

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
EMILIANO DA SILVA RAMOS

**AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA *COMMON LAW* NO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO**

LAGES
2019

EMILIANO DA SILVA RAMOS

**AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA *COMMON LAW* NO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

EMILIANO DA SILVA RAMOS

**AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA *COMMON LAW* NO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Lages, SC ____ / ____ /2019. Nota _____

Prof. Me. Caroline Ribeiro Bianchini

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

AS INFLUÊNCIAS DO SISTEMA *COMMON LAW* NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Emiliano da Silva Ramos¹
Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as influências do Sistema jurídico *common law* no ordenamento jurídico pátrio, passando por sua origem histórica juntamente com a tradição *civil law*, esta qual o Brasil é adotante. Por meio de pesquisa bibliográfica, busca-se verificar qual o objetivo do legislador ao trazer, dentro do novo Código de Processo Civil, especificações no que tange a utilização da jurisprudência uniforme e os precedentes como fonte primária de Direito, especificamente, no intuito de dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, juntamente com o escopo educacional das referidas alterações legislativas para que se evitem a judicialização das coisas. Observa-se que a previsão em lei acerca da utilização de precedentes como fonte direta do Direito, difere daquela contida nas normas do direito costumeiro. O legislador preservou as fontes histórico-empíricas do sistema jurídico que o Brasil adota, expressando, em lei, que o precedente, ainda que diferente do adotado no *common law*, deve ser utilizado na fundamentação da decisão bem como, obrigatoriamente acompanhado quando sedimentado pelos tribunais superiores. Outrossim, diante das percepções advindas da pesquisa, conclui-se que é necessário uma mudança na postura dos magistrados e da comunidade jurídica em geral, para uma maior efetividade daquilo previsto no texto de lei, para que se alcance a almejada segurança jurídica.

Palavras – chave: Jurisprudência. Precedentes. *Common law*. *Civil law*. Obrigatoriedade.

¹Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

THE INFLUENCES OF THE COMMON LAW SYSTEM IN BRAZILIAN PROCESS LAW

Emiliano da Silva Ramos³
Caroline Ribeiro Bianchini⁴

ABSTRACT

The present work deals with the influences of the common law legal system in the legal order of the country, passing through its historical origin along with the civil law tradition, which Brazil adopts. Through a bibliographical research, it is sought to verify the purpose of the legislator by bringing, within the new Code of Civil Procedure, specifications regarding the use of uniform jurisprudence and precedents as a primary source of law, specifically, in order to give celerity and effectiveness to the jurisdictional provision, together with the educational scope of said legislative changes so that the judicialization of things is avoided. It is observed that the prediction in Law about the use of precedents as a direct source of Law, differs from that contained in norms of customary law. The legislator preserved the historical-empirical sources of the legal system that Brazil adopts, expressing in Law that the precedent, albeit different from that adopted in the common law, must be adopted in the grounds of the decision as well as obligatorily accompanied when settled by the higher courts. Moreover, in the face of the perceptions arising from the research, it is concluded that a change in the position of the magistrates and of the legal community in general is necessary, in order to achieve greater effectiveness of what is provided for in the text of the Law, in order to achieve the desired legal certainty.

Key word: Jurisprudence. Precedents. Common law. Civil law. Obligatoriness.

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Law School professor, University Center UNIFACVEST.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 01 de julho de 2019

EMILIANO DA SILVA RAMOS

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DA GÊNESE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	10
2.1 As origens do direito processual	10
2.1.1 Período primitivo	11
2.1.2 Período formulário	11
2.1.3 Fase da cognitio extraordinária.....	12
2.2 o surgimento do processo comum.....	12
2.3 O processo civil moderno (fase científica)	13
2.3.1 O processo civil brasileiro	13
2.3.2 Regulamento nº. 737	14
2.3.3 O código de processo civil de 1939	15
2.3.4 O Código de 1973	15
2.3.5 O Código Atual.....	17
3 OS SISTEMAS JURIDICOS COMMON LAW E CIVIL LAW E SUAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS	19
3.1 O sistema civil <i>law</i>	19
3.2 O sistema common <i>law</i>	22
3.3 Principais diferenças entre ambos os sistemas.....	23
4 AS INTRODUÇÕES LEGISLATIVAS COM O OBJETIVO DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES	26
4.1 Precedentes e Jurisprudência	26
4.1.1 Conceito de jurisprudência	26
4.1.2 Conceito de precedentes	27
4.1.3 Diferenças entre ambos os sistemas.....	28
4.2 As introduções legislativas do Novo Código de Processo Civil e os precedentes.....	28
4.3 E feito vinculante dos precedentes e exceções a sua aplicação	30
4.4 Da modulação, efeitos dos precedentes e alterações da jurisprudência (<i>overruling</i>)	32
4.4.1 Prospective overruling	32
4.4.2 Anticipatory overruling.....	33

5 CONCLUSÃO.....34

REFERÊNCIAS.....36

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como objetivo institucional preencher requisitos para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest. Adota-se como tema a possível entrada do sistema *common law* e alguns de seus institutos no ordenamento jurídico brasileiro.

A importância do tema decorre da necessidade de se evitar que os juízes “criassem” direitos, e acabassem, por fim, interferindo diretamente no poder legislativo e ferindo o princípio da legalidade, assim sendo é que este incluiu os dispositivos legais que preveem os precedentes jurisprudenciais como fonte primária e direta dos casos a serem julgados.

Destaca-se que os institutos da precedência (uniformização) e o *stare decisis* são elementos objetivos do sistema jurídico *commom law*, ocorrência esta que originou o presente estudo, surgindo então os questionamentos essenciais à presente monografia.

O problema central da presente pesquisa surgiu ao se perceber que, há um certo tempo, vêm os juízes adotando meios de julgamento que não os expressamente previstos em Lei (direito positivado, *civil law*), mas com base objetiva na jurisprudência pátria, aí então, questiona-se: pode ou não o juiz limitar-se a uma fonte que não a prevista em lei para fundamentar os seus julgados? Essa questão incorre ou não em influência da *commom law* no ordenamento jurídico brasileiro? As questões em comento, nos remetem diretamente a lei de introdução as normas do direito brasileiro, que admite a jurisprudência como fonte do direito, dentre outras previsões.

Adota-se como escopo analisar se na nova atualização legislativa do código de processo civil, ao ordenamento jurídico brasileiro restou incorporado, ainda que de forma sucinta, à *commom law*, qual o objetivo do legislador ao normatizar a uniformização da jurisprudência pátria prevista no art. 926 do referido diploma legal, com a adoção do instituto da precedência, tendo como objetivos específicos, verificar a evolução do direito processual brasileiro, e até o momento da adoção de influxos do referido sistema jurídico.

Através de pesquisa bibliográfica pretende-se encontrar a resposta que identifique a semelhança entre os sistemas jurídicos *civil law* e *commom law* no direito brasileiro.

No primeiro capítulo traçar-se-á um perfil histórico e evolutivo do direito processual civil no mundo e no Brasil em comparação com a origem histórica na aplicação do direito material.

No segundo capítulo buscar-se-á conceituar e identificar as diferenças entre os dois sistemas jurídicos objeto indireto desse trabalho.

No terceiro capítulo falar-se-á efetivamente das introduções legislativas no novo Código de Processo Civil, a sua influência real no ordenamento jurídico brasileiro, e a efetividade das referidas inclusões legislativas.

2 DA GÊNESE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Ao se falar em início da aplicação do direito material na história do Brasil e no mundo, fala-se dos meios que os julgadores, ou aqueles responsáveis pela aplicação da lei, se utilizavam para dar ordem ao processo ou procedimento, meios que ao longo dos tempos foram se aperfeiçoando em razão da constante evolução da vida em sociedade.

2.1 As origens do direito processual

Desde quando na antiguidade se percebeu que a necessidade de se regulamentar a conduta social humana, e efetivamente criar normas que objetivassem evitar a justiça pelas próprias mãos e que esta era essencial para a manutenção da paz social e do convívio harmonioso entre os habitantes das urbes, as autoridades criaram normas e meios de aplicação destas edições legislativas por quem competente.

