

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

HISTÓRIA DO DIREITO

REGINA VERA VILLAS BOAS

SANDRO ALEX DE SOUZA SIMÕES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Regina Vera Villas Boas; Sandro Alex De Souza Simões – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-862-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Os Coordenadores do GT “História do Direito” apresentam o presente Livro, relacionando os títulos e autores dos trabalhos científicos selecionados e efetivamente expostos no Grupo de Trabalho referido, que fez parte do XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, cuja temática principal foi o “DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, no período entre 13 e 15 de novembro de 2019, nas dependências do CESUPA.

Participaram do Encontro pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, das variadas regiões do Brasil, produzindo ricos debates e trocas de experiências, conhecimentos acadêmico-científicos e humanidades na metrópole da Amazônia, cujo papel na fronteira da civilização e da floresta é singular no Brasil, sendo a cidade mais populosa e desenvolvida na linha equatorial do planeta, considerados os desafios sócio-ambientais e as similaridades históricas das relações norte-sul e as dinâmicas de colonização que constituem uma perspectiva valiosa de análise comparativa ainda a ser melhor explorada.

O conjunto do imaginário antigo e medieval acerca das antípodas ou das terras desconhecidas e, decerto, inabitadas que remontam a pensadores centrais como Plínio, o velho, Cícero, Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha estará todo nas expectativas dos descobrimentos, a partir das navegações do sec. XV e envolve de perto a Amazônia brasileira, de onde pudemos encontrar tão fecundas contribuições neste Grupo de Trabalho sobre História do Direito, o qual, aqui, adquire um sentido peculiar para a compreensão do horizonte da tradição jurídica como elemento civilizatório.

Em se tratando de fatos situados no passado, diz-se que o historiador assume posição semelhante à do investigador na reconstituição de um crime – colhe, de maneira mediata, informações por meio de testemunhas. Ele não possui acesso direto aos fatos do passado. Este tipo de problema, contudo, não se restringe apenas ao estudo do passado.

No presente também, o horizonte do historiador encontra-se limitado por questões de perspectiva. Pois a percepção do indivíduo encontra-se estreitamente limitada a suas faculdades sensíveis e sua capacidade de atenção. Enfim, o estudo do presente não é, neste

sentido, privilegiado em relação ao estudo do passado, uma vez que todo o conhecimento da humanidade é, em substância, construído pelos testemunhos dos outros. Nós temos acesso imediato aos nossos próprios estados de consciência e nada mais.

Todavia, é de se por em questão, tal como ensina Marc Bloch, o dogma da intermediação imprescindível dos conhecimentos do historiador. Esta teoria, elaborada por historiadores mais antigos, levava como pressuposto a concepção da história como tragédia grega. Os fatos históricos deveriam ser recontados como episódios precisamente narrados. Com relação a alguns fatos, é verdade que a situação da investigação do historiador se assemelha à da brincadeira do telefone sem fio, dentro da qual ele se localiza na última posição...

Dessa maneira, a nova história utiliza como principais fontes os eventos do homem comum – as histórias da vida privada, por exemplo. A construção das “micro histórias” é o principal objetivo da escola histórica dos Annales.

Se muitas vezes o ofício do historiador está reduzido a conhecer somente aquilo que lhe é trazido por relatos de um estranho, na ângulo da microhistória, por diversas vezes, é possível ao historiador vislumbrar seu objeto com seus próprios olhos.

A diferença entre a investigação do passado remoto e a do passado recente é apenas de grau. O fundo do método continua o mesmo: trata-se de um conhecimento através de vestígios. Ou seja, o historiador pesquisa aquilo que nos resta de um fenômeno, que a nós é possível captar através dos sentidos de algo que pertence a um passado remoto ou mais recente.

O conhecimento do passado está sempre em progresso. O campo do conhecimento humano reservado à História está sempre em evolução, mesmo que a progressão tenha seus limites. A história nunca está presa ao passado e, pelo contrário, deve muitas de suas conquistas ao fato de seu início sempre se dar no presente.

Quanto ao Grupo de Trabalho, a seriedade das exposições, a diversidade das abordagens e o entusiasmo dos autores foi essencial para que se criasse um frutuoso ambiente de debate e colaboração. As exposições respeitaram as regras de exposição e debates, orientadas pelos Coordenadores. O tempo foi organizado de maneira a possibilitar para cada autor-expositor (autores-expositores) a apresentação de seu (s) texto (s), levando-se para o final das exposições, a realização de ricas discussões, ocorrendo, em seguida, o fechamento dos trabalhos pelos Coordenadores do GT.

Inicialmente, foram expostos 8 (oito) trabalhos no GT “História do Direito”, os quais fazem parte, então, do volume do presente Livro, aprovados e efetivamente apresentados no “XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, realizado em Belém do Pará, nos dias 13 a 15 de novembro de 2019, nas dependências do CESUPA – Centro Universitário do Pará.

1) Helano Márcio Vieira Rangel e Eveline De Castro Correia

Título: A importância da obra e da atuação política de Joaquim Nabuco para a construção da cultura jurídica contemporânea

Resumo: O estudo enfoca a obra de Joaquim Nabuco em sua prática abolicionista, monárquica e pan-americana. Há rara literatura que analise o seu trabalho e a cultura jurídica contemporânea, razão pela qual se justifica o presente ensaio. O objetivo principal do trabalho é, assim, analisar a obra e militância política de Joaquim Nabuco, a fim de demonstrar a sua importância para a construção contemporânea do Direito Constitucional e do Direito Internacional. Conclui-se que a cultura jurídica contemporânea se deve, em parte, ao esforço de homens como Nabuco, o qual se devotou à causa abolicionista. Trata-se de pesquisa explicativa, qualitativa e bibliográfica.

2) Romário Edson da Silva Rebelo

Título: A institucionalização de crianças e adolescentes: a “baixada” de Belém do Pará

Resumo: Ao longo de toda a história do Brasil, passando pela história de Belém do Pará, existiram diversas formas de institucionalização de crianças e adolescentes. Apesar de ser muito comum acreditar que essa prática envolve um segmento homogêneo, sempre apresentou diferenças com relação a vários fatores. A partir de pesquisa legislativa e documental, buscou-se compreendê-la em função de marcadores sociais de classe, gênero, raça, etnia, origem, situação de rua e deficiência. Concluiu-se, com isso, que são crianças e adolescentes da “baixada” que foram e continuam sendo alvos dessa prática em Belém do Pará, reproduzindo-se as mesmas violências estruturais do passado.

