

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

MÔNICA BONETTI COUTO

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elda Coelho De Azevedo Bussinguer; Flávio Luís de Oliveira; Mônica Bonetti Couto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-411-2

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

Foi com imensa satisfação que coordenamos, conjuntamente, o Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II” no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI: “DESIGUALDADE E DESENVOLVIMENTO: o papel do Direito nas políticas públicas”, realizado em Brasília /DF no período de 19 a 21 de julho de 2017.

O tema versado no aludido Grupo de Trabalho se revela, indubitavelmente, dos mais atuais e relevantes. Encontra-se na ordem do dia – e em toda a mídia – a preocupação e os expedientes levados a efeito com relação à (in)eficiência do sistema de Justiça brasileiro.

Duas razões, a nosso ver, parecem explicar tamanho interesse sobre o tema. Em primeiro lugar, a asfixia do Poder Judiciário brasileiro que, segundo o Relatório Justiça em Números - 2016, editado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, já ultrapassou a inacreditável marca de 100 milhões de processos pendentes. A outra razão decorre da edição – e de todos os problemas interpretativos e de aplicação – do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde 17 de março de 2016.

Desde a 'commonlização' do sistema jurídico brasileiro, passando pela tutela coletiva, e desembocando em questões trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (carga dinâmica da prova, tutela da evidência, limitação das astreintes, dentre outros relevantes assuntos), todos os temas apresentados relevam uma premente preocupação com a efetividade do sistema.

Profª Drª. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (FDV)

Profa. Dra. Mônica Bonetti Couto - UNINOVE

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira (ITE)

A SEGURANÇA JURÍDICA: UM ENFOQUE NOS SISTEMAS DA CIVIL LAW E COMMON LAW

LEGAL CERTAINTY: A FOCUS ON THE CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS

Raquel Tome Soveral ¹

Luciano de Araujo Migliavacca ²

Resumo

A tutela jurisdicional pressupõe a ideia de segurança jurídica, revelando-se imperioso o estudo acerca desta temática sob o enfoque dos sistemas da civil law e common law. Assim, questiona-se o viés da segurança jurídica e suas nuances nestes sistemas. Por meio do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, este ensaio tem por objetivo demonstrar a segurança jurídica sob o enfoque dos referidos sistemas, demonstrando, por fim, a necessidade de conferir coerência nas decisões judiciais em ambos os sistemas para que se alcance a ideia de efetividade.

Palavras-chave: Civil law, Common law, Jurisdição, Previsibilidade, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Judicial protection presupposes the idea of legal certainty, and it is imperative to study this subject under the civil law and common law systems approach. Thus, the bias of legal certainty and its nuances in these systems is questioned. Through the hypothetico-deductive method and the bibliographical research, this essay aims to demonstrate legal certainty under the systems approach, showing, finally, the need to ensure consistency in judicial decisions in both systems in order to achieve Idea of effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil law, Common law, Jurisdiction, Predictability, Legal certainty

¹ Mestre em Direito – UNISC. Mestre em dupla titulação em Direitos Humanos - UMINHO. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal - IMED. Professora. Advogada.

² Doutorando em Direito - DINTER UNESA / IMED. Mestre em Direito – UNISC. Coordenador da Escola de Direito da IMED - Passo Fundo. Professor. Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A tutela jurisdicional, sob o argumento da efetividade, pressupõe a ideia de segurança jurídica, razão pela qual revela-se imperioso o estudo acerca desta temática sob o viés dos sistemas da *civil e common law*, salientando a incorporação do sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento processual brasileiro.

A temática deste ensaio ganha relevância no momento em que se compreende que em ambos os sistemas existe a conotação da previsibilidade como face de maior relevância da segurança jurídica, justamente pela padronização das decisões judiciais, variando apenas o mecanismo para tal objetivo, e pela observância da lei.