De acordo com Assis (2014, p.550) “A ordem jurídica originada na antiguidade era extensiva à vida em sociedade, justamente para que se evitasse a autotutela e assim se constituísse forma inadequada e imprópria de encerrar eventuais conflitos.”

Observa-se em linhas gerais, que cumpre o direito com o dever de ordenar a vida em sociedade, e é, justamente a criação e aplicação do direito, que determina os meios de coerção à sociedade para o bom convívio entre si.

Segundo Theodoro Junior (2012, p.08):

As primeiras normas referiam-se apenas à aplicação de sanções penais e composição de litígios, na figura do árbitro ou juiz. Dessa forma, o efeito inicial então, era o surgimento das figuras do jurisdicionado e do Juiz, pessoa incumbida de aplicar as normas estatais e com poderes reais para tanto, em especial julgar e executar eventuais penas.

Verifica-se que foi a partir do mundo clássico, mais precisamente greco-romano, que o direito processual civil ganhou contornos científicos em sua aplicação, restando afastado de sua forma preceitos religiosos ou supersticiosos.

Da fase grega, a principal contribuição foi a introdução da oratória como forma de persuasão e defesa dos cidadãos que estavam na presença de juízes, tendo Aristóteles com a sua retórica, introduzido o princípio da oralidade, que promovia a utilização de meios de provas lógicos, em especial o testemunhal, como meio de convencimento, afastando a religião da análise causal, tornando assim o processo eminentemente vinculado a verdade dita pelas testemunhas e dos documentos apresentados, o que nos apresentou a fase instrutória. Mittermaier *apud* Humberto Theodoro Jr (2014, p.09), “lembra que a prova testemunhal grega

superou, em muito, o que vigorou na Europa, durante a idade média e até pelo menos meados do sec. XVI.”

Ante as diferenças temporais no ápice de sua existência, o direito processual civil romano foi diretamente influenciado pelo grego, em especial no que tange a livre apreciação das provas, apresentando o juiz como figura arbitral, cujo livre convencimento pessoal o permitia ignorar a Lei quando esta fosse omissa. Entretanto, ante a essa liberalidade jurisdicional e os perigos que está apresentava ao analisar o caso, foi que se decidiu que a função do juiz era exclusivamente estatal, surgindo assim, o princípio da impessoalidade e tratando do processo como instrumento direto de paz indispensável à sociedade.

A evolução do direito processual romano, Sergio Bermudes *apud* Humberto Theodoro Jr, deu-se em três fases distintas.

2.1.1 Período primitivo:

Trata-se do período inicial da existência da cidade de Roma, e ocorreu desde a sua fundação até o ano de 149 a.c., e denominou-se como *legis actiones*.

Nesse período, as leis eram somente cinco, e as partes somente as manipulavam dentro da excessiva solenidade apresentada, já que o processo era praticamente um ritual, com gestos e palavras indispensáveis. Um simples equívoco procedimental era causa final da demanda sem a sua análise meritória, o que nos apresenta o princípio das condições da ação.

As partes postulavam pessoalmente, primeiro na presença do juiz, cuja função era fixar o objeto da lide e dizia a qual lei cabia o caso apresentado, e após, na presença de membros da sociedade, cidadãos comuns, que eram responsáveis pela prolação da sentença.

2.1.2 Período formulário:

O avanço territorial do império romano ensejou o surgimento de novas soluções aos acanhados limites da lei vigentes à época.

Dentre eles, surgiu como fonte primária do direito o livre juízo do magistrado, ouvindo o autor e réu, e após, encaminhando “formulas” escritas ao autor para posterior julgamento do arbitro.

Theodoro Jr (2012, p.09): “[...] O procedimento, em linhas gerais, era o mesmo da fase *legis actiones*: o magistrado examinava a pretensão do autor e ouvia o réu. Quando concedia a ação, entregava ao autor uma formula escrita, encaminhando-o ao arbitro para julgamento [...]”.

Na fase de sentença, proferida por árbitros privados, sua observância era imposta pelo estado.

O que se depreende dessas fases iniciais, é o surgimento de figuras importantes ao exercício do poder de coerção do estado, dentre eles, o magistrado a quem incumbia o cumprimento da sentença e análise inicial dos termos da ação, e árbitro, responsável direto pelo julgamento do que lhe era alegado.

2.1.3 Fase da *cognitio extraordinária*:

Nesta fase, que vigorou precisamente do ano 200 ao 565 da nossa era, é que surgiram efetivamente os elementos germinativos do processo civil moderno.

A função jurisdicional saía das mãos dos árbitros privados e passava a um funcionário do estado.

O procedimento assumiu forma escrita, compreendendo o petitório do autor, a defesa do réu, e demais escritas ou documentos que formassem os autos daquele.

Surgia também a figura da citação por intermédio de um funcionário público, obviamente vinculado ao estado, e haviam também a possibilidade de recursos, ainda, e, novamente verifica-se a presença do estado no exercício de coação quando da execução das sentenças.

2.2 O surgimento do processo comum

Com a queda do império, o poder militar e político exercido pelos bárbaros ou germanos trouxe um forte retrocesso na marcha ascensional encetada pelos romanos, visto que, suas noções jurídicas eram rudimentares, não importando obviamente, aplicação de qualquer lei, já que, exerciam domínio amplo sobre o povo, e eram divididos em grupos étnicos.

Surgiu nessa etapa, uma exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar práticas condenáveis ao administrar a justiça. Foi nesse período que acreditavam que a divindade participava do julgamento, por meios de rituais.

O processo, se assim pode ser chamado, era viciado em formalidade, nenhuma liberalidade cabia ao juiz, ao passo que apenas verificação de provas é que fazia parte de alguns de seus deveres. Sobre o tema Theodoro Jr. (2012, p.10): “[...] houve uma enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotarem praticas absurdas na administração da justiça, como os juízes de Deus, os duelos judiciais e as ordálias [...]”

Importante destacar o exercício de outro processo civil na Europa, qual seja, o canônico, que ainda traçava paralelos com o direito processual romano.

Foi, entretanto, com o surgimento das universidades no sec. XI que o estudo do direito romano reiniciou e assim, da fusão das normas romanas, germânicas e canônicas que apareceu o processo comum, que vigorou por aproximadamente cinco séculos.

Sobre este, o procedimento era lento, escrito e complicado. Essa “mistura” de procedimentos resultou em sentenças baseadas no direito romano, a eficácia *erga omnes* do direito germânico, e o processo sumário do direito canônico, cujo objetivo era eliminar a excessiva formalidade do procedimento.

Vestígios desta forma processual ainda existem nas legislações processuais do ocidente.

Foi somente durante a revolução francesa que ressurgiu o princípio do livre convencimento do juiz e neste mesmo momento, foram eliminadas as tarifas legais das provas, cujo objetivo era criar meio de arrecadação (pré-valorização) e afastamento do interesse da parte em procurar o juízo para ter seu direito amparado e/ou discutido.

2.3 O processo civil moderno (fase científica)

O século XX, o século da transformação, o fez também com o processo civil. Neste século as provas tarifadas foram definitivamente abolidas da análise processual. O livre convencimento do juiz, ensejou também a livre apreciação das provas, inclusive *ex officio* o da produção de provas que este entendesse necessárias.

Theodoro Jr. (2012, p.11): “O processo civil passou, então, a ser visto como instrumento de pacificação social e de realização da vontade de lei e apenas secundariamente como remédio tutelar dos interesses particulares”

Percebe-se que o objetivo dos governantes era efetivamente criar mecanismos que tinham por escopo a ordem social, se utilizando outrossim, do poder de coação, por intermédio das normas legalistas.

2.3.1 O processo civil brasileiro

A independência brasileira nos submeteu sob as ordenações do reino, entretanto, por decreto imperial foram mantidas as normas processuais das ordenações Filipinas e das leis portuguesas, desde que, estas não contrariassem a soberania brasileira.

Sobre estas, há destaque justamente às ordenações Filipinas, já que existiam desde 1603 e cuja base eram os direitos romano e canônico.