3) Thaís Dalla Corte e Carlos Eduardo Malinowski

Título: A perspectiva da qualidade da democracia perante a sua crise no século XXI

Resumo: Desde seu surgimento, a democracia alterou-se, não correspondendo o seu modelo antigo à democracia moderna. Nesse contexto, o conceito de democracia é dinâmico, pois altera-se conforme especificidades espaciais e temporais, o que ocasiona profusão e confusão em relação ao seu sentido. Em razão de um somatório de fatores inter-relacionados, a democracia esvaziou-se e, apesar de ser a forma de governo preponderante no mundo, encontra-se, supostamente, em declínio. Diante do exposto, este artigo, por meio do método indutivo aristotélico, objetiva problematizar a democracia no século XXI. Como resultado, conclui-se que se necessita repensar sua definição e práticas em busca de qualidade.

4) Bernardo Augusto da Costa Pereira

Título: Análise histórica comparativa entre os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxônico: a vinculação aos precedentes judiciais e a possibilidade de sua aplicação fora do Common Law

Resumo: O presente artigo realiza uma análise histórica das tradições jurídicas do civil law e do common law inglês, com o intuito de verificar se é possível desvincular a teoria do stare decisis da família jurídica Anglo-Saxônica, e aplicá-la nos países de tradição Romano Germânica. Primeiramente estudou-se o desenvolvimento histórico dessas tradições jurídicas. Posteriormente, faz-se uma análise da doutrina do stare decisis. Conclui-se que uma vez que a doutrina da vinculação obrigatória dos precedentes surgiu com o desenvolvimento do common law, sendo este anterior àquela, não há impossibilidade de sua aplicação em países filiados ao civil law.

6) Natália Altieri Santos De Oliveira e Luly Rodrigues Da Cunha Fischer

Título: Aplicação da lei de terras nos municípios do Pará e o regime de aforamentos no século XIX

Resumo: Analisa a Lei de Terras nos perímetros urbanos paraenses e seus reflexos no regime enfiteutico. Utiliza o método interpretativo histórico, e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Justifica-se pela importância do entendimento da influencia da lei de terras nos perímetros urbanos. Apresenta o contexto fundiário e político em que a Lei de Terras foi editada e seus reflexos nos perímetros urbanos. Analisa a lei provincial nº 394, de 1861. Discute os efeitos da lei de terras no sistema de aforamentos. Conclui que a Lei de Terras não foi aplicada nas áreas da décima urbana, mas foi aplicada em Belém.

7) Cristian Rodrigues Tenório e Alexander Rodrigues de Castro

Título: As raízes do direito à liberdade (e da personalidade) – painel sobre a questão humana, existência e dignidade nas Américas espanhola e lusitana no século XVI.

Resumo: O texto trabalha dois momentos de disputas sobre a condição humana consideradas pré-históricas (séc XVI) para os direitos humanos, as liberdades e os direitos de personalidade. Considerando dois eventos de debates: um, na América espanhola; outro, na portuguesa, e seus reflexos de pouco proveito normativo, mas de grande poder de afirmação histórica dos direitos humanos (de suas raízes às ramificações atuais).

8) Rodrigo Luz Peixoto e Roberta Camineiro Baggio

Título: Constitucionalismo fundacional na região de Nova Granada (1781-1830)

Resumo: O artigo aborda o constitucionalismo na região norte da América do Sul, na formação de Estados independentes desde o Vice-Reino espanhol de Nova Granada. O período abrange antecedentes das independências e estabilização das repúblicas independentes (1781-1837). Qual a influência das elites criollas nesse processo constituinte? O objetivo é identificar a influência dos discursos das elites constituintes. As conclusões sugerem uma compreensão das elites criollas em duas gerações (catalisadores e consolidadores da independência), com cisões ideológicas relevantes dentro de seu próprio campo. Essa elite conformou o processo constituinte relacionando-se com o contexto internacional e com a agência da população não-branca.

9) Victor Russo Fróes Rodrigues

Título: Jurista eloquente e jurista cientista: identificação de perfis intelectuais na cultura jurídica paraense da segunda metade do século XX

Resumo: O presente artigo analisa os perfis de dois juristas paraenses da segunda metade do século XX, Otávio Mendonça e Daniel Coelho de Souza, ambos advogados e professores da Faculdade de Direito do Pará. Utilizando o referencial teórico de Carlos Petit e Ricardo Marcelo Fonseca sobre os perfis de “jurista eloquente” e “jurista cientista”, percebe-se a convivência desses dois tipos de perfis na cultura jurídica paraense pelo menos até a década de 1950, período que é em muito afastado do marco de transição do modelo eloquente ao científico usualmente apontado para o contexto nacional dos juristas (1850)

Assim sendo, os Coordenadores do GT “Direito, Arte e Literatura - I” congratulam os autores dos trabalhos científicos apresentados no presente Grupo de Trabalho “Direito, Arte e

Literatura”, na certeza da contribuição que aportou às reflexões desenvolvidas no “XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, em Belém do Pará, nos dias 13 a 15 de novembro de 2019, nas dependências do CESUPA – Centro Universitário do Pará com a convicção de que a linha fortaleça-se e seja presença constante ao longo na Sociedade Científica do Direito brasileiro que é o CONPEDI.

Professora Doutora Regina Vera Villas Bôas - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL/SP (Unidade Lorena)

Professor Doutor Sandro Alex de Souza Simões - Universidade de Lisboa e Centro Universitário do Pará - CESUPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE HISTÓRICA COMPARATIVA ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÂNICO E ANGLO-SAXÔNICO: A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO FORA DO COMMON LAW

HISTORICAL COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE ROMAN-GERMANIC AND ANGLO-SAXON JURIDICAL SYSTEMS: JUDICIAL PRECEDENTS BINDING AND THE POSSIBILITY OF ITS APPLICATION OUTSIDE THE COMMON LAW:

Bernardo Augusto da Costa Pereira ¹

Resumo

O presente artigo realiza uma análise histórica das tradições jurídicas do civil law e do common law inglês, com o intuito de verificar se é possível desvincular a teoria do stare decisis da família jurídica Anglo-Saxônica, e aplicá-la nos países de tradição Romano Germânica. Primeiramente estudou-se o desenvolvimento histórico dessas tradições jurídicas. Posteriormente, faz-se uma análise da doutrina do stare decisis. Conclui-se que uma vez que a doutrina da vinculação obrigatória dos precedentes surgiu com o desenvolvimento do common law, sendo este anterior àquela, não há impossibilidade de sua aplicação em países filiados ao civil law.

