos precedentes estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, e, mais atrás, os hábitos de vida e as instituições sociais que deram origem a essas concepções e que estas, por sua vez, modificaram mediante um processo de interação". *Idem*, p. 9.

⁷⁸ "Ao menos para um historiador, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, é condenada a parecer insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios que regulam o uso de precedentes e o seu status de 'lei' relativamente moderno, e a ideia de obrigatoriedade dos precedentes é mais recente ainda. O *common law* já existia há séculos antes de alguém se interessar por essas questões, tendo funcionado como um sistema, não obstante carente de fundamentos como o conceito de *ratio decidendi*; e, diga-se de passagem, funcionou muito bem". (No original: "To an historian at least any identification between the *common law* system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the *common law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities in relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *common law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concepts of the *ratio decidendi*, and functioned well enough". SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: Horder, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973. p. 77.

⁷⁹ "O resultado é que qualquer teoria adotada pelos juízes [declaratória ou positivista] é incompatível com o *stare decisis*". (No original: "The result is that whichever theory [declaratory or positivist] of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*". WESLEY-SMITH, PETER. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*. In: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 87.

logicamente, do *judge-made law* defendido por Bentham e Austin⁸⁰.

O *stare decisis* surge somente no século XIX. O momento em que se consolidou a obrigatoriedade de observância dos precedentes remonta ao julgamento de *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898⁸¹, aliado ao aperfeiçoamento dos famosos Relatórios de Casos (*Law Reports*)⁸².

Para o professor Marinoni, incansável defensor da doutrina de precedentes obrigatórios no Brasil, a peculiaridade de os países do *common law* - ao contrário do sistema romano-germânico - terem admitido o *stare decisis*, reside na crença historicamente concebida de que os juízes realizam sim atividade interpretativa e, por isso mesmo, acreditaram que a lei, por si só, não seria capaz de trazer segurança e previsibilidade ao sistema jurídico⁸³.

Por outro lado, assim como explica Rupert Cross, a doutrina dos precedentes na Inglaterra possui como defeito a sua natureza altamente coercitiva. "Os juízes ingleses são algumas vezes obrigados a seguir um caso anterior mesmo que eles tenham tido boas razões para não o seguir"⁸⁴.

⁸⁰ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent, *cit.*, p. 114.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, *cit.*, p. 30.

⁸² Trata-se de importante forma de publicação de precedentes aos países de *stare decisis*. Os Relatórios de Casos (*Law Reports*) nada mais são que livros que contém diversos precedentes catalogados.

⁸³ "A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver". MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 61.

⁸⁴ No original: "English judges are sometimes obliged to follow a previous case although they have what would otherwise be good reasons for not doing so". CROSS, Rupert. *Op. Cit.*, p. 4. No que se refere ao raciocínio jurídico inglês: "Quanto aos aspectos de direito, o raciocínio jurídico inglês é escrupulosamente exauriente, especialmente quando se trata de Cortes superiores (...). Isto envolve exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido, não só ingleses,

Não se olvida, porém, as técnicas que hoje existem nos países anglo-saxões⁸⁵ que adotam o *stare decisis* - que flexibilizam e desenvolvem a doutrina dos precedentes obrigatórios -, como, por exemplo, o *distinguishing*⁸⁶ e o *overruling*⁸⁷. Tais técnicas são utilizadas quando se observa que determinado precedente não deva ser seguido, em que pese aparentes semelhanças fáticas com o caso *sub judice*.

