



FACNOPAR

THIAGO DANTAS DE PAULA

**A APLICABILIDADE DO SISTEMA *COMMON LAW* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Apucarana
2020

THIAGO DANTAS DE PAULA

**A APLICABILIDADE DO SISTEMA *COMMON LAW* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte
Novo de Apucarana – FACNOPAR.

Profa. Ma. Thays Cristina Carvalho
Canezin

Apucarana
2020

THIAGO DANTAS DE PAULA

**A APLICABILIDADE DO SISTEMA *COMMON LAW* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
ao Curso de Direito, da Faculdade do Norte
Novo de Apucarana – FACNOPAR.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Thays Cristina Carvalho
Canezin
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Prof. Componente da Banca
Faculdade do Norte Novo de Apucarana

Apucarana, 17 de julho de 2020.

A APLICABILIDADE DO SISTEMA *COMMON LAW* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

THE APPLICABILITY OF THE COMMON LAW SYSTEM IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER²

Thiago Dantas de Paula³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 *COMMON LAW*; 2.1 DEFINIÇÃO; 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 3 *CIVIL LAW*; 3.1 DEFINIÇÃO; 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 4 INTERFACES DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*; 4.1 A GLOBALIZAÇÃO JUDICIAL; 4.2 A APLICAÇÃO CONCOMITANTE DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 5 CATEGORIAS ELEMENTARES PARA OPERAÇÃO COM PRECEDENTES; 5.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES E SEUS INSTITUTOS ESPECÍFICOS; 5.2 A DIFICULDADE E AS CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DA FALTA DE DOMÍNIO TÉCNICO DOS JUÍZES E OPERADORES DE DIREITO FORMADOS NA ESCOLA DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICO EM OPERAR COM PRECEDENTES; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo elucidar o porquê e como o sistema de tradição anglo-saxão (*common law*) vem sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o mesmo é adepto à outro sistema (*civil law*). Para que esse objetivo seja satisfeito, demonstrará a evolução histórica de ambos os sistemas até a atualidade, bem como os fatores mundiais que tornaram imprescindíveis a sua concomitância para assegurar a efetiva tutela jurisdicional do Estado. Não obstante a incontroversa coexistência dos sistemas no Brasil, este trabalho também abordará se os juízes e demais operadores do direito formados na escola de tradição romano-germânico possuem domínio das categorias elementares para operar com precedentes. Para a elaboração deste artigo, utilizará os métodos científico hipotético-dedutivo e o auxiliar comparativo, que contribuirão na obtenção dos resultados previstos. Com a conclusão da pesquisa, restou evidente que a aplicação simultânea dos sistemas pode assegurar a tão sonhada efetiva tutela jurisdicional no Brasil, proporcionando celeridade, segurança jurídica, eficiência e igualdade. No entanto, a falta de domínio dos operadores do direito também poderá acarretar resultados negativos irreversíveis aos jurisdicionados.

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Orientação a cargo da Profa. Ma. Thays Cristina Carvalho Canezin.

² *Final work for the undergraduation presented as a partial requirement to obtain the degree of Bachelor in Law, Law School of New Northern College of Apucarana – FACNOPAR. Orientation in charge of Law Profa. Ma. Thays Cristina Carvalho Canezin.*

³ Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2016. thiagodantaspaula@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: *Common law. Civil law. Globalização Judicial. Teoria do Precedente. Tutela Jurisdicional.*

ABSTRACT: *This article aims to elucidate why and how the Anglo-Saxon tradition system (common law) has been applied in the Brazilian legal system, since it is adept at the another system (civil law). In order for this objective to be fulfilled, the historical evolution of both systems will be demonstrated to date, as well as the global factors that made its essential concomitance to ensure effective judicial protection of the State. Notwithstanding the incontrovertible coexistence of systems in Brazil, this paper will also address whether judges and other legal practitioners trained in the Roman-German tradition school have mastery of elementary categories to operate with precedents. For the preparation of this article, will use the hypothetical-deductive scientific methods and the comparative auxiliary, which will assist in obtaining the expected results. With the conclusion of the research, it was evident that the simultaneous application of the systems can ensure the long-dreamed effective judicial protection in Brazil, providing speed, legal certainty, efficiency and equality, but that the lack of control of the legal operators can also lead to negative results irreversible to the courts.*

KEYWORDS: *Common law. Civil law. Judicial Globalization. Precedent Theory. Jurisdictional Protection.*

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, nos últimos tempos, está sendo acionado demasiadamente por litigantes que buscam garantir a devida tutela jurisdicional e seus direitos fundamentais. Essa massificação implica, por via de consequência, na necessidade de ter um Judiciário mais eficaz, que possa proporcionar celeridade, segurança jurídica, eficiência, isonomia e outros princípios constitucionais.

Diante dessa intensificação de demandas judiciais fomentada pelo acesso à informação e à globalização judicial, os juízes e tribunais buscam inevitavelmente otimizar tempo utilizando recursos que lhes assegurem eficiência e celeridade, onde surgem as figuras conhecidas como precedente, jurisprudência, súmula, e, juntamente, a *common law*, cuja está ganhando notoriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

O surgimento da *common law* e a consequente utilização dessas figuras, no entanto, exige o domínio de técnicas e categorias indispensáveis para que a prática forense possa exercê-las corretamente, sendo de suma relevância visualizar se há, de fato, esse controle.

O presente artigo tem como objetivo demonstrar o motivo e como a *common law* está sendo aplicada no Brasil e, principalmente, identificar se os operadores de direito possuem o domínio das técnicas comumente utilizadas nos países adeptos à esse sistema, elucidando quais são e/ou serão os resultados se aplicado de forma correta ou erroneamente.

Quanto à distribuição dos tópicos, os dois primeiros capítulos são responsáveis por conceituar e demonstrar a evolução histórica dos sistemas da *civil law* e *common law*, proporcionando uma maior facilidade em compreender o motivo da complexidade em aplicar dois sistemas distintos num mesmo ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a percepção dos demais tópicos. O terceiro capítulo aborda como os referidos sistemas estão relacionados, discorrendo sobre os inúmeros fatores que estimularam/estimulam essa situação. O quarto capítulo, por fim, disciplina sobre a teoria dos precedentes, desenvolvendo sobre as técnicas da *common law* e as conseqüências decorrentes da falta de domínio técnico dos juízes e demais operadores de direito formados na escola de tradição romano-germânico em operar com precedentes.

2 COMMON LAW

A *common law*, notoriamente, vem se alastrando em nível mundial, inclusive nos países de direito romano-germânico, que adotam como base outro sistema jurídico (por exemplo: Brasil, Alemanha, Itália e Espanha), sendo esse fato oriundo das conseqüências da globalização judicial (BARROSO; MELLO, 2016, p. 14).

O referido sistema passou por uma evolução histórica essencial à sua formação e, evidentemente, à sua aplicação nos tempos modernos (BARBOZA, 2018, p. 1457).

Portanto, demonstrar-se-á abaixo sua definição e evolução, elucidando sua relevância no contexto histórico e atual.

2.1 DEFINIÇÃO

A *common law* é compreendida como um direito comum que se desenvolve a partir de decisões judiciais e da formação de precedentes, sendo proveniente de regras não escritas (GALIO, 2016, p. 41).

Outrossim, é definida como “um termo utilizado nas ciências jurídicas para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência” (SANTIAGO, 2020, p. 1).