Palavras-chave: Análise histórica, Civil law, Common law, Stare decisis, Precedentes judiciais

Abstract/Resumen/Résumé

This article provides a historical analysis of the legal traditions of civil law and english common law, to verify whether it's possible to separate the theory of stare decisis of the Anglo-Saxon legal family, and apply it in countries of Roman Germanic tradition. First it was studied the historical development of those juridical traditions. Subsequently, it's done an analysis of the doctrine of stare decisis. It was concluded that the doctrine of binding precedent emerged with the development of common law, which is prior to that, so there is no impossibility of its application in civil law countries.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Historical analysis, Civil law, Common law, Stare decisis, Judicial precedents

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Professor dos Cursos de Direito do CESUPA e FACI-WYDEN.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo surgiu em virtude da importância de analisar a doutrina do *stare decisis*, ou seja, a vinculação aos precedentes judiciais, especialmente considerando o momento por que passa o direito brasileiro. Atualmente o Poder Judiciário passa por uma crise institucional. A grande quantidade de demandas propostas, além de outras causas, não permite que os órgãos jurisdicionais atuem de forma célere e adequada.

No intuito de superar este difícil momento, diversas técnicas de vinculação das decisões judiciais foram implementadas no país, tais como a súmula vinculante, a repercussão geral, entre outras. O atual código de processo civil (lei n. 13.105/2015) pretende fortalecer esta lógica, privilegiando o respeito aos precedentes judiciais de cortes superiores.

Trata-se de momento mais que adequado para discutir acerca dos precedentes judiciais, tradicionalmente vinculados à família jurídica do *common law*. É necessário, portanto, estudar esta tradição jurídica, em cotejo com o *civil law*, família jurídica onde o Brasil tradicionalmente é incluído.

O objetivo geral deste artigo é realizar uma análise histórica comparativa entre as tradições do *civil law* e do *common law*, estudando momentos-chave do desenvolvimento temporal destas importantes tradições. Por sua vez, o objetivo específico é verificar se a teoria do *stare decisis* pode ser aplicada em países que não são, ao menos tradicionalmente, vinculados à família anglo-saxônica, como é o caso do Brasil, sem gerar incongruências internas.

Para corroborar a análise foi utilizada moderna doutrina, tanto estrangeira como nacional, por meio de livros jurídicos específicos acerca de precedentes, livros de história internacional e artigos jurídicos. Pretende-se, assim, que o presente trabalho acadêmico venha a auxiliar a comunidade jurídica ao tratar de tema de tão grande relevância para o atual momento jurídico brasileiro.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO CIVIL LAW

No presente tópico é elaborada breve análise histórica acerca da evolução do *civil law*. Primeiramente se apresenta a construção do direito comum na Europa, e posteriormente, o surgimento dos Estados Nacionais e das codificações. Por fim, se analisa a Revolução

Francesa e sua importância na construção do dogma de que o juiz deve apenas aplicar friamente a lei criada pelo Poder Legislativo.

2.1. *IUS COMMUNE*: A REDESCOBERTA DO DIREITO ROMANO

A recepção do direito romano é apontado como um dos elementos mais importantes para a diferenciação das traduções jurídicas do *civil law* e do *common law*. Enquanto que os textos do direito romano afetaram fortemente a tradição romano-germânica, isto não ocorreu com a Inglaterra.

Não se trata do direito romano como aplicado em Roma, mas sim de uma releitura dos textos romanos, especialmente do *Corpus Iuri Civilis*, redescoberto no norte da Itália no século XII.

Devido ao fortalecimento do comércio e das cidades, surgiu a necessidade de maior segurança jurídica. A eclosão do sistema romano-germânico nos séculos XII e XIII não dependeu de uma centralização política, o que permitiu que o direito concebido não ficasse limitado a fronteiras pré-definidas (DAVID, 2002, p. 40).

As universidades possuem papel fundamental para o desenvolvimento desse *Ius Commune*. Neste período, o direito feudal, consuetudinário, ainda era marcante na Europa Continental. As diversas tradições bárbaras ainda eram fontes do direito, e não poderiam ser ensinadas nas universidades, as quais consideravam o direito como modelo de organização social.

Apesar disto, havia algo que diferia da diversidade dos costumes bárbaros, e que atraía os estudiosos: o direito romano. Tratava-se de direito redescoberto há pouco tempo, escrito em latim, língua mantida pela Igreja, além de modelo de unicidade.

O direito romano passou a ser, juntamente com o direito canônico, ensinado nas universidades da Europa, o que se manteve por vários séculos. Havia então, um pluralismo jurídico: a convivência do direito romano, direito canônico e direitos locais.

Com o passar dos tempos, diversas “escolas” surgiram, ministrando o direito com métodos e de forma própria. Entre estas, tem vital importância a escola dos glosadores, que objetivavam explicar o sentido originário do direito romano e a escola dos pós-glosadores, ou comentadores, já no século XIV, que passa a utilizar os textos romanos como fundamento

para criação de novos institutos jurídicos, aplicáveis ao seu tempo. Há uma distorção fortíssima do direito romano original (DAVID, 2002, p. 44).

Paulo Drummond e Priscila Crocetti (2012, p. 48) afirmam que:

(...) Se os glosadores eram juristas acadêmicos, os comentadores, embora a grande maioria também fosse composta de professores universitários, vai ter uma atividade orientada para a prática, atuando como consultores de magistrados e de particulares (...)

Nota-se, portanto, o papel importantíssimo das universidades na construção de um direito comum na Europa baseado no direito romano, e na unidade jurídica advinda desse processo. Unidade esta que não sobreviveu ao fortalecimento da escola do direito natural e ao surgimento dos Estados Nacionais.

2.2. OS ESTADOS NACIONAIS E AS CODIFICAÇÕES

A construção dos Estados Nacionais representou uma mudança de paradigma, vez que exaltava fortemente a razão iluminista. Pautados nos ensinamentos da escola jusnaturalista racional, que objetivava construir um direito sistemático e com características científicas, superando a visão do direito divino anteriormente defendida, o direito passou a ser desejado como universal e certo, ganhando cada vez mais foco a produção legislativa. Da mesma forma, o surgimento das igrejas protestantes e da revolução científica contribuíram para uma quebra do modelo religiosa da época.