De todas as normas positivadas, destacavam-se, como meio procedimental, formalidade escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz; havia atos em segredo de justiça: as partes não participavam de inquirição de testemunhas e tinham que usar de embargos de contradita para provar motivos de suspeita; observa-se o princípio dispositivo em toda a sua extensão: autor e réu eram “donos” do processo, de modo que, somente estes estavam incumbidos de movimentá-lo.

Observa-se que as vias procedimentais contidas nas ordenações, tinham por escopo, dar ordem ao processo, observando o contraditório, e facilitando ao Juiz, conduzir o processo de forma a julgá-lo com base no interesse processual das partes. Se utilizando inclusive de audiências preliminares, para análise documental, oferecimento de libelo pelo autor, acusação dos fatos podendo ocorrer à revelia.

No que se refere aos recursos, as ordenações não ficaram silentes. Das decisões interlocutórias ao competente recurso era atribuído efeito suspensivo, exemplificando.

2.3.2 Regulamento n 737

Logo após a elaboração do Código Comercial, foi editada o regulamento 737, como forma de instrumentalizar aquilo previsto no código recém elaborado.

Foi somente na era republica, que após a primeira positivação civil, é que o regulamento foi estendido a este, repisa-se, servia apenas para aplicar aquilo disposto no Código Comercial.

Para Theodoro Jr. (2012, p.12) “examinando severamente, em sua própria perspectiva histórica, o regulamento foi marco admirável de evolução na técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade processual.”

A simplicidade processual aludida, vinha porque, o regulamento de fato sistematizou os excessos das ordenações, como por exemplo, a arguição das exceções, limitando-as a suspeição, ilegitimidade, litispendência, e coisa julgada.

No período republicano, diversas tentativas de facilitar a aplicação da normatização civil surgiram, destaque para a diferenciação de justiça federal e estadual, trazida pela constituinte de 1891 bem como a edição do decreto nº 3084 de 1898, cujo texto aprovava o código processual da união e os diversos códigos estaduais.

Aqui, nesse momento, percebe-se uma certa influência do sistema jurídico *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, a constituição de 1891 previa o federalismo

como forma indissolúvel da união, ou seja, dando autonomia para que, por intermédio de constituições estaduais e respectivas codificações, cada estado, legislasse de acordo com sua individualidade, usos e costumes.

2.3.3 O código de processo civil de 1939

A divisão estadual da aplicação de lei material, resultou em fracasso e na constituição de 1934, a competência passou a ser da união em legislar sobre o processo civil (art. 5, XIX, a).

Foi em 1937, ano em que o país vivia regime de exceção, que o governo criou uma comissão responsável por elaborar o Código Nacional de Processo Civil, dentre seus membros, um acabou por elaborar um projeto, já que divergências anteriores, tornaram impossível a codificação processual diante de inúmeras discussões com seus colegas, quem seja, Pedro Batista Martins, cujo referido projeto foi aprovado pelo ministro da época e transformado em Lei (decreto-lei n° 1608, de 1939) entrando em vigor em 1 de março de 1940.

A condição política da época não era facilitadora, o Brasil ainda estava atribulado pela política da década de 30, entretanto, independentemente das condições políticas de outrora, o códex instrumental restou por ser aprovado conforme citado supra. Bermudes (1973, p.35-36) ao comentar sobre a referida codificação:

Uma parte geral moderna, fortemente inspirada na legislação alemã, austríaca, portuguesa e nos trabalhos de revisão legislativa da Itália, e uma parte especial anacrônica, ora demasiadamente fiel ao velho processo lusitano, ora totalmente assistemática.

Ao se utilizarem de diversas fontes externas, os comissionados à elaboração das novas normas instrumentais, deixaram de harmonizar as regulações, o que por fim ensejaria fatalmente, em uma nova codificação, ainda que levasse algum tempo.

2.3.4 O Código de 1973

Tendo vigorado até 2016 e ainda em utilização dependendo das condições intertemporais processuais que o caso exigir, foi responsável por algumas alterações na aplicação da lei material, ainda que quase sessenta anos mais novo.

Mas ainda não era um código totalmente novo, trazia consigo reformas importantes, porém, serviu meramente de atualizador do código de 1939, tendo muitos institutos destes ainda mantidos e/ou preservados.

Para Dinamarco (2001, p.24-25):

O código de processo civil de 1973, não representou uma revolução em relação ao anterior, pois consagrava um modelo processual, não configurando assim inovações no processo e procedimento, já que estes assemelhavam o código de outrora, cita ainda, que embora a existência de algumas melhorias de alguns institutos, ainda era um código individualista, como o anterior.

O código de 1973, na verdade não inovava em métodos procedimentais, mas atualizava o código anterior, apresentando importantes positivamente acerca dos recursos, em quase que estrita observância da evolução da sociedade e claro, do momento político que o país atravessava.

Buzaid (1973), na exposição de motivos do código, assevera que inovação ou reforma demandaria reflexão dos doutrinadores, continuando que, o novo código seria essencial à aplicação da lei de forma unitária, destacando as conquistas modernas a partir da experiência de povos cultos. Continua expondo, que o intuito era possibilitar o melhor manuseio, simplificar a estrutura e tornar o processo civil um instrumento acessível à administração da justiça.

Foi certamente importante à aplicação da lei material no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, todavia, não se travava de uma nova codificação, mas sim de uma reforma do anterior.

Entretanto, não se ignora os esforços dos colaboradores do código, em tentar dar a administração da justiça modernidade e celeridade suficientes à justiça brasileira, o que por certo tempo esteve adequado aos procedimentos do código Buzaid.

Diversos institutos surgiram com alterações às anteriores, destaca-se o da antecipação de tutela, que para Theodoro Jr. (2012, p.15):

Desse conjunto de novos institutos implantados no bojo da codificação surge uma nova estrutura para o processo civil [...] graças a remédios como a antecipação de tutela [...] onde o juiz está autorizado a tomar de imediato, medidas satisfativas do direito subjetivo material do litigante, em casos de urgência, ainda no curso do processo de conhecimento [...].

Invariavelmente, Buzaid, ao expor os motivos do código, atribui ao legislador ações minuciosas em excesso, e demasiadamente formais, entretanto, não chega a comentar da real inovação desta codificação, qual seja a antecipação de tutela, porque, o projeto aprovado previa no dispositivo do art. 273, as formas de processo, e somente em 1994 é que foi alterado este artigo para a normatização da tutela antecipada, passando as formas do processo ao parágrafo único do art. 272.

Todas as outras reformas do código de 73, originaram imediatos debates entre doutrinadores, isto porque, não entenderam eles, à época, que houve de fato modificações substanciais e modernas, o que *de persi*, ensejou modernizações no texto legislativo ao longo dos anos, para que ao fim, chegássemos a um efetivo, moderno, e até simplista código de processo civil, o atual.

2.3.5 O Código Atual

Com o advento do novo código, sim totalmente novo, é que chegamos as alterações importantes, dentre elas, a entrada do instituto da precedência no ordenamento jurídico, ao menos expressamente no texto de lei, e a sua obrigatoriedade, neste caso, o dever de acompanhar dos julgadores.

Para Manoel Antonio Teixeira Filho (2015, p.15): “O novo código foi concebido com a finalidade de possibilitar uma prestação jurisdicional mais rápida, simples e, em razão disso, mais efetiva, segundo os elaboradores do anteprojeto [...]”.

Indubitável que, esta nova codificação instrumental, trouxe diversas atualizações, uma vez que o anterior, defasado e que não mais servia como meio eficaz de prestação jurisdicional restou engessado.

De todas as atualizações possíveis, uma, chamou atenção, e acabou por se tornar tema da presente monografia, qual seja, a adoção do instituto da precedência, e eventual influência do sistema *common law* no ordenamento jurídico pátrio, Arruda Alvin, prefaciando a obra de Avalo Santana e Andrade Neto (2016, p.59), comenta: “[...] há algum tempo e de forma gradativa, o direito processual civil brasileiro tem absorvido algumas tendências provenientes dos influxos da *common law*, tais como a atribuição de maior força à jurisprudência e aos precedentes [...]”.