As decisões judiciais, no referido sistema, são a principal fonte do direito, produzindo efeitos vinculantes e gerais, o que se diferencia do sistema jurídico denominado *civil law*, cujo Brasil adota (DONIZETTI, 2015, p. 4).

Ainda, tem-se que as decisões que se tornam precedentes com o fito de orientar os casos futuros que guardam similitude com o caso paradigma, são elaboradas pelo método indutivo, sendo que os efeitos jurídicos surgem e evoluem ao longo do tempo (DANTAS, 2011, p. 48 e 49).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, e a Patrícia Perrone Campos Mello, ratificam as considerações feitas, veja-se:

No *common law*, típico dos países de colonização anglo-saxã, tem-se a situação inversa. As decisões judiciais são a principal fonte do direito e produzem efeitos vinculantes e gerais. A norma de direito corresponde ao comando extraído de uma decisão concreta, que será aplicado, por indução, para solucionar conflitos idênticos no futuro. Ela é determinada a partir do problema e deve ser compreendida à luz dos seus fatos relevantes (BARROSO; MELLO, 2016, p. 12 e 13).

Destarte, está esclarecida a definição da *common law*, sistema natural dos países de colonização anglo-saxã, que, indubitavelmente, tem como essência a aplicação de precedentes, tendo as decisões judiciais como a principal fonte do direito.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes da denominada “invasão normanda”, e, por conseguinte, antes do feudalismo (época tribal), inexistia uma jurisdição unificada na Inglaterra, sendo aplicado o direito natural, pertinente ao costume do local, para solucionar os conflitos (BARBOZA, 2018, p. 1458).

O sistema da *common law*, de acordo com o jurista José Maria Othon Sidou, que define a mencionada tradição como o “direito comum a toda Britânia, em substituição aos costumes dispersos de vertente tribal”, compreende a evolução histórica do sistema em três etapas, sendo elas: a sua formação, a partir da conquista normanda que ocorreu no ano de 1066 até o advento da dinastia dos Tudors em 1485; a segunda fase, denominada por ele como “fase da razão”, reconhecida no âmbito

doutrinário como *equity* ou “regras de equidade”; por fim, o *statute law* que vem integrando a jurisprudência, veja-se:

O segundo é o período de *common law*, ou o direito comum a toda a Britânia, em substituição aos costumes dispersos de vertente tribal. Esse período por sua vez permite distinguir três etapas: - a da formação, a partir da conquista normanda (1066) até o advento da dinastia dos Tudors (1485), fase na qual o direito nacional cristalizou com o concurso da jurisprudência baseada nos “precedentes”; a outra, que podemos chamar fase da razão, em um sistema retificador, a *equity*, ou ‘regras de equidade’ passou a complementá-lo; e a última, a partir do meio do século passado, na qual a lei escrita, votada por corpos legislativos, o *statute law*, entrou a disputar espaço na construção do edifício jurídico, em par com a tradicional jurisprudência (SIDOU, 1997, p. 121).

Com o decorrer do tempo, os normandos passaram a criar Cortes Reais, bem como um sistema de justiça real, que, embora moroso, foi alterando significativamente as antigas Cortes e regras feudais. Nesse momento começou a surgir a ideia da *common law* como a essência visualizada até a atualidade, posto que as Cortes Reais de Justiça de Westminster passaram a decidir de maneira centralizada (BARBOZA, 2018, p. 1458 e 1459).

O segundo período, cujo fez parte da formação da *common law*, refere-se ao surgimento da *equity*, que passou a ser aplicada quando o sistema anglo-saxão não funcionava efetivamente, seja porque os tribunais reais não podiam ser acessados; não podiam solucionar adequadamente a lide; ou concediam uma decisão contrária à equidade; o que possibilitava aos particulares pedir a intervenção do rei para que tomasse uma decisão plausível para a solução do conflito (DAVID, 1978, p. 360).

Diego de Lima Leal complementa tal definição disciplinando que “a *equity law* é concebida como o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originando de uma necessidade de amenizar o rigor daquele sistema e de atender as questões de equidade” (LEAL, 2016, p. 4).

A “regra de equidade”, a princípio, possuía traços fundamentais diversos à *common law*. Todavia, sabe-se que não houve revolução no direito inglês capaz de alterar o sistema anglo-saxônico, sendo que a *equity* não passou de uma ameaça, e que, no fim, acabou deixando sua influência no sistema, conferindo ao direito a forma de instrumentalização da justiça, estribado na isonomia dos casos iguais, veja-se:

A *equity*, apesar de ter sido formalmente extinta com a unificação das jurisdições, influenciou fortemente o *common law*, atribuindo ao direito a

forma de instrumentalização da justiça, baseada na igualdade e no tratamento isonômico dos casos iguais (GALIO, 2016, p.51).

Seguindo as três fases da evolução da *common law*, tem-se a figura do *statute law*. O direito inglês passou por diversas experiências que proporcionaram uma libertação da organização judicial, que com a abolição do dualismo, acarretou o surgimento do *statute law*, ou as leis escritas (SIDOU, 1997, p. 128).

Há de se registrar, no entanto, que a função das leis escritas permanece limitada a corrigir e complementar a jurisprudência, uma vez que pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela mesma (BARBOZA, 2018, p. 1462).

Sobre essas questões do *statute law*, o doutrinador José Maria Othon Sidou discorre claramente sobre:

Profundas modificações experimentou o direito inglês a partir do meio do século XIX, não apenas libertando-se da rigidez da esquematização das ações, mas também, e principalmente, quanto à organização judiciária. Entendendo com essa última, os *Judicatures Acts*, editados em 1873 e 1875, aboliram o dualismo; competência de *common law* e competência de *equity* passaram a ser uma só, incumbindo às diversas jurisdições aplicar simultaneamente as regras de um e de outra.

[...]

A lei inglesa é, sem dúvida, o ponto de aproximação mais transparente do sistema inglês com o congênere continental. Elaborada pelo Parlamento (Act of Parliament), ela é aparentemente igual ao produto dos Parlamentos europeus e Congressos americanos, porém sua função difere em que se limita a corrigir e complementar a jurisprudência. O *statute* não cria o direito, e por isto ainda tem função secundária na tessitura jurídica, limitando-se, em face da administração, a exercer função regulamentar, e em face do direito, em si, a levantar exceções ao direito jurisprudencial (SIDOU, 1997, p. 128 e 129).

Ademais, tem-se que embora o sistema da lei comum seja proveniente da Inglaterra, salienta-se a existência de outros modelos da *common law*, com características próprias, sendo o sistema norte-americano um dos adeptos à esta forma (ALMEIDA, 2016, p.5).

A jurista Ana Carolina de Sá Dantas, inclusive, destaca que os Estados Unidos adotaram a *common law* mista, ao passo que a Inglaterra teria uma *common law* pura:

Os Estados Unidos adotou o que se convencionou chamar de Common Law mista, enquanto a Inglaterra teria uma Common Law pura. A exata definição do termo pode ser tarefa difícil. No entanto, o que define melhor o sistema são suas características, imprescindíveis para a compreensão do instituto (DANTAS, 2011, p. 48).

Diante do contexto histórico dos estadunidenses, a influência do sistema inglês foi perdendo sua preponderância no sistema jurídico americano, mas deixando padrões que ainda o orientam, mormente no que tange à supremacia da lei e à tradição do precedente (GOUVEIA, 2011, p. 21).

A *common law* adotada pelos norte-americanos possui basicamente duas funções: a primeira é resolver o litígio apresentado ao Tribunal; a segunda é constituir um precedente para orientar eventuais demandas futuras, que, obviamente, resguardem similitude fática e jurídica, sendo essa sistemática amoldada pelo princípio do *stare decisis* (GOUVEIA, 2011, p. 22).

