



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

João Luiz Rocha do

Nascimento¹

Resumo: *Civil Law e Common Law*, as duas tradições jurídicas mais importantes do Ocidente, têm uma matriz comum: o direito romano. Contudo, em determinado momento da história, por razões políticas, culturais e ideológicas, tal qual um caminho que se bifurca, se separam, resultando em dois fenômenos distintos: codificação e precedentes, que se constituirão nas características mais marcantes. Todavia, nos últimos tempos, diante da ocupação de maior espaço pelos juízes numa e a elaboração mais frequente de leis noutra, surge um movimento de reaproximação entre as duas tradições, tendo, no caso brasileiro, a precedentalização como o exemplo mais evidente.

Palavras-chave: Civil Law. Common Law. Matriz comum. Separação. Reaproximação.

COMMON LAW AND CIVIL LAW: FROM SEPARATION TO THE APPROXIMATION BETWEEN THE LAW OF JUDGES AND THE LAW OF LEGISLATORS AND A CRITICAL READING OF THE PRECEDENTIALIZATION OF BRAZILIAN LAW

Abstract: *Civil Law and Common law*, the two most important legal traditions of the west, have a common matrix: roman law. However, at a certain moment in history, for political, cultural and ideological reasons, as a divided path, they separate, resulting in two distinct phenomena: codification and precedents, which will be the most striking features. However, in recent times, faced with the occupation of greater space by the judges in one and the more frequent elaboration of laws in another, there arises a movement of rapprochement between the two traditions, having, in the brazilian case, the precedentalization as the most evident example.

Keywords: Civil Law. Common Law. Common pattern. Separation. Reapproximation.

¹ Doutorando e Mestre (2015) em Direito Público pelo PPG em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Juiz do Trabalho e Professor Assistente da Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Email: jlrnascimento@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

No princípio, uma matriz comum. Numa certa altura, tal como um caminho que se bifurca, separam-se e seguem rumos diferentes. Distanciam-se até atingir um ponto máximo de tensão, momento em que se inicia um processo inverso, de reaproximação, de tal forma crescente que é possível se imaginar a tendência de, num futuro, próximo ou não, entrecruzarem-se, numa retomada do leito que um dia foi natural e comum a ambas.

Metáfora à parte, do que se está a falar é de duas grandes tradições jurídicas surgidas no Ocidente, mais precisamente no continente europeu – como mais uma demonstração do eurocentrismo² – a partir de uma referência comum: o *velho direito romano*. À evidência, trata-se, portanto, daquelas que, consensualmente, são consideradas os mais difundidos e abrangentes sistemas de direito: *Civil law* e *Common Law*.

A partir dessa constatação, objetiva o presente artigo, em linhas gerais, fazer um estudo comparativo entre as duas tradições jurídicas, o que pressupõe: a) investigar as razões pelas quais se separaram; b) destacar as características marcantes e o que as fazem distintas; c) estabelecer a responsabilidade pela ruptura; d) identificar os influxos e as trocas de influências depois do ponto máximo de tensão estabelecido; e) examinar as condições de possibilidades que, por força de um movimento de (re)aproximação que ocupa cada vez mais espaço, poderiam proporcionar a retomada, ainda que no futuro, de um só caminho; f) por fim, fazer uma análise crítica da recepção, no direito brasileiro, da teoria dos precedentes judiciais.

Tradicionalmente, a distinção fundamental é estabelecida na perspectiva da principal fonte do direito: primazia da lei, na *Civil Law*; precedentes judiciais, na *Common Law*. Muito se fala de como são distintas. Pouco se lembra que, no princípio, tiveram uma só origem, comunhão que se desfez séculos depois, a partir de quando seguem trajetórias diferentes.

Mas, será que a distinção tida como fundamental ainda se encontra hígida? Essa é uma das questões enfrentadas no presente trabalho que, ao final, pretende demonstrar, caso prevaleça a tendência atual, sobretudo no direito brasileiro, que os precedentes, segundo alguns teóricos, não servem mais para distanciar e sim para aproximar as duas tradições, atuando como verdadeiros ponto de estofa. Eis então o roteiro do presente trabalho.

² Não é desde sempre que a Europa reivindicou para si a condição de centralidade, que é um produto da modernidade. É certo que o conceito de **Europa-ocidente-centro do mundo** se consolidou a partir do século XVIII, mas foram Portugal e Espanha, com as grandes navegações e a famosa abertura de uma rota para as Índias, os grandes responsáveis pela inauguração da modernidade e por colocar a Europa no centro do mundo. Antes disso, nunca é demais lembrar, a Europa ostentava uma condição de periferia em relação ao Oriente, tanto que os muçulmanos chegaram até as portas de Viena, além de, por muitos anos, dominar a península ibérica, cenário que vai mudar com a expulsão definitiva dos mouros da Espanha.



2. CIVIL LAW: ORIGEM, ABRANGÊNCIA E FORMAÇÃO

Das duas tradições jurídicas, a mais antiga, influente e difundida é, certamente, a *Civil Law*. De origem mais remota também: 450 a.C, com a lei das Doze Tábuas em Roma. Em termos de abrangência, compreende a Europa Continental, América Latina inteira e parte dos continentes asiático e africano³ E quando o assunto é formação e desenvolvimento, o que envolve a contribuição de elementos históricos, jurídicos e políticos para sua consolidação, pode-se dizer que, em linhas gerais, a *Civil Law* é o resultado do predomínio do antigo direito romano, das ideias esclarecidas, da revolução francesa e de seus principais fundamentos.

A propósito de elementos jurídicos formadores, trata-se de fato incontroverso o de que a *Civil Law* é diretamente vinculada ao direito romano, na forma como foi compilado e codificado sob Justiniano, no século VI Dc. O *Corpus Juris Civilis* se constituiu, sobretudo na parte que trata do direito civil romano, na base da tradição. Para Merryman e Pérez-Perdomo (2009), com a queda do Império Romano no Ocidente, o direito romano também decaiu e como os invasores trouxeram com eles o seu direito, deu-se uma fusão entre o direito germânico e o romano, produzindo o que ficou conhecido como direito romano “barbarizado”.

Por força disso, o ressurgimento do direito romano somente ocorre no século XI, em Bolonha, que se transforma no centro jurídico do mundo ocidental. É onde surge a primeira universidade europeia moderna, onde o direito estudado era o *Corpus juris civilis*, o que explica o fato de vir a se constituir na base da *Civil Law*.