A evolução gradativa da sociedade, conforme explicitado nos tópicos retro, apresentaram necessidades de ocorrerem de tempos em tempos, modificações legislativas, que melhor se adequassem à modernidade temporal.

Com o claro objetivo de construir soluções jurídicas não abstratas, o novo código de processo civil, vem, afim de evitar a hiperjudicialização das coisas, fato que não pôde ser superado pelo código anterior, aliás, talvez tenha sido ele o grande causador da celeuma jurídica instalada atualmente.

Importante fazer uma breve digressão acerca da emenda constitucional de 2004, que trouxe, dentre outras alterações, a possibilidade de edição por parte do STF as chamadas súmulas vinculantes (art. 103-A CF/88), cujo objetivo é pacificar entendimento sobre assuntos incessantemente discutidos no plenário do *Excelsior pretor*, e cujo entendimento foi sedimentado pela corte.

Nota-se, portanto, que já em 2004, a necessidade de se evitar a judicialização das coisas estava latente.

Dito isto, e analisando toda a evolução processual civil no mundo e Brasil, chegamos a *neo* codificação, cujo bojo legislativo é o de amenizar o descompasso entre lei processual e sociedade.

Medina (2015, p.75-76) ao comentar sobre o Direito processual moderno leciona:

O surgimento de um novo código, que veicula o que há de mais moderno, se produziu a doutrina recente, formulado com base na experiência haurida nas últimas décadas, é solução para os problemas de nosso sistema de justiça? Uma nova e moderna lei processual coopera muito para que esse desiderato seja alcançado [...]

Por certo que atualizações foram essenciais à aplicação da lei processual ao longo do sec. XIX e XX, todavia, uma nova codificação era necessária, o dito “pior a emenda que o soneto” cumpriu bem sua função diante de todas as reformas processuais, desde as Ordenações Filipinas e chegamos hoje, sob a égide de um novo Código, às modernizações tão buscadas pela doutrina e sociedade.

Logo no início, o texto informa que não há como interpretá-lo senão à luz da constituição, obviamente em respeito ao princípio da hierarquia das leis, bem como às normas da teoria de estado de Kelsen.

Wambier e Talamini (2017, p.55) aduzem, ainda que em obra anterior a sua vigência “a constituição é ponto de partida para a compreensão mais adequada do que é o processo civil”, logo, a ela deve estar vinculada. Condição evidente do novo código.

Diversas são as inovações do NCPC, todavia, a que trouxe base para a presente monografia, é a introdução dos PRECEDENTES, sua obrigatoriedade ou não, e o dever ou não de acompanhar as jurisprudências sedimentadas pelos sodalícios pátrios, por parte, em especial, dos Julgadores de 1º grau, e se houve ou não, introdução também, de outros institutos do sistema *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como o *stare decisis*.

3 OS SISTEMAS JURIDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS

Ao se estudar a história do direito e suas instituições, é necessária a compreensão de seus institutos e os sistemas que o compõem. Os sistemas jurídicos mais utilizados, a *civil law* e *common law*, representam dois dos modelos mais influentes e reguladores, e ainda que tenham sofrido influência direto do Direito romano, ambas reagiram a este de maneiras diferentes. Ambas buscam a segurança jurídica, entretanto, *civil law*, busca a segurança por intermédio das Leis positivadas, ao passo que a *common law* a busca por intercorrência dos precedentes judiciais.

3.1 O sistema *civil law*

Os dois sistemas, os principais utilizados no mundo ocidental, destoam profundamente entre si por razão de suas origens históricas e a forma que se desenvolveram. A *civil law* que teve origem direta do Direito romano-germânico, exerceu maior influência na Europa continental, onde a elaboração de leis, codificações e constituições, primaram pela organização de estado com base naquilo que lecionava o direito romano, Vieira (2007, p.270):

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.

No período renascentista, momento em que as cidades e o comércio organizavam-se de forma a obter os melhores meios de convivência, o ideal de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVIDS, 2002, p.39) separou o direito da religião.

O estado romano, que organizou primeiramente o direito, seus processos e procedimentos legou um sistema jurídico nunca antes visto.

As invasões bárbaras, conforme dito alhures, restou por derrubar todo o sistema ordenado pelos romanos, já que o povo se encontrava dominado e sujeito as normatizações bárbaras. Este movimento de abstração normativa, resultou em declínio do direito escrito, trazendo à tona procedimentos místicos, os ordálios ou juízos de Deus. René David (1972, p.59-60) ao tratar do tema:

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito quando o sucesso dum parte depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou dos “conjuradores” (compurgação) ou a prova dos “ordálios”? Para que serve obter um julgamento se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada ou preparada para pôr esta força à disposição do vencedor? Nas trevas da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimburgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eôsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *withan* anglo-saxônicas) e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. [...] No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz *Juristem, böse Christen* (Juristas, maus cristãos); se aplica de preferência aos romanistas, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má.

O trato para com o Direito, em um momento de turbulência na Europa continental, acabou por relativizar a aplicação deste, pelo menos o escrito, resultando basicamente mais na vontade dos dominadores, que nos estudos dos doutrinadores (glosadores).

O retorno dos estudos do direito romano, nas universidades italianas, resultou em uma maior utilização de sua doutrina pelos tribunais europeus continentais constituindo então uma nova cultura jurídica, decorrente dos estudos dos textos de lei romanos, cuja extração doutrinária denominava-se glosas. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p.189-190)

Somente no momento de estudo aprofundado dos textos de Lei romanos é que possibilitou uma melhor aplicação da Lei, visto que, os glosadores, interpretavam os textos em sua íntegra, e transmitiam a quem responsável. O Estado se organizava de forma que a Lei fosse o norteador do comportamento da vida em sociedade.

Por esta razão, é que o Estado Romano foi fundamental para a história do Direito, e considerado marco divisório na fundação dos sistemas *civil law* e *common law* (WAMBIER, 2017, p.35)

Destaca-se que o estudo do direito nas universidades medievais, não se pautava no estudo do direito positivado, mas sim em princípios gerais, filosóficos e que buscavam princípios gerais de justiça. O texto rígido de lei, não era objeto direito de debates ou de doutrina, mas o que eles queriam dizer é que sim, mesmo porque não especificamente positivados, os usos e costumes sobrepunham os textos, porquanto a filosofia era disciplina norteadora dos estudos acadêmicos, e dentro dela, o senso de justiça.

Nesta linha, o estudo sistemático do direito, ensejou no surgimento do *jus commune*, direito comum das universidades, ainda que presentes em estado/nações diferentes. Para Lopes (2008, p.105) é o caráter transnacional do ensino jurídico que acrescenta à cristandade uma familiaridade a mais: a *ius commune*, asseverando ainda que o direito comum teve papel fundamental na harmonização das nações, por meio de seus juristas que, letrados, promoveram e formalizaram as discussões sobre, liberdade, legalidade, equidade, misericórdia e justiça.

Todos os países que adotam o sistema *civil law*, são prevalentes na explicitidade do Direito escrito e legislado, tendo como norma, o acompanhamento do que diz textualmente a sua codificação, no Brasil, ainda há a recepção de outras formas de fonte do direito, tais como, o direito comparado, os usos e costumes etc.

Doutrina, jurisprudência e costume, gozam de *status* normativo inferior, utilizados supletivamente, no caso de a legislação não solucionar a contento determinado questão (LIMA, 2013, p.82).

Os ideais positivistas, neste caso o positivismo jurídico, triunfaram primeiramente na França, com a publicação dos Códigos Napoleônicos, Código civil francês, comercial, penal e processual penal e processual civil, forjando assim, cinco códigos que norteiam as normas positivadas nos países adotantes do sistema *civil law*

A tradição *civil law*, é basicamente dotada de normas rígidas ou flexíveis, escritas, positivadas, e interpretadas, cuja codificação destas, constituem a espinha dorsal do sistema jurídico do estado, separando o Direito público do privado.