Conforme bem explicam Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi (2008, p.48):

A teoria jurídica também reflete essa tendência, representada no surgimento das doutrinas usualmente agrupadas sob a denominação jusnaturalismo racional. Com a quebra da unidade espiritual do Ocidente, era preciso deslocar para o exterior da doutrina cristã a justificação para a vigência do direito. E isto foi possível com a modificação empreendida por vários autores dos séculos XVI, XVII e XVIII que, com numerosas orientações metodológicas e diversas inspirações antropológico-filosóficas, passaram a concentrar no indivíduo o centro de suas investigações (...)

Neste momento histórico, aquele que possuía capacidade de produzir leis era o Monarca Soberano. Paulo Drummond e Priscila Crocetti (2012, p. 64) expõem que: “ao

Estado (Príncipe) através da Lei por ele emanada cabia regular a totalidade da vida em sociedade (...) através de normas concebidas pela razão humana”.

René David (2002, p. 65-66) considera dois os grandes êxitos da escola do direito natural: a elaboração de um direito público e a codificação. Esta última sendo a técnica que permite a realização da ambição da escola de direito natural, ao compilar metodicamente as normas que devem reger a sociedade contemporânea e ser aplicadas pelos tribunais. Este êxito acabou por fortalecer ainda mais a escola do positivismo jurídico, em face das aspirações iniciais da escola do direito natural.

A importância dada a codificação foi tamanha, que até hoje a produção legislativa é tradicionalmente (e erroneamente) considerada o grande elemento diferenciador entre *civil law* e *common law*.

De fato, a codificação exerce papel essencial nos países de tradição romano-germânica até os dias atuais, mas o que diferencia o *civil law* do *common law* é a pretensão exercida pelos códigos. No *civil law*, ele objetiva a completude das situações jurídicas possíveis, enquanto que no *common law* não há essa pretensão. O que diferencia as tradições jurídicas, no aspecto da codificação, é a ideologia subjacente ao direito legislado (MARINONI, 2012, p. 56).

2.3. A REVOLUÇÃO FRANCESA E O JUIZ *BOUCHE DE LA LOI*

Outro ponto que deve ser considerado nesta breve análise histórica acerca do *civil law* é a Revolução Francesa. Esta revolução burguesa objetivava retirar da Monarquia o poder, instituindo nova ordem jurídica. Neste aspecto foi uma verdadeira revolução. Winston Churchill (2009, p. 353), famoso estadista e historiador, afirma que:

A convulsão que sacudiu a França em 1789 foi totalmente diferente das revoluções ocorridas anteriormente pelo mundo. No século XVII, a Inglaterra vivera uma violenta mudança de poder entre a Coroa e o povo; mas as instituições básicas do estado permaneceram intocadas, ou pelo menos, foram logo restauradas (...)

Ocorre que não apenas o rei precisava ter seu poder reduzido, mas também aqueles que o apoiavam. E uma das principais classes que fazia isto era a dos magistrados. A solução foi reduzir o poder destes, tornando-os meras bocas da lei.

Antes da Revolução, os magistrados constituíam parte da aristocracia, herdando ou comprando seus cargos, interpretando o direito existente a favor de seus interesses. A legislação deveria ser produzida pelo parlamento, representantes verdadeiros do povo, sobrando ao Judiciário a mera aplicação mecânica do texto legal.

Tal posição foi fortemente influenciada por Montesquieu, que defendia claramente o enfraquecimento do Judiciário ao conceber a sua teoria da separação entre os poderes. Para Montesquieu (2010, p.172) seria um poder formado por seres inanimados, que seriam as bocas da lei, além de considera-lo nulo em relação aos outros poderes teorizados.

Montesquieu (2010, p.170) defende que “(...) se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que não sejam jamais senão um texto preciso da lei (...)”. Não se vislumbra em sua teoria espaço para a livre interpretação judicial.

Isto levou ao dogma de que o magistrado não poderia interpretar o direito, devendo seguir objetivamente o previsto pelo legislador. Dalmo de Abreu Dallari (2010, p. 107-108) aponta, acerca do direito francês e da codificação, que:

Aprovado pela Assembleia em 1804, o Código Civil passa a ser visto e utilizado como expressão máxima do Direito, a lei por excelência gozando de presunção de legitimidade e justiça. E assim se estabelece o que alguns teóricos franceses registram como verdadeira “idolatria da lei”, que tinha como expressão máxima o Código Civil. A partir daí, estudar o direito era estudar o Código Civil, e começam a aparecer obras teóricas que, embora com pouca ou nenhuma criatividade, limitando-se quase sempre a comentários literais dos artigos do Código Civil, vão produzir a teoria jurídica civilista (...)

A Revolução Francesa, portanto, acreditava que a lei seria capaz de gerar a igualdade e a liberdade, bandeiras tão almeçadas do movimento revolucionário. Com o passar dos anos esta ideia passou a ser considerada por muitos como verdade absoluta, algo que se reflete até os dias atuais.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO *COMMON LAW* INGLÊS

O presente tópico apresenta, sucintamente, momentos essenciais para o desenvolvimento do *common law* inglês, assim como para a doutrina do *stare decisis*. Está dividido em 4 sub tópicos, com o intuito de salientar e analisar individualmente tais momentos.

Inicialmente se analisa a conquista dos Normandos no ano de 1066, passando pela criação dos Tribunais Reais de *Westminster* e o desenvolvimento de um sistema dualista, onde coexistem o *common law* e a *equity*. Por fim, se apresenta a influência exercida pelo direito romano na Inglaterra, como forma de reforçar a diferenciação existente entre as tradições jurídicas estudadas.

3.1. A CONQUISTA DOS NORMANDOS

Um marco na história europeia e inglesa é o ano de 1066, quando a Inglaterra é conquistada pelos normandos, comandados por Guilherme, o Conquistador (*William, the Conqueror*). A importância deste momento não se deve a uma mudança de tradição jurídica, mas sim, pelo fato de ter constituído um poder central forte e administrativamente bem construído, já exercido no ducado da Normandia. Portanto, a partir desta data, inicia-se o processo de substituição da tradição tribal para o feudalismo, o qual difere fortemente daquele experimentado pelo continente.

Observe-se que os conquistadores e o próprio Guilherme, se localizavam em um reino estranho, com costumes diferenciados e língua própria, de modo que havia o receio de perderem seu poder recém-adquirido. Isto fez com que houvesse uma reunião do poder em torno de Guilherme, o Conquistador, de forma bastante organizada, com caráter militar. A relação entre o rei e seus súditos normandos estava regrada pelos costumes feudais do continente. Mas o mesmo não ocorria com os súditos ingleses.