Logo, torna-se inquestionável que um dos mais relevantes sistemas jurídicos mundial passou por diversas alterações até chegar em seu atual estado de aplicabilidade, mantendo, contudo, sua natureza voltada à continuidade e à tradição.

3 CIVIL LAW

Na civilização ocidental, além da *common law* (outrora demonstrada), adota-se, também, a *civil law*, cuja é utilizada como base do direito nos ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-germânico (França, Brasil, Alemanha e outros) (BARROSO; MELLO, 2016, p. 14).

A *civil law*, inquestionavelmente, passou por significativas alterações durante a construção do sistema jurídico, tendo como finalidade a busca pela segurança jurídica (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, 2018, p. 1105).

Desta forma, tendo em vista à necessidade de demonstrar a conjuntura desse sistema, principalmente para esclarecer o motivo da sua aplicabilidade, elucidar-se-á sua relevância no contexto histórico e atual.

3.1 DEFINIÇÃO

A escola da *civil law* compreende a lei como fonte primária do ordenamento jurídico, sendo, destarte, o instrumento hábil para a deliberação dos litígios levados ao Poder Judiciário (DONIZETTI, 2015, p. 3).

A estrutura do sistema romano-germânico tem como fito a aplicação do direito positivado, ou seja, incumbe ao magistrado, preponderantemente, interpretar a lei,

bem como aplicá-la, mas não lhe reconhece poderes para criar direitos (legislar), veja-se:

As jurisdições dos países que adotam o sistema da Civil law são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado. Em outras palavras, os adeptos da Civil law consideram que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, não lhe reconhecendo os poderes de criador do Direito. Exatamente em razão das balizas legais, a faculdade criadora dos juízes que laboram no sistema da Civil law é bem mais restrita do que ocorre no sistema da Common law (DONIZETTI, 2015, p. 3).

Em suma, embora sucinto, resta-se definido o sistema *civil law*, cujo possui como gênese o direito positivado, tendo a lei como sua principal fonte.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O sistema romano-germânico, evidentemente, possui uma forte ligação com o direito da antiga Roma, mas há de se destacar que sua evolução o distancia dele, principalmente porque diversas de suas características derivam de fontes do direito canônico, direito comercial, as revoluções e ciência do direito (BARBOZA, 2011, p. 51).

Rene David disciplina que a *civil law* foi formada na Europa Continental e que seu surgimento, do ponto de vista científico, ocorreu no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas Universidades (DAVI, 1978, p. 53).

É no mencionado século XIII que surge a ideia de que, por meio do Direito, havia a possibilidade de garantir a segurança necessária à evolução da cidade e do comércio. Outrossim, havia a distinção do direito e da religião, criando-se o direito canônico (BARBOZA, 2011, p. 52).

O direito dos países adeptos ao *civil law* originou do trabalho intelectual e não do pensamento do homem comum, sendo clara a intenção de se estruturar um sistema racional e lógico. Por conseguinte, os estudantes e professores, nas universidades medievais, preocupavam-se com a racionalidade e a lógica do sistema, deixando de lado os reais efeitos da aplicação da norma (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, 2018, p.1102).

Diante desse contexto, surgiu a importância do papel desenvolvido pela doutrina nos sistemas de *civil law*, cuja característica marcante foi a interpretação da

literalidade dos textos normativos, o que, inclusive, é observado até a atualidade (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, 2018, p. 1103).

Para Estefânia Maria de Queiroz Barboza, a revolução francesa e as revoluções de independência na América Latina acarretaram uma verdadeira evolução intelectual com novos pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e Estado. Ainda, proporcionaram uma significativa valorização ao direito natural e à razão, uma vez que elucidaram o fato de todos os seres humanos possuírem direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade e à vida, o que, por via de consequência, alterou a função do Estado (passou a ser considerado a fonte do Direito) para o detentor da obrigação de reconhecer e proteger tais direitos, assegurando equidade entre as pessoas (BARBOZA, 2011, p. 53).

Salienta-se que com a revolução francesa surgiu a importante figura do filósofo, político e escritor, Charles-Louis de Secondat, popularmente conhecido como Montesquieu, com sua teoria da separação dos poderes, onde teve como objetivo central limitar o Poder Judiciário, objetivando que esse ficasse restrito a aplicar a lei elaborada pelo Poder Legislativo (BARBOZA, 2011, p. 53).

É oportuno enfatizar que a teoria de Montesquieu foi adotada, o que proporcionou a perda das prerrogativas que os juízes detinham, não podendo mais interpretar as leis e aplicar direitos que vigoravam na época pré-revolucionária, ou seja, passaram a ser *la bouche de la loi*, isto é, aplicavam unicamente o texto da lei que, por ser geral e abstrato, era aplicável para todos de igual maneira, inexistindo distinção (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, 2018, p.1103 e 1104).

A Estefânia Maria de Queiroz Barboza complementa a ideia do texto da lei ser geral e abstrato, veja-se:

Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos. É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto (BARBOZA, 2011, p. 55).

Esse denominado positivismo jurídico atendeu a pretensão das classes dedicadas ao comércio em geral (burguesia), principalmente porque clamavam por uma maior segurança jurídica, clareza e estabilidade das normas, o que passou a ser visualizado pelo fato do direito ter apenas uma fonte, a lei editada pelo Parlamento (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, p. 1104).

Diferentemente da França, que buscou a codificação sem que os Códigos tivessem qualquer ligação com o Direito que o antecedeu, bem como para que os cidadãos pudessem compreendê-los (códigos) sem auxílio de advogados ou juristas, a ideia da Alemanha foi codificar os princípios do direito alemão que foram construídos historicamente, sendo limitado, contudo, às pessoas com conhecimento jurídico, uma vez que a codificação foi elaborada com base num estudo científico e como uma ferramenta para profissionais do direito (BARBOZA, 2011, p. 56).

O contexto da *civil law*, cujo admitia somente a lei oriunda do Poder Legislativo, era incompatível com a doutrina do *stare decisis*, uma vez que as decisões judiciais não eram aceitas como fonte do Direito:

Desse modo, as decisões judiciais não eram aceitas como fonte do Direito. Nos países de *civil law* nenhuma Corte estava vinculada pela decisão de nenhuma outra Corte, ou seja, mesmo que uma Corte superior já tivesse se manifestado e demonstrado seu entendimento a respeito de um determinado caso, ainda assim a Corte inferior poderia decidir de forma diferente (BARBOZA, 2011, p. 57).

É crível que todos os sistemas jurídicos existentes têm como preocupação a previsibilidade e a segurança jurídica, mas na tradição *civil law*, em especial, visualiza-se um valor supremo, sendo que a proteção a este seria alcançado por meio da lei e dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população (BARBOZA, 2011, p. 58).

No entanto, com o nascimento do constitucionalismo, essa concepção do sistema *civil law* começou a sofrer alterações significativas (BARBOZA, 2011, p. 58).

A crescente complexidade das relações jurídicas, econômicas e sociais, proporcionou a necessidade dos juízes, que a princípio deveriam seguir restritamente a literalidade do texto legal, de inserirem considerações interpretativas que dessem sentido à norma, o que, em virtude dos sentimentos e convicções pessoais, acarretou a aplicação da lei das mais diversas formas, abandonando a ideia da lei ser igual para todos (GARCIA; MARCACINI; MARTINS, p. 1104).