Nesse cenário, o direito romano continuou a influenciar e se expandir na Europa, processo que ainda se estendeu após o surgimento e ascensão dos Estados-Nação, projetando-se por todo o século XIX, quando se inicia a era das codificações⁴, na maioria dos Estados europeus, tendo no Código de Napoleão de 1804, na França, o grande modelo e fonte de inspiração para tantos outros. De se destacar que o conteúdo do código napoleônico era semelhante aos três livros das Institutas de Justiniano, cuja fonte primária é o velho direito romano, daí se dizer que se constituíram na parte mais antiga e basilar da tradição *Civil Law*.

Quando se fala da efetiva contribuição do direito romano⁵, para a formação inicial da *Civil Law*, isso se dá na perspectiva do direito romano típico, enquanto privado, dado que

³ Isso sem dizer de sua projeção sobre o Estado de Louisiana, nos Estados Unidos da América, a Província de Quebec, no Canadá e Porto Rico, na América Central.

⁴ As grandes codificações, curiosamente, a par de terem sido bastante influenciadas pelo direito romano e de terem contribuído para a consolidação da *Civil Law*, contrariamente, significou também a rejeição do *jus commune* (entendido como a fusão do direito romano e o direito canônico), que será preservado na Inglaterra e dará origem à *Common Law*, circunstância essa tida como uma das determinantes para o surgimento de duas tradições distintas, embora com uma origem comum.

⁵ Em certa medida, o direito canônico, como atestam Merryman e Pérez-Perdomo (2009) também concorreu para a formação da tradição continental, embora sua influência se faça sentir em menor grau se comparada com o direito romano, isso sem dizer que entre os dois não deixou de ocorrer uma espécie de sobreposição.



essa era sua natureza predominante. É certo que o direito público também concorrerá, mas somente quando a tradição continental já se encontrava praticamente formatada. Destaque-se ainda que esse fenômeno não surgirá espontaneamente, mas a reboque de outro: a revolução cultural ocorrida na Europa no século XVIII. Surge então como resultado de elementos políticos, intelectuais e ideológicos que irão influenciar na formação, desenvolvimento e configuração final da *Civil Law*.

Com efeito, de acordo com Merryman e Pérez-Perdomo (2009), em matéria de fonte histórica há uma “ausência sentida” na formação da *Civil Law*: o direito público, que não existe em boa parte do direito codificado dos países da Europa continental. Por uma razão bem elementar: diferentemente do direito privado, o público, em grande parte, é produto da revolução política, ideológica e cultural que ocorreu no Ocidente, no período de um século a partir do ano de 1776. Esse o elemento político, cultural e ideológico e que, no dizer dos autores, trata-se de um movimento que, dentre outras questões, “afetou a maior parte das nações no mundo ocidental e incluiu eventos dramáticos como as Revoluções Americana e Francesa” (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 39).

A referência, por óbvio, é à Ilustração, tida como uma das principais fontes inspiradoras do direito público da *Civil Law*. Seus efeitos não se limitaram em formatar o direito público, pois influenciou também na forma e no método de aplicação e até mesmo no conteúdo dos códigos básicos derivados do direito romano, visto que “a revolução intelectual produziu uma nova forma de pensamento sobre o direito, a qual teve importantes consequências para a administração e organização do sistema legal e para as normas de direito material e processual” (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 40).

De acordo ainda com os autores, o segundo postulado da revolução intelectual foi a separação dos poderes, pois para intelectuais como Montesquieu era fundamental estabelecer e manter a separação entre eles e, em particular, “distinguir e separar claramente o legislativo e o executivo de um lado, e o judiciário de outro”, pois o objetivo era “prevenir a intromissão do judiciário em áreas – elaboração das leis e sua aplicação – reservadas aos outros dois poderes” (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 41).

De fato, na França, isso é público e notório, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra e nos EUA, os juízes foram um dos alvos da Revolução Francesa, não só pelo fato de que se identificavam com o velho regime e a aristocracia rural, mas também pela confusão que faziam entre aplicar e produzir direito, razão pela qual Montesquieu desenvolveu a teoria de que a única maneira segura de prevenir esse tipo de abuso seria, inicialmente, separar os poderes e, em seguida, “regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo” (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 41).

Tal fenômeno, não ocorreu na tradição insular. Os juízes se constituíram numa força progressiva e, ao lado dos indivíduos, lutaram contra o abuso do poder governante.



Nem havia um temor de um governo de juízes⁶. Ao contrário, “o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento da *common law* era familiar e bem-vindo”, em síntese: o judiciário não foi alvo da revolução tal como ocorreu na França (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 42).

Com efeito, se vista a questão na perspectiva histórica, a defesa sem concessões da separação dos poderes decorreu da vinculação dos juízes com o antigo regime antes da revolução francesa, razão pela qual os iluministas negaram aos juízes até mesmo o poder de interpretar a lei. Não havia espaço para a discricionariedade judicial, por isso que os códigos deveriam ser completos, claros e coerentes. Resultado disso é que a insistência na total separação fez do juiz apenas o boca da lei, sem exercer qualquer atividade de inteligência. A rigor, o juiz era proibido mesmo de interpretar. Isso explica a razão pela qual o instituto do *stare decisis* foi rejeitado na tradição continental.

O perfil do juiz da *Civil Law*, contudo, vai mudar um pouco, como apontam Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p.66-67), com o surgimento das constituições rígidas e com a instituição do controle judicial de constitucionalidade das leis em alguns países da tradição continental. Trata-se de um processo que, como se sabe, ganha força a partir do final da segunda guerra mundial, quando emerge outro direito, aumenta-se o raio de ação do Judiciário e reduz-se o protagonismo do legislador. Para Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p.68), esse fenômeno faz com que em alguns países, como o Brasil, um juiz de primeiro grau possa rejeitar a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional. Mais que isso: as cortes constitucionais, dados os efeitos *erga omnes* de suas decisões, gozam de um prestígio comparado à Suprema Corte dos EUA.

Todas essas mudanças, contudo, não afastam a concepção tradicional de que na *Civil Law* o papel dos juízes é mais restrito se comparado ao dos juízes na *Common Law*, muito embora, nos últimos tempos venha crescendo. No Brasil, por exemplo, a partir da Constituição de 1988, é tamanho que já se fala em uma *República de Juízes*, tanto é o ativismo judicial que, às vezes, beira à arbitrariedade, num verdadeiro sintoma de hipertrofia desse poder.