A forma que Guilherme encontrou para evitar maiores choques foi a manutenção das leis saxônicas já existentes. Os costumes imemoriais do povo saxão, ou seja, a lei da terra – *the law of the land* – foi mantida. Sérgio Resende de Barros (2003, p. 297) trata do tema:

Destarte, a lei da terra se opôs ao rei invasor. A ele, os ilhéus contrapuseram práticas de liberdade, já tão entranhadas na terra pisada e repisada de invasões, que agora emergiam dela na forma de direitos. Nesta motivação peculiar a uma ilha curtida por invasões começou contra a ocupação normanda a oposição de direitos no mundo ocidental (...)

À época da conquista normanda, existiam as *County Courts* (Cortes dos Condados) e *Hundred Courts* (*Hundred* é uma subdivisão dos condados, logo, a corte responsável por esta localidade), assembleias de homens livres que decidiam os casos apresentados com base em

costumes locais. Após a conquista, estas cortes foram mantidas, mas com o passar dos tempos substituídas por cortes senhoriais, as quais também decidiriam os casos com base nos costumes. Percebe-se que não há nada de comum, ainda, nas decisões aplicadas. Elas se valem dos costumes locais e não do reino como um todo. Além dessas cortes, as jurisdições eclesiásticas aplicavam o direito canônico, comum à religião cristã.

3.2. OS TRIBUNAIS REAIS DE *WESTMINSTER*

O rei também exercia a justiça, contudo, apenas em situações excepcionais. A *Curia regis*, sua corte, era o local dos grandes debates, não sendo aberta para todos os interessados. Apesar disto, é este órgão que permitirá o surgimento do *common law*. Conforme ensina René David (2002, p. 360):

No interior da *Curia regis*, no século XVII, algumas organizações vão adquirir autonomia; é o caso do parlamento e também das diversas comissões com poderes jurisdicionais, que deixam de acompanhar o rei em suas viagens e fixam sua sede em *Westminster*. Estes Tribunais Reais de Justiça não adquirem entretanto uma competência universal. É necessário ter cuidado com as suscetibilidades dos senhores, que querem ser chefes nos seus domínios, e que não estão dispostos a submeter-se ao seu veredito (...).

Estes Tribunais Reais, juntamente com as *County e Hundred Courts*, além das jurisdições reais e eclesiásticas e as futuras jurisdições municipais ou comerciais exerciam a aplicação do direito na Inglaterra. Todavia os Tribunais de *Westminster* tinham uma característica diferenciada: sua jurisdição de caráter público, mesmo que limitada à certas causas, valia para todo o território, vez que era exercida pelo rei. Tratava-se de um direito comum, de uma *comune ley* ou *common law*.

Neste ponto, é importante frisar que a administração judicial proporciona lucros, e que o embate entre as jurisdições senhoriais e reais seria questão de tempo. E assim foi.

Houve uma convergência de interesses do rei e da população. Apenas a jurisdição real possuía capacidade de garantir a efetiva execução da decisão, além do comparecimento de testemunhas e instituição de júris. Em suma, pelas características reais, fornecia maiores garantias para os interessados, de modo que estes passaram a preferir tal jurisdição, em detrimento da senhorial, vez que as primeiras possuíam regras processuais mais modernas. Por sua vez, tais jurisdições obteriam maiores ganhos, com mais julgamentos.

Em obra específica acerca do Direito Inglês, René David (2006, p.5) afirma que:

O desenvolvimento da *common law* não se produziu sem atritos. Os senhores feudais, que haviam assumido, em seus domínios, a administração da justiça e que arrecadavam seus ganhos, opuseram-se à extensão da competência das Cortes Reais. Por isso o desenvolvimento dessa competência só se realizou gradativamente e sempre permanecendo, na medida do possível, no âmbito de normas processuais antigas (...)

Apesar de caso a caso, a competência das Cortes de *Westminster* foi se alargando. E este alargamento lento é marcante para o desenvolvimento do *common law*, e retratado pelo brocardo *remedies precede rights*. Para cada *writ* pretendido, havia um procedimento com características próprias. O mais importante era conseguir que sua causa fosse admitida pelo tribunal, de modo que a preocupação com o viés processual era maior que com o material. Preocupação diferente da que existia no Continente, onde o foco era nos direitos e obrigações (de caráter material) dos envolvidos. Não havia, desta maneira, como utilizar o direito romano, por exemplo, como base.

As jurisdições senhoriais e locais perderam sua importância no século XV, vez que as Cortes Reais passaram a agir com maior competência, mas estas só deixaram de ser, teoricamente, jurisdições de exceção até a segunda metade do século XIX (DAVID, 2006, p. 5).

3.3. A ESTRUTURA DUALISTA DO DIREITO INGLÊS: CORTES DE *COMMON LAW* E *EQUITY*

Neste momento já é possível perceber que o *common law* não seria capaz de, preso a um formalismo exacerbado, se desenvolver conforme as necessidades sociais. As dificuldades de acessar os Tribunais de *Westminster* geravam a necessidade de recorrer às jurisdições senhoriais e locais, que muitas vezes, não forneciam uma solução adequada. Além disso, as próprias decisões da jurisdição real poderiam ser injustas. Ocorre que o rei era a fonte maior de justiça, e era possível à parte perdedora recorrer diretamente a ele. A mesma lógica que criou os tribunais reais permitia este recurso. O rei poderia julgar, então, juntamente com seu conselho, conforme a equidade.

Ocorre que com o passar dos tempos estas petições se tornaram numerosas demais, e juntamente com as dificuldades da Guerra das Duas Rosas, surgiram motivos para delegar a competência para o chanceler. O chanceler passa a atuar cada vez mais como um juiz, e as decisões baseadas na equidade acabam se tornando sistemáticas, com procedimento mais próximo do direito canônico e romano, que aquele do *common law*.

Na verdade a *equity* – como veio a ser chamada a jurisprudência do chanceler – não era contrária à *common law*, limitando-se a complementá-la (DAVID, 2006, p. 8).

Ocorre que com o passar dos tempos as cortes de chancelaria começaram a se tornar preferíveis às de *common law*, vez que forneciam soluções mais modernas. As Cortes Reais de *Westminster* corriam o risco de perderem poder, da mesma forma que ocorreu com as cortes tradicionais e senhoriais. O fato é que as relações entre ambas as cortes não foram sempre harmoniosas, e uma grave crise ocorreu no século XVII.