Inclusive, sabe-se que a igualdade formal busca tratar todos de maneira equânime, ou seja, sem distinção, enquanto a igualdade material tem como objetivo equiparar os indivíduos que essencialmente são desiguais (SILVA, 2017, p.1).

Registre-se que a concepção da igualdade na *civil law* foi no sentido da igualdade formal, seja porque as normas eram gerais e abstratas, bem como porque inexistia preocupação de julgar de maneira semelhante os casos semelhantes, o que,

evidentemente, não ocorreu no sistema anglo-saxão, que utilizou a igualdade material como fundamento de sua lógica de aplicação das mesmas decisões a casos iguais (BARBOZA, 2011, p. 48).

Assim, tem-se que a tradição romano-germânica teve um longo desenvolvimento no decorrer do tempo, inclusive, com peculiaridades diversas do sistema da *common law*, destacando sua codificação pelo legislativo, que, ao limitar o Poder Judiciário, visou garantir a segurança jurídica.

4 INTERFACES DOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Após toda a evolução histórica do sistema e sua devida formação, a tradição de origem anglo-saxã começou a se expandir e, como resultado, passou a ser aplicada, mesmo que indiretamente, em locais que possuem sistemas jurídicos distintos, como, por exemplo, o Brasil (BARROSO; MELLO, 2016, p. 14).

Na verdade, tem-se que, enquanto vislumbra-se a tradição da *common law* cada vez mais atrelada ao direito legislado, os adeptos à *civil law*, com intuito de garantir a segurança jurídica e outros princípios constitucionais, vem adotando a ideia da aplicabilidade de precedentes e jurisprudência, o que evidentemente confere uma ideia de ligação entres as “duas famílias” tradicionais do sistema processual do Ocidente (NUNES, 2016, p. 8).

Ambos os sistemas, em que pese com desenvolvimento histórico e objetivos distintos, vêm se aproximando, sendo tal interface oriunda da necessidade de aperfeiçoar os ordenamentos para assegurar a tutela jurisdicional face a inequívoca globalização judicial.

4.1 A GLOBALIZAÇÃO JUDICIAL

A globalização judicial decorre da troca de informações entre diversas culturas, o que, claramente, não pode ser evitado face a simplicidade ao acesso à comunicação, proporcionando conhecimento acerca de outros costumes e aplicabilidades jurídicas (GALIO, 2016, p. 91).

Salienta-se que esse “poder tecnológico”, cujo é visualizado na contemporaneidade, acarreta uma fácil disseminação de informação, inexistindo um limite de alcance. Inclusive, visualiza-se essa falta de restrição ao acesso à

informação pelas inúmeras redes sociais existentes, que, inquestionavelmente, “passam a ser o meio por excelência pelo qual os cidadãos exprimem seus posicionamentos acerca de sua esfera privada e também, porque não dizer, daquilo que pensa em relação à esfera pública” (SANTOS; SILVA, 2016. p. 6).

Para Lilian Barros de Oliveira Almeida, a globalização abrange, além do direito, outras ciências sociais, como a Ciência Política, a Filosofia e a Sociologia, veja-se:

A globalização pode ser caracterizada como um processo de expansão e intensificação das relações econômicas, sociais, culturais e jurídicas para além das fronteiras do Estado, de caráter dinâmico, policêntrico e multifacetado sob diversas dimensões, dentre as quais se destacam as dimensões política, econômica e tecnológica (ALMEIDA, 2018, p. 237).

A extensão dessa comunicação entre juristas e a conseqüente visualização de outros modelos jurídicos proporciona uma busca de soluções para satisfazer as pretensões sociais e as dificuldades vivenciadas pelos ordenamentos jurídicos do mundo (PEIXOTO, 2015, p. 97).

Inclusive, de acordo com alguns juristas, a globalização judicial é a razão central da aproximação entre as denominadas famílias jurídicas ocidentais, cita-se abaixo tais considerações:

A globalização é apontada como a principal causa da aproximação entre *common law* e *civil law*. A crescente aproximação das tradições jurídicas tende à formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social resultante do processo de globalização (GALIO, 2016, p. 92).

Corroborando com o tema, Ravi de Medeiros Peixoto assevera que:

Uma situação que tem sido destacada pela doutrina, no meio dessas transformações do fenômeno jurídico, é a aproximação das famílias jurídicas ocidentais. Se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não o é mais. Essas duas famílias passam a trocar soluções jurídicas (PEIXOTO, 2015, p. 98).

Assim, vislumbra-se que a globalização judicial foi um dos fatores inerentes à aproximação entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica, mormente em decorrência da viabilidade de juristas absorverem experiências e, até mesmo, utilizar, com a devida adaptação, outros modelos jurídicos, com o intuito de obter a devida segurança jurídica.

4.2 A APLICAÇÃO CONCOMITANTE DO SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em consonância com o que foi suscitado alhures, o ordenamento jurídico brasileiro sempre teve como assento à escola da *civil law*, assim como os países de origem romano-germânica, que compreendem a lei como sua fonte primária do ordenamento (DONIZETTI, 2015, p. 3).

O artigo 5º, inciso II, da Carta Magna de 1988, ratifica a adoção do mencionado sistema, reconhecendo o princípio da legalidade como fundamental ao entabular que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não esteja devidamente positivado, o que enseja uma proteção ao indivíduo em face do Estado, uma vez que legitima somente as imposições que respeitam as leis previamente estabelecidas (DONIZETTI, 2015, p. 3).

Contudo, diante dos inúmeros fatores relevantes ocorridos nos últimos tempos, como as reformas processuais e a globalização judicial (outrora mencionada), torna-se visível a valorização do precedente e da jurisprudência, bem como a aproximação do sistema jurídico brasileiro com o sistema da *common law* (BRUM, 2016, p. 31).

Levando em consideração que os termos como súmula, precedente e jurisprudência serão recorrentemente utilizados, é necessário e oportuno explicar qual a distinção desses, mormente para uma melhor compreensão das considerações discorridas no decorrer do artigo.

O precedente é considerado como uma decisão tomada num caso concreto, sendo passível de aplicação como paradigma em casos análogos, que guardem similitude fática e jurídica, observando, obviamente, a razão de decidir; O termo jurisprudência, por sua vez, é considerado como a reiteração de precedentes, ou seja, é o conjunto de decisões que seguem a mesma linha de raciocínio sobre determinada matéria. Por fim, a súmula é considerada a materialização da jurisprudência, sendo consolidada quando o Tribunal reconhece a formação de um entendimento majoritário sobre um assunto específico, formalizando esse entendimento (SILVA, 2017, p. 1).

Gustavo Henrique Schneider Nunes ratifica tais conceitos:

A súmula é um texto conciso resultante de um conjunto de outros textos, com a finalidade de solucionar os casos futuros semelhantes. Trata-se do enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente (NUNES, 2016, p. 9).

Esclarecendo tais termos, Elpídio Donizetti disciplina sobre o início da influência do sistema anglo-saxão no ordenamento jurídico pátrio:

[...] Além da legislação apontada, a Emenda Constitucional nº. 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

[...]

O marco mais reconhecido para o estudo dos precedentes judiciais é, no entanto, a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º, da Constituição). A repercussão geral, matéria também tratada no Código de Processo Civil, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, §3º, CPC). Por aí se nota a força dos precedentes formados no âmbito do STF (DONIZETTI, 2015, p. 15 e 16).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante, sendo esta uma medida tomada em busca da sonhada previsibilidade e segurança jurídica. Inclusive, para a doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier, "A súmula vinculante foi um modo encontrado pelo legislador constituinte brasileiro para tornar obrigatório o respeito a uma série de precedentes do STF, cujo sentido essencial seja o mesmo" (WAMBIER, 2011, p. 4).