Diante da necessidade de conferir segurança jurídica aos cidadãos brasileiros, exigência que advém com a Constituição Federal de 1988, especialmente no tocante a prestação da tutela jurisdicional, este artigo tem como problemática o estudo acerca das nuances que são possíveis verificar nos sistemas da *civil e common law* no tocante a segurança jurídica.

Assim, objetiva-se realizar um estudo sobre o que se entende por *civil law e common law*, correlacionando suas peculiaridades no tocante a possibilitar aos ordenamentos jurídicos conferirem segurança jurídica, especialmente por entender que esta se revela como finalidade no sentido de previsibilidade na prestação jurisdicional, perpassando pela compreensão desde a confirmação da supremacia legal até a noção da importância da interpretação judicial.

Destaca-se que este ensaio tem como método de pesquisa bibliográfica o uso de doutrinas, e busca, por meio do método hipotético-dedutivo, realizar um estudo acerca da segurança jurídica sob o enfoque denotado nos sistemas da *civil e da common law*.

Dessa forma, será abordada a compreensão acerca da segurança jurídica como garantia a ser respeitada quando da prestação jurisdicional enquanto noção de certeza e previsibilidade sob o viés dos sistemas da *civil law e da common law*, destacando a representação da segurança jurídica em cada um destes sistemas.

2 A REPRESENTAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA SOB O VIÉS DOS SISTEMAS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

Impõe-se a compreensão dos dois sistemas denominados *civil law e common law* visualizando suas peculiaridades – mesmo o Brasil não adotando o segundo sistema - no

tocante à segurança jurídica em face da instrumentalização desse instituto pelo Código de Processo Civil de 2015 e a suposta *commonlização* do direito brasileiro.

Além disso, oportuno referir a maior importância atribuída ao “direito jurisprudencial ou *judge-made-law* com a expansão da atividade judicial e do *judicial review* em grande número dos Estados Constitucionais contemporâneos” (BARBOZA, 2014, p. 239)

Destaca-se tal importância conforme assinalado por Merryman e Pérez-Mordomo ao abordarem o tema segurança jurídica na *civil law* “*certainty is, of course, an objective in all legal systems, but in the civil law tradition it has come to be a kind of supreme value, an unquestioned dogma, a fundamental goal*”¹ (2007, p. 48).

Como preconizado por Streck, a busca por segurança jurídica nas decisões judiciais fez com que países adotassem mecanismos cujo objetivo era essencialmente o de uniformizar a jurisprudência (1998, p. 93).

Tal aspecto revela-se inerente a quaisquer dos sistemas jurídicos, dando a conotação de previsibilidade como face mais relevante da segurança jurídica pela padronização das decisões judiciais, variando apenas o mecanismo para tal objetivo.

Marinoni (2012, p. 4), sem atentar ao sistema da *civil* ou *common law*, credita à previsibilidade a ideia de segurança jurídica sobretudo diante da interpretação judicial,

Percíbese que, cuando existe una crisis de colaboración en la realización del derecho material y los textos normativos encuentran diversas interpretaciones en el Poder Judicial, lo que obviamente importa son las decisiones judiciales, momento en el que la dimensión normativa de los textos encuentra expresión y no el texto normativo abstractamente considerado. Ahora, si la previsibilidad no depende de la norma en la que la acción se funda, pero sí de su interpretación judicial, es evidente que la seguridad jurídica está ligada a la decisión judicial y no a la norma jurídica en abstracto [...] Lo curioso es que, el derecho legislado, en lugar de construir un presupuesto, representa un obstáculo para la seguridad jurídica. Eso se da no sólo en razón de la hiperinflación legislativa o en virtud de ser imposible el pleno conocimiento de las reglas legales, sino, substancialmente porque el sistema de derecho legislado no liga la previsibilidad y la confianza a quien define lo que es el derecho. No obstante, si el conocimiento de las reglas legales puede no ser presupuesto para la previsibilidad, lo mismo no se puede decir en relación a la univocidad de interpretación de las normas². (2012, p. 4)