As corte de chancelaria não tinham capacidade de auto executar suas decisões. Por sua vez, as cortes de *common law* entendiam que agia em legítima defesa aquele que se contrapusesse ao encarregado de executar determinada medida, inclusive o matando. O Rei Jaime I se manifestou favorável ao chanceler, gerando revolta no parlamento. Este, por sua vez, suprimiu a Câmara estrelada, outra espécie de jurisdição criada no século XVI, amedrontando a Corte de *Equity*. Estabeleceu-se o entendimento de que a corte de chancelaria não alargaria sua competência, não mais intervindo em assuntos do *common law*, mas ainda assim agindo, conforme seus próprios precedentes (DAVID, 2002, p.374).

Outro momento marcante na história inglesa e que não pode ser esquecido é a Revolução Gloriosa, em 1688, que instituiu a soberania do parlamento frente ao rei, e a posterior criação do *Bill of Rights* no ano seguinte. A Revolução Gloriosa objetivava fazer com que o rei respeitasse a tradição jurídica inglesa, não sendo, portanto, uma revolução propriamente dita. Não houve ruptura jurídica e sim uma forma de fortalecimento do direito já existente, do *common law*, que deveria ser superior ao monarca e ao próprio legislador.

Marcelo Ortolan (2012, p. 18) trata bem da supremacia do parlamento inglês, ao afirmar que:

Esse princípio não significou apenas a submissão do rei às leis emanadas do Parlamento, mas, de maneira mais ampla, a submissão do rei e do próprio conteúdo da produção legislativa do Parlamento ao direito inglês como um todo, ou seja a submissão ao *common law* (...)

Os magistrados não apoiavam o rei, e sim o parlamento, não havendo a necessidade de reduzir exclusivamente o poder dos juízes, como ocorreu com a Revolução Francesa.

Observa-se, por fim, que o direito inglês possuiu uma estrutura dualista, cortes de *common law* e cortes de *equity*, as quais foram unificadas apenas com os *Judicature Acts* de 1875, que admitia que todos os tribunais aplicassem tanto regras de *equity* como do *common law*.

3.4. A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO SOBRE A INGLATERRA

Conforme já mencionado, o direito romano teve papel no desenvolvimento histórico tanto do *common law* como do *civil law*, mas de forma diferente. Paralelamente ao desenrolar histórico que ocorreu no continente, e já tratado neste trabalho, o direito romano teve um impacto diverso na tradição jurídica inglesa. Um dos motivos para isto foi o fato de que não havia necessidade de se ter formação universitária para atuar na prática jurídica inglesa. René David (2006, p. 3) ensina que:

(...) As Universidades inglesas também ensinaram, é verdade, apenas o direito romano, mas sua influência foi desprezível, pois nunca se exigiu, na Inglaterra, que juízes ou advogados tivessem título universitário. Ao contrário do que aconteceu na França, onde as jurisdições que aplicavam os costumes locais caíram em desuso (...)

Desta forma, os ensinamentos das universidades passaram sem grande impacto na prática jurídica da Inglaterra, explicando porque não há grande impacto doutrinário no momento inicial da formação desta tradição jurídica.

É verdade também que quando a tradição jurídica romana alcançou a Inglaterra, ela já possuía um sistema desenvolvido e enraizado no julgamento de casos concretos, não sendo interessante, nem factível, a alteração de uma tradição já consolidada. Isto ficou claro quando do embate crítico entre as cortes de *common law* e de *equity*, o que culminou no enfraquecimento desta última.

Apesar disto, a influência existiu e precisa ser considerada na formação da tradição jurídica ora estudada¹. Na verdade, se o direito romano, como concebido na idade média e moderna (as quais as críticas anteriores se referem), não foi capaz de influenciar o *common law* de fora, o fez de dentro, e isto não se deu apenas com o uso de expressões latinas consagradas até hoje².

O império romano estabeleceu uma província chamada de Britânia, na região centro-sul da atual ilha da Grã-Bretanha, por volta do ano 55 A. C., que perdurou por 400 anos, até as legiões romanas abandonarem a região para defender o império das invasões bárbaras. No período de ocupação a presença do direito romano foi considerável, tendo, inclusive, casos concretos ocorridos na ilha discutidos por juristas romanos. Todavia, a Grã- Bretanha, como um todo, nunca foi conquistada por Roma, e as regiões dominadas ofereciam frequentes oposições, fato este que também contribuiu para uma menor influência do direito romano na região.

O direito romano retornou à Grã-Bretanha com a conversão dos invasores anglo saxônicos ao cristianismo, o que permeou a tradição jurídica e a própria *law of the land* com elementos romanos, os quais se mantiveram com o passar dos séculos. (SHERMAN, 1914, p.318-321).

Não se deve esquecer que a existência de uma Constituição, já na Idade Moderna, a qual obrigava o rei, era comum a ambas as tradições jurídicas, mas que em virtude, também, da postura religiosa inglesa, o direito continental era visto como papista e absolutista, logo, alvo de preconceitos. Outro fator que denota a semelhança entre a tradição do *common law* e o direito romano é apontada por Hespanha (2012, p. 254):

(...) Do ponto de vista estrutural, atenta a estreita margem de discricionariedade atribuída aos juízes perante o sistema de *writs* ou ações, a influência do direito régio era maior. No entanto, este direito não era o direito atual, mas o direito consuetudinário, enraizado numa tradição de julgar consubstanciada na regra do precedente e codificada nos registros (*records*) dos tribunais. Deste modo, o direito inglês acabava por se assemelhar bastante, na sua gramática formal, ao sistema de direito pretoriano dos romanos, constituído por regras de julgar, finalmente codificadas nos editos dos pretores.

¹ Para um estudo mais específico acerca da influência do direito romano no *common law*, vide: SHERMAN, Charles P. *The Romanization of English Law*. Yale law journal, n. 318, 1914; STANOJEVIC, Obrad. *Roman Law and Common Law – a difereferent point of view*. Loyola Law Review, n. 269, 1990.

² Entre as várias expressões latinas que permearam e ainda permeiam a tradição jurídica do *common law* tem-se: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *jus commune* (*common law*) e *stare decisis et non qujeta movere*.