Além da mencionada Emenda Constitucional, tem-se que o Código de Processo Civil de 1973 (revogado), especialmente nos artigos 476 a 479, já disciplinava sobre o incidente de uniformização de jurisprudência, bem como sobre a existência do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 543-B e 543-C).

Para Gustavo Henrique Schneider Nunes, todavia, foi com o novo Código de Processo Civil que "o direito brasileiro adotou um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que, ao lado da lei, são considerados fonte primária do ordenamento jurídico" (NUNES, 2016, p. 7).

Nessa linha de raciocínio, o artigo 926, do Código de Processo Civil de 2015, traz em sua redação o dever dos tribunais em uniformizar sua jurisprudência, devendo mantê-la “estável, íntegra e coerente”.

O artigo 927, do diploma legal citado acima, por sua vez, apresenta o rol de decisões de caráter vinculante, veja-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Visualiza-se a existência de outros exemplos que demonstram a intenção do ordenamento jurídico brasileiro em uniformizar as decisões proferidas, por exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no artigo 976, do Código de Processo Civil de 2015; o pedido de uniformização de interpretação de lei federal elencado no artigo 14, da Lei 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal etc.

Do mesmo modo, é pertinente destacar a existência de uma peculiaridade no sistema jurídico brasileiro, inclusive diverso daquele visto na França, sendo essa especificidade o controle de constitucionalidade, cujo pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Acentua-se, ainda, que no Brasil é atribuída à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau de jurisdição, a prerrogativa de não aplicar uma lei, quando esta, no caso concreto, está em desacordo com a Constituição Federal (GALIO, 2014, p. 6).

Além dessa distinção, salienta-se que o ordenamento jurídico brasileiro busca, com respaldo na Carta Magna de 1988, assegurar simultaneamente a igualdade formal e material, sendo que, em regra, os ordenamentos adotam somente uma das modalidades de igualdade (SILVA, 2017, p.1).

Logo, tem-se que a *common law*, mesmo de forma moderada, está sendo adotada e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à utilização de precedentes, jurisprudência e súmula, sendo crível que a finalidade é buscar meios que possam garantir ao jurisdicionado a devida celeridade, segurança jurídica, eficiência e igualdade, visto a complexidade jurídica presenciada em

decorrência da globalização judicial, alta demanda de litígios e outros fatores já demonstrados.

5 CATEGORIAS ELEMENTARES PARA OPERAÇÃO COM PRECEDENTE

É inegável a massificação do acesso à justiça e, por conseguinte, a necessidade dos juízes e tribunais serem céleres e eficazes para assegurarem a prestação jurisdicional, bem como a duração razoável do processo, cuja está prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, e nos artigos 4º e 139, inciso II, do Código de Processo Civil.

Diante dessa imposição, os juízes de todos os graus de jurisdição foram “obrigados” a se reinventar, otimizando tempo, forma de julgamento e recursos disponíveis para a entrega jurisdicional. A ideia é justamente evitar o retrabalho, reutilizando fundamentações e teses outrora utilizadas em casos análogos, onde entra a figura dos precedentes e a consequente indispensabilidade do domínio dos conceitos, técnicas de decisão e categorias elementares para sua execução (BARROSO; MELLO, 2016, p. 12).

Portanto, demonstrar-se-á abaixo quais são esses institutos específicos indispensáveis para operação com precedentes, bem como as dificuldades encontradas pelos operadores de direito do Brasil.

5.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES E SEUS INSTITUTOS ESPECÍFICOS

O ordenamento jurídico brasileiro vem gradativamente utilizando mecanismos que ratificam a influência da *common law* neste País. Inclusive, a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil evidencia a construção de uma sistemática de precedentes obrigatórios, cuja é denominada na *common law* como *stare decisis* (PEIXOTO, 2015, p. 116).

Ana Carolina de Sá Dantas disciplina que a teoria do precedente, que atualmente é visualizada no sistema jurídico brasileiro, é um instituto que “vincula as decisões proferidas nos tribunais das instâncias superiores pelos inferiores nos casos futuros que a mesma matéria for analisada.” A mesma ainda faz uma ressalva, destacando que as deliberações dos juízes de 1º grau de jurisdição não possuem poder vinculativo, sendo que somente aquelas decorrentes dos tribunais superiores

possuem a capacidade de vincular as cortes inferiores e a própria corte que profere a decisão (DANTAS, 2011, p. 50).

Os denominados precedentes obrigatórios são visualizados no Código de Processo Civil, principalmente nos artigos 926 e 927, conforme destacado anteriormente. Todavia, para que haja uma aplicabilidade correta de precedentes, é imprescindível que sejam observados alguns elementos inerentes à *stare decisis* da *common law*, conforme demonstrar-se-á abaixo.

O primeiro elemento para análise de um precedente é a *ratio decidendi* (*holding*). Esse instituto é definido no âmbito doutrinário como a tese essencial utilizada para a resolução do caso, bem como o fundamento deliberativo da decisão, cujo vinculará a decisão dos casos futuros:

A ratio decidendi (ou *holding*) constitui a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação da decisão judicial, que, essencialmente, mostra-se suficiente para resolver o caso concreto. É o fundamento determinante da decisão, a opção hermenêutica contida, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi (NUNES, 2016, p. 12).

Claudia Maria Barbosa e Gilberto Andreassa Junior também disciplinam sobre o tema:

De forma bastante superficial, podemos delimitar a *ratio decidendi* (*holding*) como os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão judicial. Ou seja, é a opção hermenêutica adotada pelo juiz, baseada em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos, sem a qual a decisão não teria sido proferida daquela determinada forma (BARBOSA; JUNIOR, 2017, p. 865).

Acentua-se, ainda, o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso e da Patrícia Perrone Campos:

A ratio decidendi ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros (BARROSO; MELLO, 2016, p.25).

Para Priscilla Silva de Jesus, a *ratio decidendi* exerce duas funções, sendo uma interna e a outra externa. A função externa é a mais relevante para o presente artigo, uma vez que a mesma refere-se à potencialidade da *holding* ter sua norma jurídica geral extraída do caso específico onde foi formulada para ser aplicada em outras situações concretas que possuem similitude. Acentua-se, ainda, que tal função

“é o elemento do precedente judicial que tem aptidão para ser universalizado, razão pela qual tem potencialidade” (JESUS, 2014, p. 5).

O fato do fundamento determinante da decisão não precisar ser indicado pelo julgador na decisão judicial acaba gerando uma dificuldade em localizá-lo, podendo proporcionar confusão face a existência de outro instituto, *obiter dictum*, cujo posteriormente será abordado (JESUS, 2014, p. 6).

Essa fundamentação jurídica da decisão, que pode, por exemplo, ensejar à uniformização da jurisprudência ou à edição de enunciado de súmula, não pode ter algumas características que são facilmente identificadas no Direito Legislativo, como termos em sentido vago. O Fredie Didier Jr. é categórico sobre a importância da *ratio decidendi* ser facilmente compreensível, uma vez que a imprecisão na proposição normativa é um contrassenso, visto que seu nascimento decorre justamente da imperiosidade de conferir aos termos abstratos do Direito Legislativo um posicionamento determinante a fim de conferir previsibilidade (DIDIER JR., 2008, p. 1).