2.5 APROXIMAÇÃO ENTRE OS DOIS GRANDES SISTEMAS E PANORAMA ATUAL

Como visto, historicamente o juiz constituiu figura central no desenvolvimento do *common law*, baseado na famosa premissa liberal da subordinação do Estado em relação ao direito. Ao contrário do que ocorreu na família romano-germânica, em que coube às Universidades e, posteriormente, ao legislador, a função de depositário do direito. Disto tudo resultou, respectivamente, no surgimento do *stare decisis* e no limiar da

mas, em alguns casos, de outros países pertencentes à Common Law (precedentes estes que são vistos, na Inglaterra, como potencialmente persuasivos ou iluminadores das decisões) e, é claro, as decisões relevantes e pertinentes proferidas pela Corte Europeia de Justiça e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (a jurisprudência destas Cortes Superiores Europeias é vinculante para o Judiciário inglês e também para as Cortes dos Estados Membros ou Convencionados)." ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar – a experiência inglesa. *Revista de processo*, 2011, ano 36, n. 192, fev. 2011, p. 106.

⁸⁵ Nomeadamente, os Estados Unidos da América, o Canadá, a Escócia e, logicamente, a Inglaterra.

⁸⁶ "*Distinguishing* é o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro". (No original: "*Distinguishing* is what judges do then they make a distinction between one case and another"). DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, *cit.*, p. 113.

⁸⁷ *Overruling* "significa uma invalidação formal de um precedente, quando não há razões suficientes para a distinção [*distinuishing*] entre os dois casos. O juiz subsequente também pode simplesmente preferir ignorar expressamente a decisão anterior, uma vez que foi ultrapassada pela força de alterações posteriores na sociedade, ou porque a *ratio* é considerada 'imperfeita' desde o início". SILTALA, Raimo. *A theory of precedent from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 73.

codificação.

Em que pese não ter havido um fenômeno semelhante ao da codificação no *common law*, não se deve diferenciar os dois grandes sistemas com relação à adoção (ou não) de Códigos escritos. O que importa, na realidade, é verificar a ideologia⁸⁸ que se tem de Código em cada sistema, analisando a sua respectiva função primordial⁸⁹.

Da mesma forma, “a importante distinção entre os processos judiciais do *civil law* e o do *common law* não está no que as Cortes realmente fazem, mas sim no que o folclore predominante diz que elas fazem”⁹⁰.

René David, quanto à aproximação entre os dois grandes sistemas⁹¹, destaca que:

⁸⁸ “Se, no entanto, se pensa em codificação não como uma forma, mas como a expressão de uma ideologia, e se alguém tenta entender essa ideologia e o motivo pelo qual ela alcança expressão na forma de código, torna-se então possível poder ver o sentido sobre falar em códigos no direito comparado”. (No original: “If, however, one thing of codification not as a form but as the expression of an ideology, and if one tries to understand that ideology and why it achieves expression in code form, then one can see how it makes sense to talk about codes in comparative law”). MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, *cit.*, p. 28.

⁸⁹ “O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *cit.*, p. 54.

⁹⁰ No original: “The important distinction between the *civil law* and the *common law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, *cit.*, p. 47.

⁹¹ Miguel Reale também visualizou a aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Segundo o jurista: “Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de

"Países de direito romano germânico e países de common law tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A common law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romanos germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra do direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de common law como o é nos países da família romano germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito"⁹².

Dessa forma, torna-se necessário desmistificar a ideia de que no *common law* há baixa produção legislativa e que, por isto, é conferida maior importância às decisões judiciais⁹³. Pelo contrário, a autoridade da lei é superior às decisões judiciais e países do *common law* têm percebido um movimento cristalino de profusão de leis⁹⁴ (talvez em menor volume se comparado ao direito romano-germânico)⁹⁵. Consequentemente, é forçoso relembrar

tradição romanística". REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

⁹² DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 20.

⁹³ É bastante comum que os operadores do direito diferenciem os dois grandes sistemas em razão da importância que se dá às leis em um (*civil law*) e às decisões judiciais no outro (*common law*). Tal distinção, porém, constitui um erro grosseiro, que apenas justifica, cada vez mais, o descrédito de qualquer estudo sobre o *common law* no Brasil.