3. CÓDIGOS e direito comum: de como o caminho se bifurca

Os códigos, fruto da chamada era das codificações que teve início no século XIX, não estão na origem da formação da tradição continental, mas, grosso modo, pode-se dizer que eles são o seu resultado mais acabado. Importante registrar que esse fenômeno – que irá contribuir para consolidar a diferença entre as duas tradições – não está dissociado dos

⁶ Trata-se de outro aspecto relevante na formação da *Civil Law* e que está na origem da rígida separação dos poderes. Em França, havia um temor de um governo de juízes por conta do histórico de suas atuações no período anterior à revolução francesa.



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

fatores políticos, sociais, culturais e ideológicos que abalaram a Europa a partir do século XVI. Para muito além disso, insista-se, é resultante.

Tanto na Europa Continental como na Inglaterra existiu um direito comum, o *jus commune*, resultado da junção entre o direito romano e o canônico, daí ser chamado de *romano-canônico*. Terá, contudo, destinos diferentes no Continente e na ilha, dando origem a duas tradições distintas, ainda que durante algum tempo tenham trilhado um caminho comum.

De fato, na Inglaterra, o *jus commune* será preservado, tornando-se *Common Law*; no Continente europeu, ele vai ser rejeitado. A partir desse pressuposto é que se compreende como na Europa Continental se deu o processo de codificação enquanto que na Inglaterra a influência do direito comum (*common law*) foi preservada. Contribuiu também para os destinos distintos o fato de que a *Common Law* nativa da Inglaterra se desenvolveu em bases diferentes daquela que caracterizaram a tradição continental.

Outro fenômeno relacionado com a formação da tradição continental será o surgimento da figura do Estado-Nação, responsável pela ruptura com o *jus commune*, que era aceito como a fonte comum do direito no medievo e no início da idade moderna. É que com a centralização do poder em torno do monarca no período do absolutismo e, mais à frente, com a afirmação da soberania dos Estados nacionais, a principal fonte do direito passou a ser estatal e com isso, o *jus commune* foi substituído pelos códigos. Nessa quadra, na primeira etapa, e com o fim do feudalismo, a autoridade do príncipe passa a ser a lei, cenário em que o *jus commune* e o direito consuetudinário até poderiam até ser aplicados, mas dependiam da vontade do soberano (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 46).

De certo modo, isso explica o surgimento do positivismo na Europa Continental, onde o processo legislativo se concentrou na figura do Estado centralizado e se aprofunda com as mudanças impostas pela revolução francesa, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra, onde a revolução (inglesa) não produziu efeitos radicais.

Da mesma forma, também explica porque a codificação avança na Europa Continental e não prospera na Inglaterra, que preservou muitas das formas do feudalismo, uma das razões pelas quais o *jus commune* não foi objeto de tanta rejeição, tal como ocorreu no continente.

Mais importante de tudo, a *common law* nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas diferentes daquelas que caracterizaram a *common law* continental, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e neste sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação. As implicações desta diferença de atitudes em relação à codificação nos mundos da *civil law* e da *common law* são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição ao *jus commune*, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a *common law*, nenhuma necessidade de codificação foi sentida (MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 47-48).



Nesse sentido, o positivismo estatal, fruto da soberania absoluta interna e externa do Estado, resultou no monopólio do processo legislativo. A ênfase dos revolucionários na estrita separação dos poderes exigiu que as leis, que, à época, se confundiam com o direito, fossem elaboradas somente pelo Poder Legislativo, uma vez que seus membros são eleitos diretamente pelo povo. Eis a razão, por exemplo, de o *stare decisis* ser incompatível com o princípio da separação dos poderes e, via de consequência, rejeitada pela tradição continental, dado que decisão judicial não é lei. Nesse contexto, o declínio do direito romano será tamanho que no século XIX a expressão “direito” se tornou sinônimo de lei e o Legislativo o poder supremo.

À vista do exposto, pode-se listar como fatores que contribuíram para a formação da *Civil Law*: a) a compilação de Justiniano; b) o fim da unidade em torno da aceitação unânime do *jus commune*, que prevaleceu durante o feudalismo e até início da era moderna c) a ideologia da revolução francesa, que se vê realizada na codificação; c) o surgimento do Estado-Nação, como principal e única fonte da lei (direito).

Numa perspectiva estritamente jurídica, percebe-se, portanto, que a rejeição ou a preservação do *jus commune* foram fatores determinantes para o surgimento de duas tradições jurídicas distintas (*Cível Law*, no primeiro caso; *Common Law*, no segundo). A rejeição provocou o surgimento e ênfase na codificação, como forte característica da tradição continental. Já a preservação, possibilitou o surgimento dos precedentes judiciais como a tônica maior na Inglaterra. Isso, em boa parte, explica as razões pelas quais o caminho que era comum se bifurcou: o modo como o *jus commune* foi recepcionado por uma e outra tradição.

Todas essas questões levantadas contribuíram para a formação do senso comum teórico em torno do qual se diz que a *Civil Law* é caracterizada, sobretudo, por normas codificadas, enquanto que na *Common Law* não existe codificação, visto que baseada sobretudo em precedentes judiciais. Mas, para Merryman e Perez-Perdomo (2009), trata-se de uma observação exageradamente simplificada, dado que há exceções numa e noutra tradição. Mais que isso, esse quadro contribuiu, inclusive, para o surgimento de uma ideia que começa a assumir grandes proporções e segundo a qual, como se abordará adiante, a tendência é a de aproximação entre as duas tradições, havendo, inclusive, quem aposte em fusão.

4. COMMON LAW: ORIGEM E FORMAÇÃO HISTÓRICAS DIFERENCIADAS

Trata-se a *Common Law* de uma tradição jurídica mais jovem se comparada com a *Civil Law*. De fato, se no ano de 533, com a publicação em Constantinopla do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, de certo modo já se podia falar em *Civil Law*, a *Common Law* tem



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

como marco zero o ano de 1006, data quem que os normandos⁷ conquistam a Inglaterra. Sua abrangência é também menor. Limitada à Inglaterra, esse cenário só vai mudar a partir da expansão do Império Britânico durante o colonialismo. Atualmente, além de toda a Grã-Bretanha, compreende OS Estados Unidos da América, Irlanda, Canadá. Austrália e Nova Zelândia, além de influenciar no direito de muitos países da Ásia e África.