¹ Tradução livre: A certeza é, naturalmente, um objetivo em todos os sistemas jurídicos, mas na tradição do direito civil ela veio a ser uma espécie de valor supremo, um dogma inquestionável, um objetivo fundamental "

² Tradução livre: “Perceba que quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e textos legais são diferentes interpretações no Judiciário, o que obviamente questões são decisões judiciais, na dimensão normativa dos textos é expressão e não abstratamente considerado o texto regulamentar. Agora, se a previsibilidade não é dependente do padrão em que se baseia a ação, mas a sua interpretação judicial, é claro que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não a norma legal em abstrato [...] O engraçado é que a lei estatutária, ao invés de construir um orçamento, representa um obstáculo à segurança jurídica. Isso acontece não só por causa da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das normas

Verifica-se, nesse sentido, que independentemente do sistema (*civil* ou *common law*), a segurança jurídica revela-se como objetivo no sentido de previsibilidade na prestação jurisdicional, razão pela qual passa-se a discorrer, ainda que de forma sintética, sobre tais sistemas.

Teresa Wambier (2009, p. 53-54) destaca que o sistema da *common law* - numa compreensão não totalmente incorreta - pode ser compreendido, que foi como ainda é hoje, por sua prerrogativa essencial que reside no entendimento de que os casos concretos julgados são considerados fontes do direito, conferindo a diretriz de que casos iguais devem ter decisões iguais, sendo que antigamente os costumes é que norteavam as decisões e hoje as jurisprudências. Diferentemente surgiu o sistema da *civil law* que tinha como objetivo a busca de um sistema harmônico e coerente, a fim de possibilitar o controle de abusos mantendo-se a igualdade.

Dentro de um panorama histórico deve-se atentar que o direito romano teve uma atuação forte até por volta dos séculos V e VI, tendo seus textos sido descobertos ao final do século XI, sendo que os textos encontrados muitas vezes eram divergentes - inclusive deve-se destacar aqui que o *Corpus Juris Civilis* não se consistia num código - e isso exigiu dos procedimentos complexos para poder conferir harmonia entre eles, assim surgindo as regras e o direito sido trabalhado pelas universidades. Ainda, quanto ao sistema da *civil law*, deve-se destacar a Revolução Francesa, pois o pilar deste sistema está justamente na transferência de poder - do rei para a Nação (WAMBIER, 2009, p. 54).

Após a Revolução Francesa, a atividade jurisdicional passou apenas à aplicação das leis, sem qualquer exercício de interpretação (GOMES DE FILIPPO, 2012, p. 214)

Notória a vinculação entre o sistema da *civil law* e a atuação do Poder Legislativo, já que nesse sistema o Estado tem a prerrogativa de aplicar as leis realizadas pelo legislador, razão explicada no sentido de que:

O legislativo, em sua condição de ente mais representativo enquanto corpo de maior acesso (ao menos em princípios) aos fatos “legislativos”, encontra-se em melhor posição para decidir se um novo direito subjetivo deva ou não ser criado (POSNER, 2007, p. 344).

legais, mas substancialmente porque o sistema de lei ordinária não se liga a previsibilidade e confiança que define o que é certo. No entanto, se o conhecimento das normas legais não pode ter previsão de orçamento, o mesmo não pode ser dito em relação à singularidade da interpretação das regras.”

Ademais, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 146) refere que o conhecimento das normas liga-se à ideia de codificação, no sentido de que os códigos seriam capazes de regular de forma completa todas as situações que pudessem surgir, ou seja, que a tradição estampada na *civil law*, onde há a supremacia do legislativo, oferece leis codificadas claramente e que os magistrados beberiam desta fonte como única e capaz de suprir quaisquer dúvidas.

A obediência à lei era considerada fórmula indispensável para se atender aos ideais da Revolução Francesa cujo reflexo gerou as bases para o sistema da *Civil law*, “o qual continuou sendo caracterizado, por muito tempo, pela obediência irrestrita à lei, independentemente de seu conteúdo e sem se questionar eventuais injustiças que poderiam advir em virtude de sua aplicação” (GOMES DE FILIPPO, 2012, p. 214).