O código, nos países que adotam a *civil law*, compreende a legislação ordinária, que tem por escopo exaurir a regulamentação sobre determinado ramo do direito, difere dos códigos romanos, que em si tinham inseridos legislações esparsas. Somente a partir sec. XIX, é que estas obras, visavam expor o direito comum aplicáveis em um Estado. (DAVID, 1972, p.128)

Destaca-se que no momento atual, a influência do sistema *common law*, não retirou do papel do Juiz, a interpretação da lei, o acompanhamento dela, mas, fixou, dentro do princípio da legalidade, o dever/poder de este acompanhar os precedentes nos seus julgados.

Não é recente a aproximação de ambos os sistemas, o Código de 39, já trazia em seu corpo normativo, mais especificamente o art. 861, que o Tribunal poderia promover o pronunciamento prévio sobre a interpretação de qualquer norma jurídica (DOMINGOS BRITO; OLIVEIRA, 2013, p.01).

Diante da clara volatilidade do direito brasileiro, é que ao longo dos tempos, vem, os legisladores, com o auxílio dos doutrinadores e membros de comissões jurídicas, buscando meios de simplificar a jurisdição, sem que estejam sujeitos os tribunais pátrios atolados em processos infundáveis. Todavia, a vontade legislativa, difere da prática judiciária, visto que, até o código atual, o poder geral de cautela do julgador e outros princípios, superava o próprio texto de Lei.

3.2 O sistema *common law*

Diferentemente do *civil law*, muito embora derive do direito romano-germânico, tem sua origem no direito casuística ou *case law*.

É utilizado majoritariamente nos países membros da Grã-Bretanha, abrangendo toda a sua estrutura judiciária, e apesar das diferenças culturais e históricas, suas fontes de direito derivam do mesmo sistema de aplicação da Lei.

Esse sistema, teve sua formação entre os anos de 1066 e 1485, com a conquista normanda, levando à Inglaterra um “poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1978, p.358).

O feudalismo, originado logo após a referida conquista, formou também, organização militar suficiente para que o avanço pelo continente europeu, ensejasse no desenvolvimento do sistema, com a criação do Direito comum, fazendo frente aos costumes locais.

Embora os primeiros juízes da *common law* tenham aplicado regras de origem germânica – princípios que serviram de alicerce ao sistema jurídico inglês - verifica-se que “o sistema da *common law*, desde sua formatação inicial, era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social do seu tempo.” (TUCCI, 2004, p.150-152).

Destaca-se por oportuno, que, diferentemente da *civil law*, o seu desenvolvimento deu-se por evolução histórica, enquanto que aquela, por revolução. O direito comum, que tem por base a tradição, os usos e costumes, e a jurisprudência manteve-se volátil.

De acordo com Wambier (2017, p.54) o *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.

Justamente neste sentido, é que o sistema, ainda que evoluindo ao longo dos séculos, mantinha os precedentes como fonte primária: o que se decidia em casos anteriores, se decide em caso análogo.

Ademais, outra grande característica do sistema, é que, a ausência de direito textual sobre determinado assunto, autorizava aos juízes, a “criação” de um direito, fonte de si mesmo, e que melhor solucionasse o caso em discussão.

Observa-se que ambos os sistemas, conforme já dito, buscavam a segurança jurídica na aplicação da lei, todavia, na Europa continental, tutelada pelo direito de origem romano-germânica, este desejo ensejou em codificações, conquanto que na Inglaterra, os precedentes buscaram idênticos meios de ofertar a sociedade a mesma segurança. (SILVA, 1996, p.105)

Aliás, a segurança jurídica é o objetivo direito de ambas as tradições. Ainda que se entre na seara de eficiência de ambas, não se questiona o objetivo real destas. Sempre que se analisa o caso, o intuito do julgador nas tradições majoritárias, é dar sentido ao caso objeto da demanda, não ultrapassando os limites da lei na *civil law* e os precedentes na *common law*.

René David (1978, p.428), faz ressalvas as referidas seguranças advindas do direito comum, ao dizer que o direito jurisprudencial, no ideal de respeitar os precedentes, nem sempre resultou em certeza, isto porque, somente no sec. XIX a regra do precedente se estabeleceu rigorosamente, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores.

O contexto histórico da utilização dos precedentes, não superou a necessidade do respeito aos usos e costumes, tendo aquele virado regra obrigatória, somente no final do século retrasado.

Tal efeito vinculante restou reconhecido no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, conduzido pelo Lord Campbell. Nesse caso restou determinado que a House of Lords estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos, em que: O direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade. (TUCCI, 2010, p.220).

O que se depreende das formas de aplicação do direito comum, é que invariavelmente, o acompanhamento de casos anteriores era essencial a solução do caso discutido, isto porque, sempre se observava os usos e costumes como cerne do julgamento, cerne este que se mantém como espinha dorsal da aplicação legal da *common law*.

3.3 Principais diferenças entre ambos os sistemas

Muito embora *common law* e *civil law*, derivem do direito romano-germânico, sua aplicação legal, em momentos-chave, diferiu em sua evolução histórica, resultando em codificação de Leis para uma, e a de um sistema jurisprudencial para outro.

Luiz Guilherme Marinoni ao traçar um perfil histórico-crítico do direito comum e *civil law* diz que “a segurança jurídica, postulada na tradição *civil law* pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente *common law*” (MARINONI, 2010, p.99).

O que se percebe da doutrina é que há algum tempo a aproximação de ambas as tradições, especificamente no direito brasileiro, tornou-se necessária para encerrar discussões infundáveis, alongadas no tempo pela morosidade judiciária e cujo objetivo não era resolver a lide da melhor maneira possível.

A máxima de que Lei é igual para todos, parecia não vigorar no ordenamento jurídico pátrio, já que invariavelmente encontrava-se decisões distintas a casos iguais.

Primeiramente é importante destacar que, a *common law* atualmente tem deixado de lado o direito consuetudinário em si, muito embora este fosse sua espinha dorsal por um determinado período, o que se percebe desta tradição é a utilização do direito jurisprudencial como sua fonte direta, dita pelo juiz, analisando caso a caso e suas semelhanças.

René David, ao analisar o sistema moderno, leciona: “O atual funcionamento da regra do precedente ignora a noção, aparentada como a do costume, de jurisprudência constante; o precedente obrigatório é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição”. (DAVID, 1978, p.351).

Logo, é essa a ideia que se deve ter em mente ao se referir ao direito da *common law*, cuja obrigatoriedade vem de uma decisão única e colegiada, gerando daquele ponto em diante, obrigação de acompanhamento do que fora decidido.

Conforme dito alhures, o surgimento das universidades na Itália aprofundou os estudos do direito romano, base da *civil law*, cujo objetivo era organizar, compreender e interpretar os textos de Lei romanos ausentes de coerência e harmonização (WAMBIER, 2017, p.24).

O respeito a utilização do instituto dos precedentes, oriundo da *common law*, vem em obediência ao princípio da legalidade, já que o novel Código de Processo Civil trouxe em seu texto, a utilização expressa dos precedentes com fito a uniformizar o entendimento sobre determinados temas nos tribunais superiores e instâncias inferiores.

Importante destacar que mesmo antes, já havia a possibilidade de utilização da jurisprudência como fonte de direito, em ocorrência de eventual lacuna legislativa, essa condição de exceção fez e faz parte da flexibilidade do direito brasileiro.

Segundo Marinoni (2010, p.91-92):

Entretanto, após a transformação do conceito de direito e da nova dimensão da função jurisdicional impostas pelo neoconstitucionalismo, o que realmente interessa saber é como o juiz constrói uma norma jurídica para o caso concreto quando a norma geral não existe ou está em desacordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais.

Destaca-se que sendo a Lei fonte primária do sistema jurídica brasileiro, o movimento em direção as tradições do direito comum obedecem ao que diz a Lei neste mesmo sentido, em obediência ao princípio da legalidade. Os julgadores não criam Leis, mas decidem, dentro do próprio texto normativo, acerca de temas em que este seja omissivo.