Portanto não se deve esquecer que ao se afirmar que o direito romano não teve impacto no *common law*, este direito romano é aquele redescoberto na Idade Média, já que o direito romano original se encontra enraizado na tradição jurídica, desde tempos (quase) imemoriais, na própria *lei da terra*. Charles P. Sherman (1914, p. 329) aponta uma lista de elementos que demonstram a contribuição do direito romano para o *common law* contemporâneo:

But the Romanization of English law has not been small: a summary of specific contributions from Roman to English law reveals the great indebtedness of our law to the law of Rome. Most of the basic principles of the English law of Admiralty, Wills, Successions, Obligations, Contracts, Easements, Liens, Mortgages, Adverse Possession, Corporations, Judgments, Evidence, come from the survival or revival of Roman law in English law. The fundamental conceptions of Habeas Corpus and Trial by Jury as well as many principles of the law of Torts are of Roman origin. That dearly cherished principle and familiar, palladium of English liberty, - "every man's house is his castle", - is not of Anglo-Saxon, but of Roman origin. It is first found in the era of the Roman Republic, when the barbarians in Britain or Germany had no houses worthy of the name: Digest 2, 4, 18 expressly prohibits forcing a man from his house to drag him to court, thus reaffirming Cicero's statement of the same prohibition. Finally, it is interesting to also note that our statutes resemble somewhat in form the Constitutions of the Roman emperors, and our reported cases the Responsa Prudentium as contained in the Digest³.

Outro ponto que deve ser desmistificado é a crença de que o direito romano se baseava exclusivamente em leis escritas. O uso de casos era elemento marcante, e não havia uma sistematização das regras, como se observa nos países do *civil law* atual (STANOJEVIC, 1990, p. 271).

4. STARE DECISIS: A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

³ “Mas a romanização do Direito Inglês não foi pequena: um resumo de contribuições específicas do direito romano para o inglês revela a grande dívida do nosso direito ao direito de Roma. A maioria dos princípios básicos do direito Inglês do Almirantado, Vontades, Sucessões, Obrigações, Contratos, Servidões de Passagem, Penhoras, Hipotecas, Usucapião, Corporações, Julgamentos, Evidências, vêm da sobrevivência ou renascimento do direito romano no Direito Inglês. As concepções fundamentais do Habeas Corpus e julgamento pelo júri, assim como muitos princípios do direito de atos ilícitos são de origem romana. Aquele princípio valorizado e familiar, paládio da liberdade inglesa, - "a casa de cada homem é seu castelo", - não é Anglo-Saxão, mas de origem romana. É encontrado pela primeira vez na era da República Romana, quando os bárbaros na Bretanha ou na Alemanha não tinham casas dignas do nome: Digesto 2, 4, 18 proíbe expressamente forçar um homem a sair de sua casa para arrastá-lo ao tribunal, assim, reafirmando a declaração de Cícero sobre a mesma proibição. Finalmente, é interessante notar também que os nossos estatutos se assemelham um pouco na forma das Constituições dos imperadores romanos, e os nossos casos relatados a *Responsa Prudentium* como contida no Digesto”. Traduzido pelo autor.

O marco da doutrina do *stare decisis* se deu com a unificação das jurisdições após os *Judicature Acts*, que permitiram uma hierarquia judiciária mais rígida. Antes disso se buscava uma coerência nos julgamentos, todavia não existia uma obrigatoriedade de seguir um entendimento pretérito.

A doutrina do *stare decisis et non quieta movere* prega o respeito aos precedentes, tanto no âmbito vertical como horizontal. Ou seja, os precedentes de determinada corte vincularão as cortes inferiores, sem que a recíproca seja verdadeira, e os precedentes da própria corte a vinculará, partindo do princípio que o órgão judicial emanará decisões consistentes.

Gustavo Nogueira (2011, p. 163) explana que:

Mantenha-se a decisão e mão mexa no que está quieto. É dessa forma que a expressão em latim revela a importância do respeito aos precedentes, e é a expressão utilizada para dar nome à teoria segundo a qual os juízes estão vinculados às decisões do passado, que aqui serão chamadas de precedentes (...) sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*). É preciso, portanto definir um precedente, premissa fundamental para que se saiba o que vai vincular a resolução dos casos futuros.

Acerca do surgimento da força vinculante dos precedentes é importante a lição de Tiago Lima (2013, p. 100):

De toda sorte, nem sempre o precedente judicial no sistema inglês teve força vinculante, passando, na verdade, a auferir esse status definitivamente no ano de 1898, julgando o caso *London Tramways Ltd. v. London County Council*, oportunidade na qual a *House of Lords* reconheceu a obrigatoriedade de seguir a sua anterior decisão. Na mesma ocasião, foi mais além e determinou também a obrigatoriedade de vinculação das cortes inferiores à sua decisão.

Mesmo que anteriormente já se tivessem decisões que tratassem acerca do caráter vinculante do precedente, a decisão supracitada é considerada o marco para a doutrina do *stare decisis*.

Após estas observações é possível perceber que a doutrina da vinculação aos precedentes não surgiu junto com o *common law*. Pelo contrário, é fruto do desenvolvimento histórico deste, uma característica moderna, advinda do respeito aos precedentes e da maior

organização judiciária alcançada na Inglaterra. Esta hierarquia funcional organizada é essencial para a correta utilização do precedente vinculante. Conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 105):

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionada a posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica do *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia horizontal interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia vertical externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário.

Desta forma, vincular tal doutrina com o próprio *common law* é um erro. Trata-se de uma consequência advinda do caráter jurisprudencial do direito inglês, e não o contrário. O *common law*, considerado como o direito aplicável ao reino inglês pelas Cortes Reais de *Westminster* surgiu séculos antes da força vinculante dos precedentes.

A Revolução Francesa, momento que marcou a submissão do Judiciário frente ao Legislativo, é um expoente claro da tradição jurídica do *civil law* na busca de maior segurança jurídica e igualdade. O fato de o legislador conceber normas que seriam sempre aplicadas da mesma forma para o caso concreto denota este anseio.

Vale apontar que, atualmente, o posicionamento da *House of Lords* (cuja atual denominação é *United Kingdom Supreme Court*) segue o *Practice Statement* (Declaração de Práticas) de 1966, que definiu que a vinculação aos precedentes não é absoluta, podendo ser afastada em casos específicos pela própria Corte Suprema. Isto não afetou as corte inferiores, que ainda precisam seguir o posicionamento do grau superior. Trata-se de doutrina em constante evolução⁴.