A *Common Law*, fundamentalmente, pode ser entendida como o resultado da atividade dos tribunais do rei na Inglaterra a partir da conquista dos normandos, marco zero da tradição. Isso significa dizer que, diferentemente do que ocorreu no Continente europeu, sobretudo na França, a *Common Law*, na Inglaterra, não sofreu, de maneira contundente, as influências das lutas revolucionárias para a sua formação. Ademais, além de não existir uma teoria hierárquica das fontes de direito, tal como ocorre na *Civil Law*, onde a fonte é predominantemente estatal e se confunde com a lei, as principais fontes do direito são as decisões judiciais e as práticas costumeiras produzidas ao longo do tempo, portanto, baseadas em profundas raízes históricas e não como resultado de um processo revolucionário como ocorreu na França.

De fato, como vão dizer Merryman e Perez-Perdomo (2009), ao contrário do que ocorreu em França e na Alemanha, o domínio do Império Romano não deixou rastros permanentes na Inglaterra, tendo a *Common Law* se desenvolvido como resultado das atividades dos tribunais reais de justiça. Para os autores, os juízes da *Common Law* são heróis culturais, figuras paternas e conhecidos pelo nome, a exemplo de Marshall, Holmes e tantos outros, graças ao fato de que a tradição foi criada e se desenvolveu nas mãos dos juízes “que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que vincula os juízes que se lhe seguirão, através da doutrina do *stare decisis*, para que decidam similarmente casos semelhantes” (Merryman e Perez-Perdomo, 2009, p. 63).

Com efeito, na Inglaterra do Século XVII não se nutria uma desconfiança em relação aos juízes. Ao contrário, o Judiciário se aliou ao Parlamento contra a autoridade do rei, enquanto que na França tinha fortes laços com o *ancien regime*, daí a ideia de sua neutralização com a teoria da separação dos poderes. Disso resultou um direito dos juízes na Inglaterra e um direito dos legisladores na França.

Esse processo, contudo, na Inglaterra, não acontece sem ranhuras, à medida que a *Common Law* vai enfrentar problemas em decorrência do seu próprio esgotamento, favorecendo o surgimento de um sistema paralelo. Tal processo, que David (2002, p 370) chama de “esclerose da common law”, fez parte de outra etapa da formação da tradição anglo-americana que quase resultou na integração do direito inglês à tradição romano-canônica. Concorrendo diretamente com os Tribunais do Rei, em certa medida, foi responsável pela sua modernização, caso contrário, a ameaça de migração poderia se tornar real. Tal modelo alternativo, que rivalizou com o tradicional durante o século XIV, baseava-se, sobretudo, em queixas dos súditos insatisfeitos com as soluções adotadas nos

⁷ De acordo com Merryman e Pérez-Perdomo (2009), os normandos foram os responsáveis pelo fim da fragmentação do direito na Inglaterra, que se unificou a partir da aplicação do *jus commune* sobre todo seu território, sendo competente para conhecê-lo os tribunais do rei.



litígios pelos tribunais reais, hipótese em que o interessado recorria diretamente à autoridade do rei, por intermédio do Chanceler. Essa jurisdição alternativa ficou conhecida como *Equity Law*.

A *common law* estava exposta a um perigo duplo: o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de leis. Depois da sua notável expansão no século XIII, ela não escapou a qualquer desses perigos, e veio, por isto, a correr um enorme risco: o de ver formar-se [...] um sistema rival pelo qual seria, com o decorrer do tempo, abafada e suplantada [...]. Esse sistema rival... é a *equity*. [...] Os obstáculos existentes na administração da justiça pelos Tribunais de Westminster davam inevitavelmente origem a que, em numerosos casos, não fosse dada uma solução justa aos litígios. Nestes casos, aflorava naturalmente ao espírito da parte perdedora que lhe restava ainda uma possibilidade de obter justiça: era o recurso direito ao rei, fonte de toda a justiça e generosidade. [...] Consequentemente, aconteceu que, desde o século XIV, os particulares, não podendo obter justiça pelos Tribunais Reais, ou chocados pela solução dada à sua causa por esses tribunais, se dirigiram ao rei para lhe pedir que interviesse [...]. O recurso, em semelhante caso, passava normalmente pelo Chanceler; este transmitia-o ao rei, se o julgasse oportuno, o qual decidia no seu Conselho a solução para este recurso. (DAVID, 2002, p. 370-371).

Como bem pontificou David (2002), na *Equity Law*, embora os apelos fossem dirigidos ao rei, passavam antes pelo filtro do Chanceler que, agindo como um verdadeiro juiz, adotava rito processual e direito material inspirados no direito romano-canônico e não com base nos ritos dos tribunais reais, razão pela qual “o direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição da equidade do Chanceler e pela decadência da *common law*” (David, 2002, p. 373).

Há, contudo uma resistência por parte dos defensores dos tribunais da *Common Law*, que invocam a aliança que tinham com o Parlamento, mas, ao final, firmou-se um compromisso “para que subsistissem lado a lado, em equilíbrio de forças, os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler” (David, 2002, p. 373), com o que unificaram-se os dois sistemas, preservando-se assim a tradição *Common Law* que, no século XIX, vai passar por algumas reformas, sobretudo no que diz respeito à sua organização judiciária.

De sorte que, como síntese da formação da *Common Law*, pode-se, dentre outros, elencar os seguintes fatos: a) a conquista normanda; b) aplicação do *common law* propriamente dito por meio dos tribunais do reis; c) surgimento da jurisdição de equidade; iv) alteração da Lei de Organização Judiciária no século XIX.

5. as diferenças decorrentes dos caminhos bifurcados

Foi dito no início que, no princípio, havia uma matriz comum, um só direito (feudal) que, adiante, bifurca-se, e os caminhos se separam, embora isso não apague o período de comunhão entre o direito inglês e o continental. E como vai dizer Canengem (2010), é possível imaginar um direito feudal europeu que permaneceu comum a todos os países, “mesmo que o seu desenvolvimento no curso da Idade Média tardia tenha sido tarefa do judiciário em alguns países e da legislatura em outros” (2010, p. 79-80). Essa comunhão, de



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

que fala Caenegem, tem início na Idade Média inicial⁸ e se estende até meados do século XII.

Durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XII, era possível reconhecer o Direito inglês e o Direito continental como pertencentes a uma família jurídica germânica e feudal na substância e no processo. Exceto por possíveis complicações linguísticas, no tempo do rei Estevão, um viajante do continente não teria problemas para reconhecer as regras, argumentos e modos de prova em um tribunal senhorial, burguês (CAENEGEM, 2010, p. 80).

Todavia, um século depois, no reinado de Henrique II, quando foram promovidas reformas na organização judiciária e no processo judicial que modernizaram o direito inglês, o quadro muda. Enquanto o direito romano e o processo romano-canônico estavam transformando a vida no continente, “na Inglaterra surgira um Direito nativo, comum ao reino inteiro, que era – e permaneceu – livre da substância e do processo da nova moda continental”. De acordo ainda com o autor, o sucesso experimentado com as reformas foi tão grande que, “nos séculos seguintes, quando o modelo neorromano tornou-se disponível, não foi sentida a necessidade de renunciar ao sistema nativo” (Caenegem, 2010, p. 80).

As principais mudanças no reinado de Henrique II foram a fundação de um grupo de juízes régios com competência em primeira instância, para o reino inteiro, para solucionar litígios de certos tipos sobre terra (o que significa litígio feudal) e a introdução do júri nos casos civis e criminais como o modo padrão de prova (em vez dos ordálios e do combate judicial). Os litigantes acorreram a esses novos tribunais e seus novos processos – e pagaram pelo privilégio de serem ouvidos ali – e os juízes erigiram um Direito feudal comum (CAENEGEM, 2010, p. 80).

Para Caenegem (2010, p. 83), se é compreensível saber a razão pela qual a *Common Law* era tão diferente da *Civil Law* nas suas etapas iniciais, a questão que surge em seguida consiste em indagar sobre as razões pelas quais a tradição insular conservou seu caráter distinto ao longo dos séculos e porque, nessa formatação, chegou até os nossos dias.

Muito embora haja um consenso quando se diz que uma das principais características da *Civil Law* é a codificação, a maioria dos autores sustenta que a distinção marcante entre as duas tradições, não é exatamente a presença ou não da codificação em si – eis que, bem ou mal, em alguns países da *Common Law* também existe codificação –, mas sim a importância a ela conferida.

A par disso, outra importante diferença é destacada por David (2002, p.373): a ausência de uma revolução na Inglaterra que promovesse uma ruptura radical com o velho regime, o que impediu o surgimento de um novo modelo jurídico, além de preservar a continuidade de uma tradição. Já para Abboud (2015), a diferenciação entre as duas principais tradições ocidentais passa pelo exame rigoroso acerca da forma como se deu a recepção do direito romano e sua influência para a formação do direito escrito (*civil law*) e

⁸ De acordo com Vieira (2007, p. 108), o Império Romano dominou a região que hoje é conhecida como Inglaterra a partir dos três primeiros anos da Era Cristã, mas, a partir do ano 400 A.D., foi invadida pelos povos bárbaros e no ano de 1066 foi conquistada pelos normandos, que foram os responsáveis por introduzir na região formas organizadas de governo e de direito administrativo, resultando também na separação entre o Estado e a Igreja, a partir de quando criou-se o conceito de que o Rei era o supremo senhor.

costumeiro (*common law*). Dizendo de outro modo: a importância dada ao direito romano dentro do sistema jurídico de cada país é que definirá a diferenciação entre as duas tradições.

6. APROXIMAÇÕES ou do imbricamento necessário

Da leitura que se fez até aqui, fácil constatar que *codificação* e *precedentes* representam o ponto máximo de distanciamento entre as duas tradições. A relação foi tão tensionada que chegou à exaustão, dando-se início a um movimento contrário, de convergência. Se isso aponta para uma futura fusão⁹ não há como se saber ao certo, mas a (re) aproximação é evidente e não pode ser ignorada.

Com efeito, mesmo em se tratando de tradições distintas, “o mundo da *civil law* e o mundo da *common law* não estão isolados um do outro” e “como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas” (Merryman e Pérez-Perdomo, 2009, p. 25). Em reforço, os autores pontuam:

A Constituição dos Estados Unidos poderia ser parcialmente explicada pela influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve influência enorme na América Latina e na Europa. [...] O fato de que estas duas tradições jurídicas sejam de origem europeia deveria nos fazer refletir por um momento. Há, é claro, muitas outras tradições jurídicas no mundo atual, e algumas novas estão em processo de formação. A predominância das duas tradições aqui tratadas é o resultado direto do imperialismo europeu em séculos precedentes, assim como o predomínio do direito romano em priscas eras foi o produto do imperialismo de Roma (MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 26)

Com isso concorda Cappelletti (1999), ao dizer que, a par das diferenças existentes, nos últimos anos se deu uma efetiva aproximação entre os dois sistemas e o maior ponto de convergência vem a ser a atividade criativa do juiz cada vez mais crescente na *Civil Law* com o que se aproxima da *Common Law*. De fato, para o autor, como indícios de aproximação, cita o ativismo judicial na *Civil Law*, que consiste no aumento do poder criativo do direito pelos juízes, e o aumento da produção legislativa na *Common Law*. Do mesmo modo, a troca de ideias, informações, sugestões e soluções entre as duas tradições sugere uma “globalização judicial”, a revelar uma tendência para a formação de um sistema híbrido no futuro. Será?

A par disso, Cappelletti (1999, p. 111-128) elenca ainda outros movimentos de aproximação. Na *Civil Law*: *i*) processo de descodificação, caracterizado pela perda da condição de centralidade dos códigos; *ii*) o controle de constitucionalidade da lei, sobretudo quando o efeito é *erga omnes*; *iii*) o estabelecimento na legislação das chamadas cláusulas gerais, a exigir do juiz uma atividade interpretativa com o objetivo de adequar a norma jurídica à situação fática.

⁹ Possibilidade, miragem ou utopia? Como dirá Cappelletti (1999), trata-se de uma possibilidade.



Por outro lado, na *Common Law*: avanço na codificação, sendo que alguns precedentes são formados e oriundos da interpretação das leis escritas. Na Inglaterra, por exemplo, existe um Código de Processo Civil inglês (*Rules of civil procedure*) e nos EUA, a influência da *Civil Law* é crescente, com destaque para o Estado de Louisiana, que adota um sistema *Civil Law*, além do que há muita produção de lei por todos os EUA.