Ainda sobre o tema, o colendo doutrinador ressalva que “a construção dessa norma jurídica não significa criação de norma geral individual para regular o caso concreto ou criação de norma geral” (MARINONI, 2010, p.92)

Desta forma, o que diferencia as tradições supra, é a sua obrigatoriedade, uma vez que a utilização da jurisprudência encontra o seu limite dentro da lei (STRECK; ABBOUD, 2013, p.31) sendo que no direito comum, o seu limite é o que o próprio caso apresenta, se utilizando de jurisprudência anterior, aplicando-a ao caso concreto e não o texto de lei em si.

Ainda, a mais óbvia das diferenças, é justamente que na tradição *civil law*, o direito vem da Lei, e não do juiz, muito embora se verifique na jurisprudência pátria, inúmeros casos em que, a inércia do Poder Legislativo, acaba por “permitir” que o Julgador, singular ou colegiado, aplique o direito conforme sua conveniência, mas ainda assim, em respeito ao princípio da legalidade, já que a Lei de introdução as normas de direito brasileiro, assim o permite, ainda que interfira em um dos poderes.

O renomado Juiz, agora Ministro de Estado Sergio Moro, sobre o assunto diz que “quando é declarada a inconstitucionalidade de uma Lei, o grau de interferência da jurisdição sobre o legislativo é maior do que quando se faz o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. (MORO, 2004, p.244) apenas para citar um exemplo.

Já na *common law*, cuja fonte, conforme já dito, é a jurisprudência anterior, é permitido ao juiz, de forma deliberada e diante de um caso concreto, onde ele não encontre suporte em precedentes sobre o tema, dizer o direito conforme sua conveniência, que por consequência, após formalidades legais do local, originará um precedente ao próximo caso semelhante.

Os limites legais de utilização do instituto da precedência, e de suas nuances, restam por demonstrar que o direito brasileiro, vinha sofrendo influências da tradição *common law*, e que agora, com o advento do novo Código, vêm expressamente a autorizar a utilização destes, com suas exceções e obrigatoriedades, tudo isto referendado pelo princípio da legalidade.

4 AS INTRODUÇÕES LEGISLATIVAS COM O OBJETIVO DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES

Diante da necessidade de uma nova reforma legislativa no que tange a facilitar a atividade judicante no Brasil, os legisladores elaboraram o novo Código de Processo Civil, com o objetivo de dar celeridade, prestação jurisdicional adequada, e equilíbrio ao imenso volume de ações judiciais no Brasil. Nesta senda, é que uma alteração específica vem com o objetivo de facilitar ao julgador na hora de formar seu convencimento, qual seja, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência com a utilização de precedentes anteriores.

4.1 Precedentes e Jurisprudência

Precedente nada mais é, o caso analisado, discutido e decidido por um Tribunal Superior de caráter normativo e orientador, e que gera por si, um efeito futuro nos casos semelhantes e que extraem um critério de decisão com caráter prospectivo para ser universalizado por todos os órgãos judiciais em relação a decisões de casos sucessivos similares (SANTANA; ANDRADE NETO, 2016, p.359)

A utilização de um precedente, tem em si um elemento facilitador no momento da jurisdição, não por sorte, o novo Código, o adotou como forma de se evitar demandas repetitivas, ainda que antes do advento do novo código existisse lei que trata do tema, com fito a uniformizar jurisprudência e as formas de sua utilização.

4.1.1 Conceito de jurisprudência

Jurisprudência, nas palavras de Diniz (2001, p.290) é definida como:

Um conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais (sic), resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

Como se vê, a utilização de jurisprudência antes do novo código já era de fonte suplementar do direito, vez que, na tradição *civil law*, o texto de lei é, em tese, hegemônico.

Em se falando de Lei, o intuito do legislador, em resposta ao apelo da comunidade jurídica, sempre foi o de criar leis que facilitassem a uniformidade da jurisprudência. O conceito teórico desta, traz para si, juntamente com a Lei, o dever de se observar o entendimento dos

tribunais superiores, seja de onde vier esse entendimento, súmulas vinculantes, súmulas ou enunciados.

Miguel Reale *apud* Maria Helena Diniz (2001, p.291), diz que a jurisprudência é a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

A jurisprudência é o direito expresso, em razão de Lei, resultado da atividade jurisdicional e obra dos tribunais com coerência e harmonia ao seu próprio entendimento, até que este seja mudado.

A jurisprudência é dinâmica, como são os fatos da vida. Por isso é natural que possa sofrer alterações (NERY, 2015, p.1843).

As alterações, devem vir acompanhadas da evolução social, ajustadas e em conformidade com a modernidade.

4.1.2 Conceito de precedentes

Diferentemente de experiências anteriores que revelam ou explicam algo, o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou raciocínio que o fez surgir (MARINONI, 2010, p. 102).

O precedente surge, de maneira singular, respeitada a ordem do tribunal que o utiliza, vindo de um julgamento colegiado, aliás, ainda que proferido por juiz singular, deve, para que tenha força normativa, ser posteriormente referendado por órgão colegiado.

A forma estabelecida, diante das alterações legislativas, é que os raciocínios dos julgadores deverão vir embasados na jurisprudência dominante acerca do tema.

De acordo com Soares, Andrade Neto e Santana (2016, p.394): “O precedente pode ser conceituado como a decisão pronunciada para solucionar o caso que historicamente decidiu, ou seja, trata-se de decisão estritamente jurisdicional que torna ou impõe como padrão normativo para o deslinde de decisões análogas”.

O precedente, como meio de solução de conflitos, vem de uma decisão superior em caso semelhante, e que dali em diante será utilizado da mesma forma que em casos anteriores.

A tradição do direito comum, bem se adaptou a regularidade que se impõe às normas advindas dos tribunais através da jurisdição, cujo objetivo é criar um dever de fundamentação do magistrado, gerando a buscada segurança jurídica, a normatização do tema e, logo, o direito não vem da Lei exclusivamente, vem também de quem diz o direito, diferentemente da *civil law*, cuja fonte primária é a Lei, escrita e positivada.

Todas as outras fontes, eram consideradas suplementares, até que a Lei, autorizou o julgador, a colher para si, a jurisprudência dominante sobre o tema, ou os precedentes anteriores.

Segundo Medina (2015, p.1240):

No entanto, um modelo precedentalista depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, não no sentido de se dever obediência ao precedente, mas, especialmente, no sentido de produzir julgados modulares, que sirvam de referência, que gerem confiança, nos cidadãos.

É justamente neste sentido que o legislador, resolveu inclusive, não colocar o termo, não para não mixar ambas as tradições, mas para dar entendimento de que, o objetivo é uma jurisprudência uniforme e que haja respeito ao entendimento sedimentado dos tribunais superiores.

4.1.3 Diferenças entre ambos os sistemas

Historicamente ambas tradições se conectam em sua origem, entretanto, nas práxis, suas condições de aplicação se diferenciam.

Enquanto na *common law*, a obediência a jurisprudência é medida de imposição legal, esta imposição na *civil law*, vem do texto de Lei, positivado, e interpretado pelos julgadores, originando a jurisprudência, mas que em tese não cria um direito como na tradição do direito comum.

4.2 As introduções legislativas do Novo Código de Processo Civil e os precedentes

Os artigos 926 *usque* 928 do novo Código, regulamentam em seu conteúdo, a eficácia das decisões das Cortes supremas, seus efeitos, e o dever de se uniformizar a jurisprudência pátria, bem como quando estas devem ser acompanhadas.

Nelson Nery Jr e Georges Abboud (2015, p.444) fazem um importante comentário ao dizer que: “[...] Precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula, não são sinônimos.”

As diferenças destas, surgem justamente na forma em que são concebidas e utilizadas, a jurisprudência, a exemplo, antes do advento do novo Código, servia de base aos julgados, mas não em caráter exclusivo, à exceção vinha, com a edição de súmulas vinculantes, editadas em controle concentrado de constitucionalidade, e das súmulas, em controle difuso e em incidentes de recursos repetitivos.