⁹⁴ Nesse sentido, Marinoni remete aos ensinamentos de Antonio Gambaro, lembrando que "a experiência continental europeia concedeu, no século passado, grande espaço ao direito jurisprudencial, enquanto, do outro lado, uma "orgia de legiferação" deu forma e veste legislativa a grande parte das regras do *common law* clássico". MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 35. Ver GAMBARO, Antonio. Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law, 2009. p. 11.

⁹⁵ Michele Taruffo afirma ser fácil de perceber que "o processo de *common law* inclui numerosos atos escritos (provavelmente não menos numerosos do que aqueles com que se desenvolve o processo de *civil law*), sendo que essa tendência vem se

que o período moderno em que vive o *common law* “deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração”⁹⁶.

No mesmo sentido, é infundada a “equivalência “*common law* = oralidade”, assim como não é confiável a equivalência “*civil law* = escritura”, tendo em conta a ampla presença da lei escrita nos processos de *common law* e o amplo espaço que à oralidade é reservado em vários processos de *civil law*”⁹⁷.

Inúmeras técnicas jurídicas oriundas do *common law* se mostram frequentemente debatidas no atual cenário brasileiro. Quanto à adoção da doutrina do *stare decisis*, cumpre brevemente assinalar (até por não constituir objeto do presente trabalho), que essa questão faz parte de uma importante e fervorosa discussão ainda vigente. Em sua defesa se pretende principalmente alcançar importantes valores como a segurança jurídica, previsibilidade e igualdade. Esta igualdade, segundo o professor Marinoni, significa, essencialmente, igualdade diante da jurisdição, “tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual”⁹⁸, que só são atingidas com uma decisão

reforçando na sua evolução mais recente”. TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios, *cit.*, p. 15. Interessante, ainda, a seguinte passagem de Carnelutti no que se refere à inflação legislativa que hoje vivem os países do *civil law*: “O mais grave está no fato de que, ao avolumarem-se, não mais conseguem preencher sua função. É importante lembrar que essa função consiste basicamente em dar aos homens a certeza do direito, isto é, em lhes declarar o que devem e o que não devem fazer e as consequências de seus atos. Para alcançar esse objetivo, é necessário que as leis possam, antes de tudo, serem conhecidas. Mas o que pode fazer um cidadão, hoje, para conhecer as leis do seu país? Não se trata mais somente do homem da rua; hoje, até mesmo os juristas, não estão em condições de conhecer mais do que uma pequena parte delas. O ordenamento jurídico, cujo maior mérito deveria ser a simplicidade, transformou-se, para nossa desgraça, em um complicado labirinto, no qual, até os que deveriam ser os guias, perdem-se”. CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito, *cit.*, p. 47.

⁹⁶ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, *cit.*, p. 283-284.

⁹⁷ TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios, *cit.*, p. 16.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, *cit.*, p. 142.

racional⁹⁹ e justa. A sensação de imprevisibilidade das decisões judiciais, aliás, leva a crer que “vivemos, hoje, num sistema de *stare (in)decisis*”¹⁰⁰.

Por outro lado, aqueles que são contrários à utilização da doutrina do *stare decisis* no Brasil geralmente invocam, a partir justamente da formação histórica dos sistemas, a violação da independência dos juízes, do princípio do juiz natural e da separação dos poderes, óbice ao desenvolvimento do direito frente às novas realidades sociais etc.

Mais curioso, ainda, de toda essa discussão, é notar que “o sistema de súmulas, como única e indispensável forma para a vinculação dos juízes, é contraditório com o fundamento que, embora não explícito, justifica o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais”¹⁰¹.

Conforme se ressaltou, nas construções dos inúmeros discursos formalistas, muitas vezes se visualizava a discricionariedade do julgador, em razão das diversas interpretações que se podia fazer da lei no preenchimento de suas lacunas¹⁰². Então, diante do fato de que começou a se perceber, no *civil law*, que o juiz exerce atividade interpretativa e que somente a lei não é considerada suficiente para uma prestação jurisdicional efetiva, paulatinamente o legislador atribuiu-lhe o papel de

⁹⁹ A irracionalidade, segundo Marinoni, “é ainda mais disfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira”. *Ibidem*, p. 142-143.