No que tange à identificação da *holding*, Ravi Medeiros de Peixoto ensina que:

Caberá ao intérprete buscar, mediante análise apurada do precedente, os fatos, a fundamentação e a conclusão do magistrado para encontrar a *ratio decidendi* aplicável. *Uma definição que pode ser apresentada é que ela(s) será(ão) o resultado da interpretação da(s) solução(es) adotada(s) pelas decisões de casos análogos anteriores como um passo suficiente para alcançar a sua conclusão para o ponto ou questão em análise. Em outras palavras, a ratio decidendi será a norma jurídica extraída dos precedentes (textos)* (PEIXOTO, 2015, p. 119).

Toda essa prudência para a identificação da *ratio decidendi* decorre principalmente da existência do elemento *obiter dictum*, cujo pode levar à confusão na identificação desses mecanismos e, até mesmo, causar consequências jurídicas, uma vez que possuem eficácia distinta. Enquanto o primeiro (*ratio decidendi*) possui eficácia vinculante, o outro (*obiter dictum*) possui efeito meramente persuasivo, o que não necessariamente exclui sua importância na teoria normativa dos precedentes (PEIXOTO, 2015, p. 116).

O instituto *obiter dictum* é conceituado como um argumento jurídico de retórica, cujo é incapaz de exercer uma influência relevante para a decisão, sendo, inclusive, prescindível para o deslinde da controvérsia (NUNES, 2016, p. 12).

Cita-se alguns exemplos que ilustram a ideia desse elemento:

a) juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; b) impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; c) opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão (JESUS, 2014, 8).

A identificação do *dictum* é realizada de forma negativa, ou seja, tudo aquilo que não for *holding* é *obiter dictum*. No entanto, embora o mesmo tenha essa forma negativa, bem como tenha efeito meramente persuasivo, é possível destacar três papéis que tal elemento pode desempenhar num ordenamento jurídico em que se adotam precedentes, veja-se:

O primeiro é de auxílio, não essencial e prescindível, na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão. O segundo é de sinalização de futura orientação do Tribunal ou de diretriz para o julgamento de questões que venham a ser suscitadas no futuro. O terceiro é de instrumento que pode conduzir à superação de um precedente judicial (JESUS, 2014, p. 10).

Portanto, resta demonstrada a importância da distinção entre tais institutos, bem como suas respectivas contribuições à aplicabilidade de precedentes.

Noutro norte, no início deste tópico foi apontado sobre a adoção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, mormente com a vigência do novo Código de Processo Civil. Entretanto, é importante destacar que a existência da teoria do precedente não significa, necessariamente, o engessamento do direito. Há técnicas contundentes desenvolvidas com o objetivo de superar os precedentes, quando necessário (PEIXOTO, 2015, p. 136).

A primeira técnica é conhecida como *distinguishing*, sendo definida como “distinção entre casos”, ou seja, para a aplicação de um precedente no caso *sub judice*, é imprescindível analisar se há similitude fática e jurídica, porque acaso não haja semelhança, o precedente não incide e o magistrado deve indicar o motivo da distinção. Há quatro elementos substanciais que devem ser analisados e confrontados para avaliar se, de fato, há a similitude passível de aplicação de um precedente:

i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso (BARROSO; MELLO, 2016, p. 29 e 30).

O *distinguishing* é considerado uma espécie de exceção a *ratio decidendi* de um precedente. Assim, tem-se que ele é um dos meios passíveis de confrontar um precedente, quando este não possuir semelhança com o caso concreto (BARROSO; MELLO, 2016, p. 29 e 30).

A segunda técnica, por sua vez, é o *overruling*. Este instituto é utilizado para superar precedentes, ou seja, é um mecanismo que visa reconhecer a existência de fundamento jurídico para a “revogação” do precedente outrora estabelecido (JESUS, 2014, p. 13).

Em comparação com o *distinguishing*, visualiza-se, na prática, uma habitualidade inferior em sua aplicação, vez que a revogação de precedente não é algo rotineiro. Registre-se que essa ausência de aplicabilidade é justificada em decorrência da necessidade de manutenção da segurança jurídica (DANTAS, 2011, p. 57).

Acrescenta-se o entendimento de Gustavo Henrique Schneider Nunes:

Essa técnica de superação de um precedente (*overruling*) se dá pelo desgaste de sua dupla coerência (social e sistêmica) e pela não aplicação dos princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* (segurança jurídica e igualdade), de modo a não autorizar a sua replicabilidade (*replicability*) (NUNES, 2012, p. 13).

A intenção do legislador em tutelar a segurança jurídica é notadamente visível pelo artigo 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, na qual exige uma decisão devidamente fundamentada para que haja a superação do precedente, sendo considerada não fundamentada qualquer decisão judicial (interlocutória, sentença ou acórdão) que não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015).

Assim, tem-se que a teoria do precedente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mormente no que concerne os precedentes vinculativos, não é absoluta, podendo, indubitavelmente, haver a superação de precedentes pretéritos por não serem compatíveis com a evolução social, da tecnologia, dos costumes etc.

5.2 A DIFICULDADE E AS CONSEQUÊNCIAS ORIUNDAS DA FALTA DE DOMÍNIO TÉCNICO DOS OPERADORES DE DIREITO FORMADOS NA ESCOLA DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICO EM OPERAR COM PRECEDENTES

É incontroversa a adoção da teoria do precedente no ordenamento jurídico brasileiro, e, principalmente, a necessidade de domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias para que os operadores do direito possam aplicar corretamente a teoria, isso porque é de suma relevância a existência de mecanismos cujos não permitam que o Direito se torne estático e imutável, uma vez que o Poder Legislativo não consegue acompanhar a evolução das relações sociais e as novas ideias que vão surgindo constantemente, incumbindo ao Poder Judiciário preencher tais lacunas.

Nesse sentido, diante dos mecanismos mencionados, Peter Panutto disciplina sobre a necessidade de todos os envolvidos na atuação forense se adaptarem ao sistema de precedentes vinculantes, exigindo uma necessária “reciclagem profissional” para que possam atuar nessa nova concepção da decisão judicial, veja-se:

O sistema de precedentes judiciais vinculantes exigirá uma adaptação de todos os envolvidos na atuação forense, provocando uma necessária reciclagem profissional para poderem atuar nesta nova concepção da decisão judicial, a qual não ficará mais limitada ao caso concreto em que foi proferida, passando o Poder Judiciário a ter uma função prospectiva. Juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos e serventuários da justiça deverão reaprender a atuar no meio jurídico para compreenderem os conceitos básicos do sistema do *common law*, pois passará a ser comum o uso dos termos *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *overruling*, *distinguishing*, entre outros (PANUTTO, 2016, p.1).

Seguindo nessa linha de raciocínio, salienta-se que “a atividade forense não mais admitirá a simples citação desconexa de súmulas, julgados, ementas e jurisprudência, sem que se demonstre a correção da razão de decidir do precedente com o caso paradigma” (PANUTTO, 2016, p.2).

Renato Lopes Becho ratifica tal necessidade, sendo conclusivo sobre o desafio imposto aos juízes e demais operadores de direito para mudarem suas culturas jurídicas, mormente em decorrência das consideráveis alterações originadas do novo Código de Processo Civil (BECHO, 2017, p. 527).