Segundo Amaral (2015, p.946-947):

A súmula consiste em método de trabalho que pode ser utilizado tanto pelos tribunais superiores quanto pelos tribunais locais, podendo ou não resultar em precedente. [...] já o precedente (*apud* ARENHART; MARINONI; MITIDIERO) somente pode emanar das Cortes Supremas, sendo que constituem razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. [...]. Por fim, muito embora se possa genericamente falar de jurisprudência dos tribunais superiores ou dos tribunais locais, a jurisprudência vinculante (art.927) é aquela que emana da atividade dos tribunais locais (Cortes de Justiça), e identifica-se sempre que, o acórdão prolatado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, se puder extrair, tal qual nos precedentes, *ratio decidendi* [...].

Justamente esta condição de diferenciação é que está causando um debate entre doutrinadores para definir se há ou não o instituto da precedência no Brasil, porque o legislador retirou o termo do anteprojeto de Lei que criava o novo Código.

Entretanto, ao se falar se há ou não influência da tradição comum ao direito Brasileiro, há uma quase unanimidade, porém, a inoperância do legislador, e até falta de técnica, causam confusão ao se interpretar o texto de Lei. Não obstante a isso:

A adoção dos precedentes judiciais vinculantes aproxima nosso sistema jurídico do *common law*. Entretanto, é de se notar que deverá haver um empenho de toda a sociedade, sobretudo da comunidade jurídica, para a implantação desta nova cultura em nosso País.” (NERY JRABBOUD, 2015, p.451)

O regime jurídico costumeiro, em aplicação ao direito brasileiro, demanda esforços de toda a comunidade jurídica, a simples previsão legislativa por si só não causa efeito se não houver uma alteração comportamental daqueles que dizem o Direito. Ademais, a constante inobservância, por parte dos tribunais superiores, da própria jurisprudência, não alcança à sociedade, a almejada segurança jurídica.

Ainda sobre o instituto da precedência, é importante destacar que, o precedente em si, decorre de apenas uma decisão, já a jurisprudência, vem da análise de vários casos, consolidando-a quando não há mais o que se discutir, ademais, o precedente decorre de matéria de direito e não de fato, de modo que:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem. (MARINONI, 2010, p. 213).

A condição de que toda decisão judicial pode originar um precedente na tradição *common law*, não é a mesma que a prevista no texto legislativo do novo Código, mesmo porque, não há expressa previsão neste sentido, há si, o dever, por parte do julgador, de fundamentar a sua decisão, se utilizando de decisões majoritárias, ou sumuladas anteriormente.

O legislador deixa claro, no art. 926, que o precedente adotado na tradição costumeira, não é o mesmo introduzido no ordenamento pátrio, mas tem em suas variantes, o objetivo de uniformizar a jurisprudência, respeitando o seu passo-a-passo de criação, diferindo da criação do precedente da tradição *common law*.

O que fica expresso, é que o legislador buscou a unidade da atividade jurisdicional no País, ficando mais claro ainda, o objetivo de tutelar ao cidadão segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões, a estabilidade do direito, a confiança legítima no judiciário, a igualdade entre os cidadãos perante o direito, a coerência da ordem jurídica, a garantia da imparcialidade, o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos, a duração razoável do processo, a eficiência do Judiciário, dentre outros valores (AMARAL, 2015, p.946)

A propósito, importe destacar um dos objetivos das alterações legislativas no corpo do novo Código: o de desestimular a judicialização das coisas.

Se o cidadão tem pleno conhecimento de que cortes superiores já sedimentaram o entendimento sobre eventual direito que entenda por ventura possuir ou não, não têm razão de invocar o Judiciário para rediscutir matéria pacificada.

A previsibilidade das decisões judiciais certamente dissuade a propositura de demandas. (MARINONI, 2010, p.179)

Há claramente o intuito “educacional” ao se exigir uniformização da jurisprudência pátria. Não existe razão em lotar os tribunais pátrios com demandas infundadas. A propósito não se ouvida do direito fundamental do acesso à justiça, entretanto, com o advento do novo Código, essa procura pelo direito deve ser parcimoniosa e harmoniosa com o direito já pacificado pelas Cortes pátrias.

4.3 Efeito vinculante dos precedentes e exceções a sua aplicação

O *caput* do art. 927, inovou ao atribuir para todos os juízes e tribunais efeito vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas competitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.

O que se denota do que “diz” o referido dispositivo, é que tem o julgador o dever de observar a *ratio decidendi* contida nos precedentes, por melhor que sejam suas boas razões. (AMARAL, 2015, p.949)

Justamente neste sentido, é que se entende a obrigatoriedade de se acompanhar o precedente criado, entretanto, todas as condições recursais presentes no direito brasileiro, impedem que o processo tenha termo caso não ocorra o acompanhamento do acórdão sedimentado.

O fato de que pode o julgador não acompanhar, em regime discricionário, e embasado no princípio do livre convencimento aquilo que foi decidido, não o exime do dever de fundamentar suas decisões, nos termos do art. 489, em obediência ao princípio da legalidade.

A propósito o referido dispositivo tem sido objeto de controvérsia entre os julgadores, porque, trouxe a nova Lei, os requisitos nele contidos como elementos essenciais da sentença em especial o fundamento determinante da mesma.

“[...] tais fundamentos correspondem àquilo que a doutrina, inspirando-se na prática de países que adotam o modelo *common law*, chamam de *ratio decidendi* [...]”. (MEDINA, 2015, p.739)

O *ratio decidendi*, são os argumentos e fundamentos principais de uma sentença ou decisão, sendo que sem estes, aquela não teria o mesmo efeito, ou seja, imprescindíveis.

A vinculação à utilização dos precedentes, decorre da própria lei, sob pena da decisão ser considerada nula ou inexistente, neste sentido é que se constitui a utilização de decisões anteriores, para que não ocorra, a nulidade do que se decidir.

A despeito da obrigatoriedade de se fundamentar a decisão, pode o magistrado deixar de aplicar os fundamentos determinantes dos precedentes quando e se, a questão a ser decidida for distinta (*distinguishing*).

Medina (2015, p.1254), ao interpretar a norma insculpida no art. 489 § 1º, VI, assim leciona: “[...] entende-se por *dinstinguishing* a recusa de um órgão em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual.”

A ressalva de Lei, preserva em termos o princípio do livre convencimento do magistrado, que de forma crítico-analítica, evita a confirmação automática do pleito objeto da lide face ao precedente.

A técnica, nas palavras de Nelson Nery Jr e Georges Abboud, “[...] consiste em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade que, que autoriza o afastamento da *rule* [...]”. (ABBOUD; NERY JR, 2015, p.460)

Como se vê novamente, fica à análise do magistrado, em caráter excepcional, o momento em que não se deve aplicar o precedente, devendo ele, por obvio, fundamentar a razão do afastamento da norma.

4.4 Da modulação, efeitos dos precedentes e alterações da jurisprudência (*overruling*)

O novo Código, considerando situações específicas, autorizou em tempo e modo oportunos, que o STF e Tribunais superiores revejam sua jurisprudência, modulando seus efeitos, respeitando a segurança jurídica objetivadas e o interesse social de referida modulação.

Ajusta-se outrossim, a norma delineada na carta da República de 1988, mais exatamente no art. 5º, XXXVI, porque, além da obediência a lei, a estabilidade da jurisprudência, de caráter normativo, também é um direito fundamental.

4.4.1 *Prospective overruling*

Não cabe estagnar um entendimento sobre determinado tema, que acabou superado pela evolução da sociedade. Entretanto, em se sabendo que, o precedente previsto não expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, difere do utilizado nos países adotantes do direito costumeiro, dentre outras nuances, justamente na forma de sua aplicação, porque, podem acarretar em insegurança jurídica.

Há a inevitável necessidade da modernização do entendimento dos tribunais pátrios, entretanto, devem estes, observar a excepcionalidade da modificação.

Esta consiste na alteração da jurisprudência modulando seus efeitos para a aplicação em casos posteriores a sua alteração.