Portanto, uma vez que o objetivo é a busca da igualdade e da segurança jurídica, é bastante plausível que países de tradição romano-germânica, que forneçam grande importância para a jurisprudência, como é o caso do Brasil nos últimos anos, possam instituir a doutrina do *stare decisis*. Não há impedimento lógico para isto; pelo contrário, é uma forma real de buscar o fim almejado. Neste sentido, Marinoni (2012, p. 33) afirma, corretamente, que:

⁴ Para um maior aprofundamento acerca da evolução histórica do *common law* inglês, vide: PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Ademais não há que se confundir *common law* com *stare decisis*. Ora, o *common law*, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*.

Já existem diversos mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro que concedem grande importância aos precedentes judiciais, tais como a repercussão geral, a súmula vinculante, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), entre outros. José Henrique Mouta Araújo (2013, p.164) aponta que:

A preocupação quanto ao *tempo do processo* aponta, ademais, para a ampliação da *verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas*. Os Tribunais Superiores, neste sentido, não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas, sim, como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional (grifos do autor).

O próprio Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015) pretende conceder ainda mais importância para a doutrina ora estudada, seja criando novos mecanismos, seja ampliando o caráter vinculante dos já existentes.

O objetivo não é apenas acelerar o julgamento das demandas existentes, mas sim, também, evitar a propositura de novas. Jean Carlos Dias (2009, p. 100) aponta tal problema:

Quando, em um sistema jurídico, são permitidos, de forma ampla e irrestrita, julgamentos divergentes a respeito do mesmo tema, o efeito do ponto de vista do cálculo das expectativas é que nenhuma das partes terá condições reais de prever o desfecho de sua demanda.

A aproximação do direito brasileiro, tradicionalmente vinculado ao *civil law*, com os institutos próprios do *common law* é uma realidade e tendência imutável. Trata-se de uma tentativa de superar a chamada Crise do Judiciário, impingindo celeridade ao julgamento das demandas, com base em precedentes vinculantes, especialmente nos casos de demandas repetitivas, como previdenciárias e consumeristas.

Apesar disto, não se pode esquecer que a aplicação dos precedentes no Brasil se trata de um grande desafio, como bem pontuam Gisele Góes e Arthur Silva (2017, p.156):

Os desafios para a implementação de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil são muitos. Não é possível afirmar que a simples inclusão de normas no texto da lei é capaz de estabelecer tal sistema. Consolidar uma forte teoria dos precedentes, compreender as ferramentas do sistema para a correta aplicação dos atos normativos judiciais como fonte do direito e preparar os juristas, por meio de uma educação jurídica específica para tal fim, são alguns dos desafios prioritários. Porém, considerando que a formação do sistema precedentalista brasileiro advirá a partir de uma opção político-legislativa, também é importante que o texto das leis que tratam do assunto seja redigido com rigor técnico, bem como interpretado da maneira mais adequada para a efetivação dos precedentes e súmulas como fonte do direito.

Ainda assim, independente de todas as críticas, o fato da doutrina do *stare decisis* ter sido desenvolvida em países de tradição anglo-saxônica, não impede a aplicação no direito brasileiro, mesmo que não seja originalmente da mesma tradição jurídica. Lembre-se que os ordenamentos jurídicos evoluem e a recepção de técnicas de sistemas diferentes é outra forma de demonstrar as tentativas de superação de suas crises internas. Tanto é verdade, que a influência entre o *common law* e o *civil law* é recíproca, sendo produzidas cada vez mais leis escritas nos países filiado ao primeiro, em sua busca por segurança jurídica.

A discussão, conforme já se defendeu (Pereira, 2017, p. 258) não deve ser focada na possibilidade/impossibilidade do uso dos precedentes judiciais no Brasil, mas sim em como garantir a sua boa aplicação.

5. CONCLUSÃO

Após o presente estudo, verifica-se que é possível aplicar a doutrina do *stare decisis et non quita movere* em países de tradição do *civil law*, vez que a doutrina estudada não é elemento originário da tradição jurídica anglo-saxônica, mas sim aspecto decorrente de sua evolução.

Analisando a evolução histórica do *civil law*, desde o período do *ius commune*, passando pelos Estados Nacionais e a codificação, até se chegar na Revolução Francesa, é possível concluir que o dogma que prega a estrita observância da lei pelo Judiciário é fruto de uma construção teórica de um dado momento histórico, inspirado principalmente por Montesquieu.

Por sua vez, a análise do desenvolvimento histórico do *common law*, desde a conquista pelos normandos, passando pela formação do *common law*, propriamente dito, de

sua convivência com as cortes de *equity*, e da influência exercida pelo direito romano, permite a conclusão que a doutrina do *stare decisis* não surgiu com as Cortes Reais de *Westminster*, pelo contrario, veio a ser estabelecida séculos depois. Portanto, é possível separar a doutrina de vinculação aos precedentes da tradição jurídica anglo-saxônica.

A possibilidade desta divisão permite que países, inclusive do *civil law*, que concedam grande importância para as decisões judiciais, possam aplicar tal teoria sem que haja uma incompatibilidade lógica com os sistema jurídico nacional, como é o caso do Brasil.

Inclusive, existem diversos mecanismos que se baseiam no respeito aos precedentes, tais como a repercussão geral e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). O atual Código de Processo Civil fortalece esta noção de respeito aos precedentes, no intuito de acelerar o julgamento de demandas, e assim, conseguir superar a chamada Crise do Judiciário.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Estudos de direito processual*. Belém: Paka-Tatu, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHURCHILL, Winston. *Uma história dos povos de língua inglesa*. Volume único. Tradução por Vera Giambastiani, Gleuber Vieira, Antônio Sepúlveda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e UniverCidade, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

_____, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins fontes, 2002.

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In. MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes; SILVA, Arthur Laércio Homci da Costa. *A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/27ixgmd9/mgg256zf/16s9S49IwAy3Y863.pdf>>. Acesso em: 01.09.2019.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

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

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common Law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em

perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In. MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2 ed Salvador: JusPODIVM, 2012

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Universidade de Brasília e Finatec, 2008.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa Pereira. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SHERMAN, Charles P. *The Romanization of English Law*. Yale law journal, n. 318, 1914. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 02.09.2019.

STANOJEVIC, Obrad. *Roman Law and Common Law – a different point of view*. Loyola Law Review, n. 269, 1991. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 02.09.2019.

TUCCI, Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.