Embora os referidos juristas façam menção a necessidade dessa “revolução” na atividade forense, vislumbra-se, até então, o mesmo *modus operandi* dos operadores do direito, ou seja, juízes, advogados, promotores, defensores públicos etc, invocando precedentes, súmulas e decisões reiteradas consolidadas

(Jurisprudência) como fundamentação para casos que não possuem nenhuma similitude fática e jurídica.

Inclusive, salienta-se que os juízes e demais operadores de direito formados na tradição romano-germânica, em regra, não possuem familiaridade com os elementos explanados:

É nesse ambiente que o papel da jurisprudência e o uso pragmático de precedentes se tornam indispensáveis para a entrega de uma prestação jurisdicional que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo. Trabalhar com precedentes, todavia, exige o domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias que não fazem parte da rotina de juízes formados na tradição romano-germânica (BARROSO; MELLO, 2016, p. 12).

O Ministro Luís Roberto Barroso, juntamente a Patrícia Perrone Campos Mello, discorrem sobre as dificuldades a serem superadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal na operação com precedentes vinculantes (BARROSO; MELLO, 2016, p. 36).

Para demonstrar a dificuldade da Suprema Corte, o que por analogia pode-se aplicar para os demais tribunais e operadores de direito, os citados Autores utilizam os fatos ocorridos no Recurso Extraordinário 669.069 como exemplo do desafio imposto pelo Código de Processo Civil de 2015 às Cortes e aos demais operadores (BARROSO; MELLO, 2016, p. 36).

No mencionado caso, a União interpôs Recurso Extraordinário face um acórdão proferido pelo Tribunal que afirmou a prescrição de sua pretensão de ser ressarcida por prejuízos ocasionados por um particular em um acidente de trânsito. O fato ocorreu em 1997, sendo a lide proposta em 2008, transcorridos mais de onze anos do evento danoso. A União fundamentou, em sua defesa, que as ações de ressarcimento movidas pela Fazenda Pública eram imprescritíveis, mormente em decorrência do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal (BARROSO; MELLO, 2016, p. 36).

Nesse caso específico, a Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral, o que, por via de consequência, acarretou o sobrestamento de todos os processos que tratavam sobre a matéria (BARROSO; MELLO, 2016, p. 36).

O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, em seu voto, fundamentou que a imprescritibilidade de toda e qualquer pretensão de ressarcimento por danos ao erário público, com base no artigo supracitado, seria incompatível com o ordenamento

constitucional (BARROSO; MELLO, 2016, p. 37). No entanto, defendeu que a ressalva contida no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, deveria ser analisada conjuntamente com o § 4º do mesmo artigo 37, cujo previa que:

[...] os atos de improbidade administrativa importariam na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, e sem prejuízo da ação penal cabível (BARROSO; MELLO, 2016, p. 37).

Assim, de acordo com a interpretação do Ministro Teori Zavascki, seriam imprescritíveis unicamente as ações de reparação de danos gerados por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública. Seguindo essa linha de pensamento, entendeu que o caso sob julgamento deveria ser julgado desfavoravelmente à Recorrente (União), uma vez que não se tratava de ato de improbidade administrativa ou de crime contra a administração, não havendo de se falar, portanto, em imprescritibilidade (BARROSO; MELLO, 2016, p. 37).

É pertinente destacar que o Ministro Teoria Zavascki utilizou como argumento retórico uma outra situação diversa do caso concreto, qual seja, a imprescritibilidade para as ações de reparação de danos decorrentes por ato de improbidade administrativa ou por crime contra a administração pública. Repise-se que a ação se referia unicamente sobre a existência de prescrição para ressarcimento de danos ao erário decorrente de colisão de veículos.

Salienta-se, inclusive, que a matéria levantada pelo Ministro Teoria Zavascki sobre a imprescritibilidade das ações pertinentes a danos oriundos de improbidade contra a administração era controvertida na Corte, sendo decidida por ele sem a existência de um contraditório (BARROSO; MELLO, 2016, p. 38).

Verifica-se que a fundamentação utilizada pelo Ministro Teori Zavascki, na verdade, era desnecessária para o deslinde processual, caracterizando um mero *obiter dictum*, não podendo compor a tese jurídica utilizada pela Corte para formar a decisão (BARROSO; MELLO, 2016, p. 39).

O Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, insurgiu-se contra o Ministro relator no que tange à questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, visto que não foi objeto de um contraditório, o que viola o devido processo legal (BARROSO; MELLO, 2016, p. 40).

Após um extenso debate na Corte, o colendo Tribunal entendeu plausível a não inclusão do entendimento sobre a (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por atos de improbidade administrativa na tese firmada em repercussão geral, cuja, ressalta-se, não guardava similitude com o caso *sub judice* (BARROSO; MELLO, 2016, p. 40).

Deveras, a falta de técnica do Ministro Teoria Zavascki em operar precedente acarretou consequências irreversíveis, principalmente para terceiros que não possuíam nenhuma relação com o caso concreto (BARROSO; MELLO, 2016, p. 40 e 41).

O fato de ter delimitado preliminarmente a questão jurídica a ser decidida em repercussão geral de forma tão abrangente, ensejou o sobrestamento de um rol amplíssimo de casos em segundo grau de jurisdição que aguardou, por anos a fio, o julgamento da Corte, veja-se:

Todavia, esta, até por ter reconhecido, posteriormente, a amplitude excessiva conferida à questão, não a decidiu em toda a sua extensão. Muito provavelmente, entre os casos sobrestados existiam aqueles que versavam sobre ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade ou de crime contra a administração, nos quais se perderam anos à espera de um pronunciamento do STF que não veio - um mau resultado em termos de razoável duração do processo (BARROSO; MELLO, 2016, p. 40 e 41).

Esse ocorrido no Recurso Extraordinário 669.069 demonstra de forma inequívoca a ideia da necessidade dos operadores de direito terem conhecimento sobre as técnicas para operar com precedente. Veja-se que um ministro da própria Suprema Corte, guardiã da Constituição Federal, cometeu um erro ao ampliar a questão jurídica a ser debatida, o que, atualmente, é visualizado com certa frequência.

Portanto, com base nos doutrinadores suscitados, bem como no exemplo acima ilustrado, evidencia-se a falta de domínio de conceitos, técnicas de decisão e categorias necessárias dos operadores do direito de tradição da escola da *civil law*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interface entre os sistemas da *civil law* e da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro é uma realidade indubitável. Restou evidente que com a evolução histórica e, principalmente, com a facilitação ao acesso à informação e à globalização

judicial, ambos os sistemas foram se aproximando com o objetivo de assegurar aos litigantes a devida proteção jurisdicional.

No Brasil, especificadamente, diante da massificação do acesso à justiça, o Poder Legislativo, desde a Constituição Federal de 1988, vem adotando um modelo normativo de precedentes vinculantes, cujo passou a ter maior notoriedade com o novo Código de Processo Civil de 2015.

Este artigo demonstrou que o intuito do legislador brasileiro em aplicar o sistema da *common law*, mesmo que de forma moderada, é positivo, uma vez que a finalidade é justamente garantir aos jurisdicionados a devida celeridade, segurança jurídica, eficiência, isonomia, previsibilidade, dentre outras garantias fundamentais elencadas na própria Carta Magna de 1988, que dificilmente são visualizadas em decorrência da exacerbada litigância.

Embora o objetivo do legislador seja plausível, para que a *common law* funcione no judiciário brasileiro, é imprescindível que os operadores de direito tenham domínio dos conceitos, das técnicas de decisão e das categorias inerentes ao sistema de precedentes, como, por exemplo, a *ratio decidendi* ou *holding*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

Inclusive, esse domínio se torna ainda mais importante quando visualiza-se que as técnicas de confronto e superação de precedentes torna a teoria do precedente adotada no Brasil não absoluta, podendo ocorrer a superação de precedentes pretéritos por serem incompatíveis com a evolução social, da tecnologia, dos costumes etc.