O *overruling*, tal qual compreendido no texto de Lei, tem por escopo o acompanhamento da jurisprudência na evolução da vida em sociedade, cujo um de seus efeitos é a de aplicação posterior a modificação, não sendo utilizado em casos já em andamento, também conhecido como *limited prospectivity*.

Luiz Guilherme Marinoni, sobre aludido efeito da alteração de precedente ou jurisprudência: “[...] a técnica dos efeitos prospectivos, além de importante em face da nulidade do ato inconstitucional, é absolutamente fundamental diante da teoria dos precedentes.” (MARINONI, 2010, p. 434)

A questão da prospecção dos efeitos, surge justamente na modulação dos efeitos do acórdão ou súmula, muito porque, pode resultar em efeito cascata, não corroborando para a almejada segurança jurídica. José Miguel Garcia Medina (2015, p.1252) aduz:

Com isso, para garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas no seio da sociedade, por vezes os tribunais devem atribuir efeitos prospectivos às suas decisões, de modo a permitir que a sociedade possa se ajustar às novas regras sem prejuízo de qualquer ordem.

O processo, como o compreendido na tradição *civil law*, instrumento pacificador e ordenador da vida em sociedade, reside, inalienavelmente, sob o manto da segurança jurídica. Logo, aquele que diz o Direito, deve estar sempre atento a essa condição.

4.4.2 *Anticipatory overruling*

Consiste na técnica de atuação antecipatória das cortes de apelação e juízos primários diante de uma provável revogação de precedente, trata-se de um sub-efeito da da súmula ou jurisprudência alterada, demanda por partes dos membros dos tribunais superiores, cautela e análise profunda, razão pela qual, decorre de excepcionalidade.

A eficácia obrigatória dos precedentes, fundamental a um processo de julgamento alinhado com a jurisprudência pátria, juntamente com a modernidade da jurisdição, passam, na mesma obrigatoriedade, pela utilização dos institutos do *distinguished* e *overruling*, justamente para que o julgamento não seja mecanizado em razão do entendimento das cortes superiores.

Com todas estas ressalvas feitas pela doutrina, legisladores e pelos próprios tribunais, percebe-se que as influências de um sistema jurídico diferente do nosso, devem ser adaptadas a pluralidade cultural do Brasil, e devem também, estar em conformidade com o texto de Lei.

5 CONCLUSÃO

De toda a pesquisa bibliográfica realizada, concluímos que desde os primórdios dos tempos, o Direito sempre esteve ajustado à evolução da sociedade.

A civilização romana nos trouxe as primeiras leis escritas, os primeiros fundamentos de procedimento e processo, alinhando-se ao longo de sua existência, com as necessidades do povo.

Trouxeram também figuras e princípios importantes dentro do processo, como forma de organizar o procedimento e com justiça, garantir a aplicação de Lei.

Após o domínio dos bárbaros, o direito processual viveu um hiato de inoperância, já que, a vontade destes é que prevaleciam, sendo os textos de Lei romanos subutilizados ou utilizados em exceções.

Entretanto, não se afasta do direito moderno, importantes soluções trazidas pelos bárbaros, em conjunto com o Direito canônico, que se destacava em parte da Europa.

Com a volta dos estudos dos textos de lei romanos, os procedimentos bárbaros, e as regulações do direito canônico e romano, é que surgiu a base do processo civil moderno, fruto da interpretação por parte daqueles que integravam as universidades na Itália.

O processo por eles ajustado, vigorou por aproximadamente cinco séculos, tendo sido modernizado com a revolução francesa. Aliás, neste período é que efetivamente ocorreu a separação do processo, com codificações, também conhecidos como códigos napoleônicos, em constituição, código civil, processo civil, comercial, penal e processo penal, resultando na *civil law*, ou seja, a lei escrita, positivada é que regulamenta o comportamento social.

Na parte não continental da Europa, um novo tipo de direito avançava sobre o continente, advindo da conquista normanda, cuja fonte do direito, eram os usos e costumes, com o claro intuito de criar uma figura que diz o direito, independente de lei.

Este direito, que ao longo dos anos foi modernizado, e nominado como *common law*, direito comum, tem em si, uma relativização do texto legal, inexistência de codificação, e jurisdição vinda dos tribunais, utilizando os precedentes anteriores como fonte do caso atual.

No Brasil, diante da colonização portuguesa, somente com a vinda da família imperial, constituição do império, é que o processo civil evoluiu. A adoção das ordenações Filipinas como instrumento normatizador, vigorou até que surgiu a necessidade de legislação própria diante do crescimento do País.

O código comercial, o regulamento 737 dentre outras legislações, serviram de base para um processo civil regular e ordinário.

Cumpra ressaltar, que o Brasil, colonizado, adotou para si a tradição *civil law* como espinha dorsal da constituição do Estado. Com a República, veio também, uma nova necessidade de reformulação processual.

A modernidade apontada pelos republicanos, era necessária também no processo civil e penal. Mais uma vez, o processo, como fonte pacificadora da vida social, sofre mudanças no início do século XX, com o código de processo civil de 1939, vigorando este, até o advento do código Buzaid, e agora o atual.

De todo o histórico, as influências da tradição do direito comum no nosso ordenamento jurídico eram sempre mínimas ou ignoradas por aqueles que diziam o direito, porque o Brasil adotante da tradição *civil law*. O texto de lei, era fonte primária de direito.

As influências do direito comum no nosso ordenamento, diante de suas diferenças, restaram devidamente introduzidas no ordenamento jurídico pátrio com o advento do novo Código de Processo Civil.

Fica claro que o objetivo do legislador é dar celeridade aos processos judiciais, desestimular a judicialização das coisas e uniformizar o entendimento seja através de controle concentrado de constitucionalidade, recursos repetitivos ou enunciados jurisprudências.

O que se depreende da pesquisa realizada, é que sim, há uma influência direta da tradição *common law*, entretanto, a aplicação de objetos do referido sistema, esteve ajustado à realidade brasileira, considerando principalmente, que em obediência ao princípio da legalidade.

Conclui-se, que muito embora exista a previsão legal de se obedecer a jurisprudência uniforme, uma mudança no comportamento dos magistrados é necessária para uma real efetividade na aplicação dos precedentes.

O que se vê, é que mesmo com o advento da emenda constitucional 45, a criação de sumulas vinculantes e outros parâmetros de jurisdição, estes, por diversas vezes, desacompanham os entendimentos sedimentados, obrigando a parte a percorrer todo o árduo caminho recursal e, tudo isso, embasados nos princípios do livre convencimento e poder geral de cautela do juízo, que ao nosso ver, restou mitigado com a nova lei de regência.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, A. **Manual de Direito civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- AMARAL, G. R. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015.
- BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Brasília: escola Nacional das Magistrados, 2006.
- BERMUDES, S. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional no 45**: observações aos artigos da Constituição no 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: forense, 2005.
- BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mai/2019.
- CARDOZO, B. **A natureza do processo e a evolução do direito**. 4ª conferência – adesão ao precedente. O elemento subconsciente no processo judicial. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LOPES, J. R. L. **O direito na história**: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARIONI, L. G. **Procedimentos obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORO, S. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, N.; ABBOUD, G. **Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A.; **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, G. S. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado no brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, J. A. M. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ODAHARA, B. P. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. Processos coletivos. Porto Alegre, Vol. 2. nº.03. 1 de jul. 2011.

RAMIRES, M. **Crítica à aplicação de precedentes no direito Brasileiro**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

SABINO, M. A. C. **O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil**. Revista Dialética de Direito Processual Civil, n.85, abr. 2010, fls.51/72.

SANTANA, A. A.; ANDRADE NETO, J. **Novo CPC**: Doutrina sobre o novo direito processual brasileiro. Vol. 1. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

_____. **Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. Vol. 3. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

STRECK, L. L. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 1998.

STRECK, L. L.; ABBOUD, G. **O que é isto, precedente judicial e sumulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, J. R. C. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Direito processual civil europeu contemporâneo**. São Paulo: Lex Editora, 2010.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol. 3. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.