Uma coisa é certa: ambas as tradições se sujeitam ou já passaram por mudanças. No Brasil, particularmente, o processo de aproximação tem sido construído há algumas décadas, com foco nas decisões judiciais, de sorte a se conferir maior força à jurisprudência com o objetivo de assegurar coerência ao sistema, priorizar o razoável tempo do processo, diminuir o número de demandas que inviabilizam o exercício da função jurisdicional e garantir segurança jurídica e tratamento isonômico às partes em litígio. Tal processo, que alguns juristas chamam de *commonlização do direito*, chegou ao seu ponto culminante no Brasil com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015 que, no artigo 927, estabelece a obrigatoriedade dos precedentes.

7- AFINAL, QUEM SE DESVIOU DO CAMINHO?

Trata-se de uma pergunta recorrente. Como foi possível, dado que tanto o Continente europeu quanto a Inglaterra viveram sob o domínio do Império romano, surgiram duas tradições distintas? A quem atribuir o desvio do caminho até então era trilhado em conjunto?

De acordo com Caenegem (2010), apesar de a *Civil Law* ser a tradição da maioria dos países da Europa, uma leitura apressada levaria à conclusão de que o desvio pode ser atribuído à *Common Law*, afinal a Inglaterra era a única seguidora. Caenegem, contudo, conclui de forma diferente e atribui à *Civil Law* a responsabilidade pela mudança de curso. Para isso, teriam concorrido as duas principais características da tradição: “o fato de basear-se em um corpus juris autorizado e ser codificado” (Caenegem, 2010, p. 87).

Em reforço dessa constatação, Caenegem (2010) afirma que a veneração que gozarão os grandes códigos modernos até o fim do século XIX é comparável àquela pelo *Corpus Juris Civilis* na Idade Média. E mais: os próprios romanos não conheciam nada parecido com os códigos, uma vez que foi desenvolvido aos poucos no decorrer dos séculos por homens práticos (*judices*), juristas e pretores. Nesse sentido, “cuidava-se dos problemas quando eles surgiam, quando eram submetidos aos juristas, que davam suas opiniões e escreviam livros, ou ao governo imperial, que respondia por édito” (Caenegem, 2010, p. 87). Numa palavra: a prática no direito romano se aproxima mais da *Common Law*.

A ideia de que o Direito estava contido ou mesmo parcialmente oculto em algum livro antigo e tinha de ser verificado pelo método exegético era inteiramente estranho ao mundo romano. Roma tampouco emitiu códigos, como fez a Europa moderna, apesar de realmente ter produzido coletâneas privadas ou oficiais do material sobrevivente. Um exame da história mundial do Direito logo revela que a maioria das civilizações produziu seu Direito como fizeram os romanos e os



ingleses [...] para satisfazer as necessidades práticas à medida que surgiam e os tempos em mudança que o exigissem. Apenas o continente europeu, na Idade Média, veio a tratar o Direito como uma revelação atemporal contida em um livro sagrado: o *Corpus Juris* e o *Code Civil* tornaram-se as bíblias dos juristas (CAENEGEM, 2010, p. 87). Itálicos no original. Negritos acrescidos.

Para Caenegem (2010), é estranho que o mundo medieval tenha aceitado como autoridade final o direito (*Corpus Juris Civilis*) de uma sociedade extinta há vários séculos e que tenha reformulado inteiramente o seu próprio direito com base nesse texto sagrado¹⁰, quando o normal seria fazer como os ingleses: “desenvolver as regras existentes, modernizando os tribunais e seu processo e, gradualmente, erigindo nova casuística ou recorrendo ocasionalmente ao legislador” (Caenegem, 2010, p. 88). Se houve desvio, esse deve ser atribuído aos continentais, sentencia:

Vista sob essa luz, parece mais normal a maneira inglesa de desenvolver as regras existentes, modernizando os tribunais e seu processo e gradualmente erigindo nova casuística ou recorrendo ocasionalmente ao legislador, mas, quanto ao resto, permitindo que os profissionais realizem sua tarefa diária de arguir e julgar. Portanto, parece que – se houve divergência ou mesmo desvio – foram os continentais que divergiram e os ingleses seguiram o caminho comum. (CAENEGEM, 2010, p. 88).

Com razão, Caenegem. De fato, uma refletida análise sobre os procedimentos adotados pelos romanos vai dizer que eles já faziam algo parecido com a tradição na Ilha: extraíam as regras jurídicas dos casos concretos e aplicavam aos novos casos, como nos precedentes. Há também um componente político ideológico que não pode ser ignorado: a revolução francesa, pelas razões já mencionadas, promoveu o rompimento total com a ordem anterior, o que inclui o direito romano. No limite, por força da inabalável obsessão pela separação dos poderes, levou à proibição do juiz interpretar.

Numa palavra final: de maneira diversa, a tradição continental, ao optar pela codificação, subestimou a complexidade da vida, uma anomalia de que não foi acometida a *Common Law*, que, ao preservar o *jus commune*, ficou livre das amarras da codificação.

8. **precedentalização à BRASILEIRA: breve estudo crítico**

O processo de valorização da jurisprudência e das decisões judiciais, de um modo geral, é uma das formas de demonstração da aproximação entre as tradições *Civil Law* e *Common Law*, figurando aquela, por assim dizer, como sujeito passivo do imbricamento.

Segundo alguns juristas, o Brasil está passando por um processo de *commonlização* do direito, sendo o CPC de 2015 a prova mais acabada desse processo, a julgar pela redação do artigo 927, que introduz um sistema de precedentes no direito brasileiro.

¹⁰ Para esse fim, foi importante o papel dos glosadores.



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Nessa linha de raciocínio, essa *commonlização*, que tem nos precedentes o principal foco, consiste basicamente na importância dada nos últimos tempos à jurisprudência e às decisões judiciais, além do prestígio em relação à função criadora do juiz, de sorte que aquilo já vem sendo chamado de “*precedentalização à brasileira*” é o debate do momento. A questão, contudo, é controversa.

Com efeito, Rossi (2015, p. 254) vai dizer que atualmente “vários autores sugerem que estamos em franco avanço para o common law”, sendo que, na sua visão, “há até os mais otimistas que sustentam a commonlização, sugerindo que nossa tradição estaria deixando o superado *civil law* e migrando para algo melhor como o *common Law*!”. E destaca:

Os tentáculos do *common law* estariam na existência cada vez maior de vinculação à jurisprudência, resultado de reformas legislativas pontuais em que o Poder Legislativo – enfeitado pelo “canto da sereias dos precedentes”, em primeiro lugar, franqueará ao Poder Público a força e a razão para dizer o que é o direito, admitindo, por exemplo, que toda a decisão emanada do STF e do STJ teria efeito vinculante, tais como os recursos extraordinários com repercussão, os recursos especiais representativos de controvérsia e por aí a fora. (ROSSI, 2015, p. 254.)