Este artigo também comprovou a existência de obstáculos que dificultam a aplicação correta desse sistema, sendo a dificuldade e a falta de domínio técnico dos juízes e operadores de direito formados na escola de tradição romano-germânico em operar com precedentes.

A pesquisa, respaldada por considerações feitas por doutrinadores e juristas, e, principalmente, por um julgamento da mais alta Corte do País (Supremo Tribunal Federal), demonstrou a essencialidade de todos os envolvidos na atuação forense se adaptarem ao novo sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, conclui-se, destacando que a aplicabilidade do sistema *common law* no judiciário brasileiro é de suma relevância para que o Estado possa conferir ao jurisdicionado a devida tutela jurisdicional, sendo esse um meio plausível e com potencial para obter tal objetivo. No entanto, é imprescindível que os operadores de

direito passem a ter o domínio das técnicas inerentes ao sistema, uma vez que a aplicabilidade equivocada, na prática, pode acarretar consequências contrárias do que aguardado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O SISTEMA JURÍDICO NOS ESTADOS UNIDOS – COMMON LAW E CARREIRAS JURÍDICAS (JUDGES, PROSECUTORS LAWYERS): O QUE PODERIA SER ÚTIL PARA A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO?** Revista de Processo - REPRO VOL. 251. 2016.

Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em: 15 maio 2020.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro.** Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 237-261, jul./set. 2018. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p237.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

BARBOSA, Claudia Maria; JUNIOR, Gilberto Andreassa. **TEORIA DOS PRECEDENTES E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA DELIBERATIVO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.** Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **AS ORIGENS HISTÓRICAS DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW.** *Quaestio Iuris*. vol. 11, nº 03, Rio de Janeiro, 2018.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>.

Acesso em: 13 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro.** Revista da AGU, v.15, n.3, 2016. Disponível em:

<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BECHO, Renato Lopes. **A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO CAMINHO PARA REDUÇÃO DOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS.** Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFMG_71.18.pdf.

Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

BRUM, André Luiz de Oliveira. **Anais do Fórum Amazônico de Direito Processual**. 1.ed. - Ananindeua: Itacaiúnas, 2016. Disponível em: https://editoraitacaiunas.com.br/wp-content/uploads/2016/ebook/Anais_forum_amazonico_direito_processual.pdf?. Acesso em: 10 jun. 2020.

DANTAS, Ana Carolina de Sá. **Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: *Fundamentals of US Law Course***: Brasília: EAGU, 2011, v. 1. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/1o_curso_de_introducao_ao_direito_ameriano_agu.pdf. Acesso em: 10 Jun. 2020.

DAVID, René. **OS GRANDES SISTEMAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO**. Lisboa: Meridiano, 1978.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial 49**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes do novo código de processo civil**. [S.l.]. [S.n], 2015. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forcados-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 13 maio 2020.

FREITAS, Marina Carvalho; NUNES, Dierle. **O STJ e a necessidade de meios para superação dos precedentes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/opinioao-stj-meios-superacao-precedentes>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GALIO, Morgana Henicka. **HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em: 11 maio 2020.

GALIO, Morgana Henicka. **OVERRULING: A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE**. Florianópolis, 2016. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/167893/340339.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; Martins, Marcelo Guerra. **INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NA IMPLANTAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO BRASIL NA ERA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**. Revista do Curso de Direito. São Paulo, v.13, n. 3, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31054/pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. **Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: *Fundamentals of US Law Course***: Brasília: EAGU, 2011, v. 1.

https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/1o_curso_de_introducao_ao_direito_ameriano_agu.pdf. Acesso em: 10 Jun. 2020.

JESUS, Priscilla Silva de. **TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em:

<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LEAL, Diego de Lima. **A common law dos eua e sua teoria fundamental: a doctrine of stare decisis**. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-common-law-dos-eua-e-sua-teoria-fundamental-a-doctrine-of-stare-decisis/>. Acesso em: 02 jul. 2020.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil**. Revista dos Tribunais, RT vol. 970, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.970.05.PDF. Acesso em: 13 jun. 2020.

PANUTTO, Peter. **Aspectos de common law estabelecidos no CPC exigem preparação dos profissionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-17/peter-panutto-aspectos-common-law-cpc-exigem-preparacao>. Acesso em: 18 jun. 2020.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **A MODULAÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL NA REVOGAÇÃO DE PRECEDENTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA**. Recife, 2015. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/17050/1/Ravi%20Peixoto%20-%20A%20MODULA%C3%87%C3%83O%20DA%20EFIC%C3%81CIA%20TEMPORAL%20NA%20REVOGA%C3%87%C3%83O%20DE%20PRECEDENTES.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

SANTIAGO, Emerson. **Common Law**. Infoescola. [S.l.]. 2006-2020. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/common-law/>. Acesso em: 14 maio 2020.

SANTOS, Ruth Maria Pereira dos; SILVA, Matheus Passos. **O papel do direito na solução das demandas contemporâneas**. Brasília: Vestnik, 2016. Disponível em: <https://profmatheus.com/wp-content/uploads/2017/05/papel-direito.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SIDOU, José Maria Othon. **O SISTEMA DE 'COMMON LAW'**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20J.%20M.%20OTHON%20SIDOU%20-%20O%20Sistema%20de%20'Common%20Law'.pdf>; Acesso em: 10 maio 2020.

SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa e. **Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48550/igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia>. Acesso em: 01 jul. 2020.

SILVIA, Elaine Nogueira da. **Você sabe a diferença entre precedente, jurisprudência e súmula?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55817/voce-sabe-a-diferenca-entre-precedente-jurisprudencia-e-sumula>. Acesso em: 22 jun. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: figura do *common law*?** Revista de doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 44, out/2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao044/teresa_wambier.html. Acesso em: 14 maio 2020.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por sempre estar ao meu lado, concedendo-me saúde, proteção, amor e força para trilhar esta trajetória árdua, mas, indubitavelmente, significativa.

Outrossim, não posso esquecer de mencionar minha família, que é o pilar de toda a minha estrutura, sendo impossível tal conquista sem suas respectivas contribuições, razão pela qual deixo meus sinceros agradecimentos aos meus pais, minhas irmãs, minha sobrinha e meu cunhado.

Deixo meus agradecimentos também para toda a equipe do escritório de advocacia Deusdério Tórmina & Associados, onde tenho o privilégio de aprender e contribuir no meio jurídico, preparando-me para o penoso mercado de trabalho que me aguarda.

Em especial, agradeço à minha orientadora, professora Mestra Thays Cristina Carvalho Canezin, bem como à professora Ana Cleusa Delben, que contribuíram de maneira ímpar para a elaboração deste artigo. Cito ambas, no mesmo parágrafo, justamente porque desempenharam com tamanha presteza suas respectivas obrigações, que merecem saber a gratidão e o respeito que sinto e, mormente, para saberem que vocês cooperaram (e muito) para a existência de uma docência melhor.

Por fim, mas não menos importante, deixo meus agradecimentos aos meus amigos, tanto da faculdade como àqueles que levo por toda minha vida, destacando o companheirismo, a lealdade, o amor, o carinho e, principalmente, os conselhos, que contribuíram imensuravelmente na minha evolução pessoal.