¹⁰⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso. Vivemos, hoje, num sistema de *stare in(decisis)*. *Consultor Jurídico*, 17/10/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/vivemos-sistema-stare-indecisis-analise-acoes-repetitivas>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op Cit.*, p. 77.

¹⁰² “Nem a técnica nem a ciência, enquanto operam com a lei, e não poderiam operar de outra forma, são suficientes, conseqüentemente, para fazer que o direito consiga a justiça e assim não esgotam a jurisprudência, entendida ela como a atividade necessária e suficiente não somente para fazer bem, isto é, nem tanto para fazer qualquer direito quanto para fazer direito justo”. CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*, *cit.*, p. 67.

preenchimento de conceitos indeterminados e concretização de regras abertas¹⁰³. Fenômenos como a aplicação das cláusulas gerais¹⁰⁴, como exemplo a cláusula da boa-fé, afastaram o juiz da simples formulação legislativa, resultando na aproximação do magistrado às realidades sociais mutáveis¹⁰⁵.

Aliás, houve, também, a quebra da falácia da estrita separação dos poderes e o medo do *judge-make law* pelos países do direito romano-germânico foi, em parte, “superado”, ao se perceber que, para aqueles que defendem a teoria constitutiva¹⁰⁶, o juiz do *civil law* muitas vezes, também, criaria o direito¹⁰⁷.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 84.

¹⁰⁴ Para Perlingieri, “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Tome-se como exemplo a noção de ordem pública, de bom costume, de solidariedade”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27. No mesmo sentido é a definição de Paolo Grossi, para quem cláusulas gerais são “referências que o legislador faz a noções pertencentes à consciência coletiva (boa-fé, bom costume, usos comuns, diligência do bom pai de família e assim por diante), indicando ao juiz um reservatório *extra legem* a ser alcançado pela sua decisão”. GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 123.

¹⁰⁵ Como não há definição do conceito de boa-fé nos códigos, por ser conceito indeterminado, explica Merryman e Pérez-Perdomo que o juiz é quem lhe atribui significado, a depender do uso que o juiz faz da norma no caso concreto (*Law in fact*) em oposição à teoria (*Law in theory*). Ver MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America, cit.*, p. 53. Ainda, segundo Mitidiero: “A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos e para a concretização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas”. MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedentes – dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista de Processo*, ano 37, n. 206, São Paulo: RT, 2012. p. 67.

¹⁰⁶ “Aliás, o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios, cit.*, p. 38-39.

¹⁰⁷ Este é o entendimento de Merryman, que assim o declara em razão de ter conhecimento que o juiz do direito romano-germânico pode invalidar uma lei por estar em conflito com a Constituição. “Esta concepção dogmática da lei, como muitas outras implicações dos dogmas deste período revolucionário, tem sido corroída pelo tempo e pelos eventos. Talvez a inovação mais espetacular tenha sido o forte movimento em direção ao constitucionalismo, com sua ênfase na rigidez funcional, e, por

Despiciendo acrescentar que a questão de o juiz legislar (ou não), não constitui objeto do presente trabalho. O que se pretende evidenciar, porém, é que a ruptura do direito romano-germânico, principalmente no momento pós-revolucionário francês, não foi capaz de frear completamente a discricionariedade judicial (mesmo, inclusive, na existência da lei, sob o pretenso fundamento de se querer fazer justiça¹⁰⁸, o que, na realidade, constitui decisionismo).