Luís Roberto Barroso (2016), ministro do STF, em artigo publicado em conjunto com Patrícia P Campos Mello, sustenta que a criação do sistema de precedentes no CPC é o resultado da ascensão do Judiciário na CF/88, do acesso à justiça, da jurisdição de massa, da evolução da jurisprudência e sua valorização por meio de normas infraconstitucionais, aliado ao avanço do controle de constitucionalidade e da indiscutível aproximação entre as duas tradições jurídicas ocidentais, que, de um lado produz cada vez mais legislação (*Common Law*) e de outro valoriza cada vez mais as decisões judiciais (*Civil Law*).

Para os autores, há três razões para a adoção de um sistema de precedentes no Brasil: segurança jurídica, isonomia e eficiência, constituindo-se o CPC de 2015 em mais uma etapa do esforço de melhorar o funcionamento do Judiciário, de tornar a prestação jurisdicional mais previsível, rápida, isonômica e eficaz, sendo esses “os propósitos e os valores que levaram à criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015” (2016, p. 16-19).

Há, contudo, juristas que não se alinham com esse entendimento e criticam a aplicação de precedentes no direito brasileiro, tal como proposta. No geral, e cite-se, por todos, Lenio Streck (2013), Georges Abboud (2015) e Maurício Ramires (2010), a crítica centra-se no argumento de que a tentativa de introdução dos precedentes no Brasil se dá por via legislativa e não como resultado de um processo histórico, além de sua aplicação resultar de um método de subsunção e dedutivo, fruto de um raciocínio silogístico, como se de uma lei tratasse¹¹.

¹¹ Como anota Vieira, (2007), ao tratar do nascimento da *stare decisis*, os precedentes vinculantes nasceram porque “desde que foram criadas as diferentes Cortes de Justiça no reinado inglês, os juízes tinham o hábito de reunir-se para discutir os casos mais importantes e os mais complexos. [...] Em 1483, numa das decisões tomadas por maioria pela Câmara Exchequer, o Juiz-Chefe, ao pronunciar o julgamento, explicou que, apesar de discordar da decisão da Câmara, ele era obrigado a adotar a opinião da maioria. Esse julgamento foi um

De acordo com esses autores, a aplicação dos precedentes originais é contingencial, e não para o futuro como no caso brasileiro, e nem pode ser reduzido a uma súmula com verbete, o que não existe na *Common Law* (Streck e Abboud, 2013). Ademais, “a doutrina dos precedentes consiste numa teoria que alça as decisões judiciais à condição de fonte imediata do direito”, além do que “o precedente somente é obtido efetivamente após diversas aplicações futuras de um caso concreto anterior, ou seja, não há um verbeta que determina expressamente o que é um precedente” (Abboud, 2015, p. 330-331).

Rossi (2015), como já se percebeu, é outro autor que engrossa o coro dos descontentes, muito embora reconheça como inegável o intenso intercâmbio entre as duas tradições, não porque há uma melhor que outra, mas porque ambas, nessa quadra da história, “experimentam o constitucionalismo contemporâneo cuja raiz está no pós-positivismo, necessitando, por isso mesmo, buscar um referencial teórico único e apropriado a esse novo paradigma” (Rossi, 2015, p. 259).

Assim, em que pese o fato de autorizadas opiniões reconhecerem que o *civil law* teria se aproximado do *common law* e que o neoconstitucionalismo (e neoprocessualismo) teriam construído influxos de institutos jurídicos com um pretense arcabouço teórico mais eficaz e apto para lidar com os desafios da modernidade, forçando, assim, entre as duas tradições, um movimento conjunto rumo à permuta de institutos com esperança de obter soluções novas e compatíveis com o desenvolvimento jurídico para ambos, não concordamos com essa ideia. Primeiro, pelo simples fato de que, se influxos há, estes são nos dois sentidos, posto que a tradição do *common law* nunca recebeu tantos diplomas normativos como atualmente existem em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, por exemplo. Segundo, pelo fato de que não se desconhece a necessidade da existência de precedentes judiciais nas tradições jurídicas do *civil law*, por exemplo na Alemanha, conforme relatamos. O que não se concebe é a ideia de impor a cultura de precedentes por meio de delegação legislativa. (ROSSI, 2015, p. 255).

Para o autor, “não há como construir precedentes ou jurisprudência sólida mergulhados em conceitos gerais e abstratos, treinados para fazer o silogismo e a subsunção próprios do positivismo exegético” (Rossi, 2015, p. 256). E há outro perigo que precisa ser afastado na hora de se aplicar ou não um precedente contido num verbere ou súmula: “não há como delegarmos a decisão a um ato de escolha ou de vontade do julgador/aplicador (como Hans Kelsen), pautado na discricionariedade incontrollável e carente de adequada fundamentação, sem qualquer comprometimento com a integridade e a coerência das decisões” (Rossi, 2015, p. 256-257).

Rossi, para quem, a vinculação aos precedentes não trará a tão sonhada garantia de isonomia e segurança jurídica, como defende o ministro Barroso, insiste em dizer não se trata de rejeitar a aproximação entre as duas tradições jurídicas. O problema é outro, é o necessário filtro, como deixa claro no seguinte trecho:

Essa aproximação não autoriza, parece-nos, a importação de todo e qualquer instituto relativo e particularmente existente em cada uma das famílias e aplicá-lo simplesmente, como é o caso dos precedentes que, nos países do *common law*, é resultante de uma característica secular de seu

marco na história dos precedentes. Era óbvio que se a decisão da Câmara Exchequer obrigava os juízes que dela faziam parte, juízes que julgassem casos subsequentes envolvendo princípios já discutidos pela Câmara, se sentiriam obrigados a adotar tais princípios” (Vieira, 2007, p. 15).



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Poder Judiciário (e mesmo assim não é inteiramente vinculante). Enquanto prevalecer essa importação à brasileira, teremos precedentes altamente vinculantes (cuja aplicação dará ensejo a reclamação diretamente ao STF e STJ) fruto de imposição legislativa emanada tanto da Constituição quanto da legislação (ROSSI, 2015, p. 259).