Ultimamente, a rigorosidade científica adotada pelo direito continental tem buscado, ainda que de forma insuficiente, o temperamento da lei e dos fatos. A aproximação mais evidente entre as tradições do *common law* e do *civil law*, porém, encontrou suporte na criação das súmulas vinculantes¹⁰⁹ e no próprio

consequente, a superioridade, como fonte de direito, das constituições escritas. Tais constituições, por eliminarem o poder do legislador de as alterar através de ação legislativa ordinária, prejudicaram o monopólio legislativo sobre a *lawmaking*. Eles inserem um elemento novo na hierarquia das fontes do direito, a qual agora deve ter em conta ‘constituição, legislação, regulamentos e costume’. Ademais, se uma Corte pode decidir que uma resolução é nula por estar em conflito com a constituição, o dogma da separação acentuada do poder legislativo em relação ao poder judicial é prejudicado”. (No original: “This dogmatic conception of what law is, like many other implications of the dogmas of the revolutionary period, has been eroded by time and events. Perhaps the most spectacular innovation has been the strong movement toward constitutionalism, with its emphasis on the functional rigidity, and hence the superiority as a source of law, of written constitutions. Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature’s monopoly on lawmaking. They insert a new element into the hierarchy of sources of law, which non must read ‘constitution, legislation, regulations, and custom’. In addition, if a court can decide that a statute is void because it is in conflict with the constitution, the dogma of sharp separation of legislative power from judicial power is impaired”). MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Op Cit.*, p. 25.

¹⁰⁸ Dworkin, no início de sua obra *A justiça de toga*, narra uma história entre os juízes Holmes e Learned Hand. Relata que Learned Hand estava de carona na carruagem de Holmes e que, ao se despedir, disse: “Faça justiça, juiz!”. Holmes, então, pede ao seu condutor para que este retornasse ao encontro do colega magistrado, momento no qual o rebate: “Não é esse meu trabalho!”. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 3.

¹⁰⁹ Outrossim, foi adotado um modelo de controle de constitucionalidade de inspiração norte-americana (*judicial review*), além de serem criados instrumentos como a repercussão geral e os recursos repetitivos, apenas para citar alguns exemplos. V.

advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Portanto, é absurdo negar a nítida aproximação entre os dois grandes sistemas.

Diante do exposto, resta atentar ao que afirmou o Juiz Holmes: “a fim de se saber o que é, nós devemos saber o que tem sido, e o que tende a ser”¹¹⁰.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar – a experiência inglesa. *Revista de processo*, 2011, ano 36, n. 192, fev. 2011.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resoluções de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la revolución inglesa. In: FERNÁNDEZ, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los derechos fundamentales - Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003. t. 1.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5th ed. London: John Murray, 1911. v. 2.

BENTHAM, Jeremy. Truth versus Ashhurst; or law as it is,

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

¹¹⁰No original: "In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become". HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. London: Macmillan & Co, 1892. p. 1.

- contrasted with what it is said to be. *The works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 5.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 4. ed. Campinas: Russel Editores, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2.
- CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. 3rd ed. Clarendon Press: Oxford, 1977.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DUXBURY, Neil. *The authority of precedent: two problems*. Disponível em: <<https://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- _____. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.12-13; EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GAMBARO, Antonio. Civil law e common law: evoluzione e metodi di confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law, 2009.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*.

- Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HART, H.L.A. *O conceito de direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. London: Macmillan & Co, 1892.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso. Vivemos, hoje, num sistema de stare in(decisis). *Consultor Jurídico*, 17/10/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/vivemos-sistema-stare-indecisis-analise-acoes-repetitivas>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- MILLER, William Galbraith. *The data of jurisprudence*. Edinburgh & London: William Green & Sons, 1903.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, n. 206, São Paulo: RT, 2012.

- MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- _____. *Precedent*. Stanford Law Review, v. 30, n. 3, 1987.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILTALA, Raimo. *A theory of precedent from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Portland: Hart Publishing, 2000.
- SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: Horder, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista do Processo*. São Paulo: RT, n. 199, Set. 2011.
- _____. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: Goldstein, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- _____. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford:

Clarendon Press, 1987.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.