Marinoni (2009), contudo, rebate as críticas e sustenta que não passa de um mito¹² a afirmação de que o *stare decisis* é incompatível com a *Civil Law*. Para ele, que vê a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro, pois seria de grande importância para o seu aperfeiçoamento, é provável que determinado estado americano tenha tantas leis quanto um país do continente europeu, que serão interpretadas por juízes, o que só confirma a tese de que a produção legislativa não exclui a necessidade de um sistema de precedentes, com um detalhe: “no *common law* a autoridade da lei é superior às decisões judiciais. De modo que a quantidade de lei e seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas de *common law* e *civillaw*” (Marinoni, 2009, p. 19).

Todos os pontos de vistas são perfeitamente sustentáveis. E a rigor, sequer há uma cizânia quanto à possibilidade de aplicação da teoria dos precedentes em países de tradição continental, pois é fato que isso ocorre na Alemanha. Em verdade, a preocupação não é tanto de fundo, mas de forma. É que o meio utilizado no Brasil, via legislação, não guarda realmente sintonia com o processo histórico de formação dos precedentes originais, além de outros fatores como o método de aplicação, de que já se falou acima. Por força disso, talvez caiba aqui a lição de Cappelletti (1999), que, ao falar das aproximações entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais, adverte para os perigos de uma aventura:

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-se justificadas pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais avançado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. **Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro.** Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica (CAPPELLETTI, 1999, p. 133-134). Negritos acrescidos.

Ou, numa palavra final: não custa lembrar que o Brasil é pródigo no repertório de recepções equivocadas, ou sem a necessária filtragem, de teorias alienígenas, de modo que é possível concluir com Ramires (2010) quando diz que “a prática jurídica brasileira é uma oficina de falsas facilidades. Talvez se possa dizer, sem exagero, que a invocação de

¹² Em verdade, no artigo intitulado *Aproximação crítica entre a jurisdição de Civil Law e Common Law e necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*, o autor fala de três mitos: “a relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial (o juiz cria o direito e não somente declara) e a *stare decisis* conduziu a três mitos: “i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz da *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da de seu colega da *civil law*; iii) o *stare decisis* é incompatível com a *civil law*” (MARINONI, 2009, p. 15).



precedentes judiciais para fundamentar posições jurídicas, da maneira como vulgarmente é feita, seja a principal delas” (2010, p. 147). Com efeito, de acordo com o autor,

há vários riscos intrínsecos a essa prática. O principal deles é a legitimação de uma metafísica jurídica, através do uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e deslocados *a posteriori* dos casos que lhe deram origem, Ementas e verbetes de casos passados são proposições generalizantes, que parecem gravitar sobre a realidade concreta e esperar por encaixes artificiais. Surgem, assim, aplicações de precedentes sem uma identificação suficiente entre o caso passado e o caso presente. Faltam aos juristas brasileiros noções primárias da teoria dos precedentes da *common law*, sistema baseado na *doctrine of stare decisis*. Forma-se, com isso, um sincretismo improvisado entre sistemas de direito; é improvisado porque importa a fórmula de invocação dos precedentes sem qualquer preocupação com a sua aplicabilidade. E aplicabilidade, aqui, tem dois sentidos: (a) a possibilidade, em geral, de uma resposta a um caso indicar a resposta de outro caso; (b) a adequação de um dado precedente a um caso presente. (RAMIRES, 2010, p. 148).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. *Civil Law* e *Common Law* são os dois principais modelos jurídicos de que se tem conhecimento. Por razões históricas e políticas, embora tendo origem comum, se desenvolveram de forma diferente, mas não estão imunes às influências recíprocas, tanto que a aproximação entre elas atualmente é real.

2. O direito romano está na origem das duas tradições, tendo influenciado na formação de ambas, mas a forma como ele foi recepcionado é distinta uma da outra, daí os caminhos diferentes percorridos por cada tradição.

3. A *Common Law*, expressão que significa direito comum a toda Inglaterra, tem um caráter essencialmente histórico na sua formação. A *Civil Law* decorre da influência do direito romano sobre os países da Europa Continental e é marcada pela codificação. Em ambas as tradições há uma preocupação com a segurança jurídica, obtida, conforme o caso, por meio das leis ou pelos precedentes judiciais.

4. A história explica que: a) a *Civil Law* e a *Common Law* foram desenvolvidas por órgãos diferentes: criação legislativa e judicial, respectivamente; b) a revolução francesa, com a tese da separação rígida dos poderes e o seu temor de um governo de juízes, exerceu grande influência na consolidação da tradição continental, que alcançou seu apogeu com a codificação durante o século XIX; c) na *Common Law*, os juízes não eram vistos com desconfiança, mas com prestígio, e a independência de que gozavam foi resultado da própria evolução histórica dessa tradição; d) estudos demonstram que a *Civil Law* foi quem mais contribuiu para a bifurcação do caminho até então trilhado em comunhão.

5. A linha de tensão entre as duas tradições já foi esticada até o seu limite desde que as tradições começaram a trilhar caminhos diferentes, mas atualmente vive-se um processo de distensão e de aproximação recíproca entre as duas tradições. Para alguns



COMMON LAW E CIVIL LAW: DA BIFURCAÇÃO À APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO DOS JUÍZES E O DIREITO DOS LEGISLADORES E UMA LEITURA CRÍTICA DA PRECEDENTALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

juristas, no Brasil, vive-se um processo de *commonlização* do direito, que tem no precedente o exemplo mais privilegiado, ainda que sua introdução tenha sido por via legislativa, o que contrária a história da formação dos precedentes na Inglaterra.

6. A controvérsia acerca dos precedentes no Brasil não está relacionada com o seu conteúdo ou com a necessidade de sua implantação. A cizânia diz respeito mais ao método de aplicação e à forma de introdução (via legislativa, como no CPC2015) do que com o conteúdo e/ou necessidade, sobretudo na perspectiva da coerência, isonomia e integridade do direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, GEORGES; CARINO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhado com uma nova ordem: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, 2016. In: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em: 01 fev.2017
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre a jurisdição de civil law e common law e necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In: Revista da Faculdade de Direito –UFPR, Curitiba, n 49, p. 11-58, 2009.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.
- STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.



STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Andreia Costa. *Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.