A repercussão em relação à tônica do sistema em reconhecer a função primordial do processo de criação da lei, identifica a ideia de segurança jurídica no teor do texto, bastando ao Judiciário a mera aplicação. A ideia de previsibilidade encontrava-se ínsita na própria lei, sendo suficiente mero processo de subsunção.

De acordo com Marinoni,

imaginava-se que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas (2009, p.31).

Conclui o autor que “certeza jurídica seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade” [...] “razão pela qual entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais” impedindo, por conseguinte, que os juízes destoassem da lei em suas decisões (o que representaria a ruptura dos propósitos revolucionários (MARINONI, 2009, p 34).

Denota-se, aqui, a conotação da segurança jurídica como certeza (à semelhança da terminologia italiana) decorrente da mera aplicação da lei diante da completude da norma, sendo desnecessário ao julgar promover interpretação diversa da própria letra da lei.

Ocorre que, com as inúmeras modificações da sociedade moderna, o direito teve que adaptar-se, principalmente em decorrência do acesso à justiça, ideal almejado pelos juristas de *civil law*.

Dessa forma, os casos levados ao Poder Judiciário, nitidamente com maiores complexidades, obrigaram a se entender que o texto de lei é um instrumento insuficiente e que

a flexibilização é necessária (WAMBIER, 2009, p. 55). Corroborando a esta noção, Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 146):

não só que a Codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador –, como, também, que a idéia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada.

Inobstante tivesse a lei a função, desde o positivismo, de proporcionar, no *civil law*, a ideia de segurança jurídica e estabilidade, denota-se, pelo exposto, evidências de incerteza advindas de uma cultura judicial peculiar, instabilidade política, hiperinflação legislativa, dentre outros fatores.

A insuficiência da norma para atender às situações em concreto exigiram dos julgadores a interpretação para uma aplicação efetiva do Direito, gerando, dada a gama de variações interpretativas verdadeira incerteza.

D'Amato refere que a codificação não resolve o problema da incerteza em razão de adotar expressões genéricas para aplicação da lei:

The codes themselves inevitably had rules using words such as "reasonable," "due," "ordinary," and the like, opening vast areas of uncertainty. [...] The very complexity of a code also offers a barrier to judicial attempts to interpret its language in light of the purposes or intentions of the framers (witness the Internal Revenue Code).³ (2010, p. 21-22)

Destarte, a doutrina do *stare decisis*, a qual preceitua que as sentenças judiciais vinculam as partes do conflito em apreço bem como os próximos casos parecidos que na sequência sejam apreciados, é ponto essencial da *common law*. Desta forma, os precedentes correspondem a técnica principal de aplicação do direito, porém, errôneo pensar que eles seriam o direito propriamente dito, ou seja, quando da análise do direito aos casos em concreto futuros ao precedente consolidado, os juízes tem autonomia para pensar acerca dos argumentos anteriores conforme o caso apresentado sob a ótica da razoabilidade, a fim de que se possa proferir uma decisão válida (KOZICKI; PUGLIESE, 2016, p. 8-9).

³ Tradução livre: “Os próprios códigos, inevitavelmente, tinham regras usando palavras como "razoável", "devido", "ordinário" e outros semelhantes, abrindo vastas áreas de incerteza. [...] A própria complexidade de um código também oferece uma barreira às tentativas judiciais de interpretar sua linguagem à luz dos propósitos ou intenções dos autores (testemunhar o propósito interno do código)”

A coerência na *common law* denota a ideia de segurança jurídica decorrente da estabilidade das decisões como pode se aferir em Coudert :

Nevertheless, a reasonable degree of certainty is a necessity in every system of law; as a consequence, the common law doctrine of *Stare Decisis* was gradually evolved by the English law courts as one mode of bringing about some sort of coherence in the justice administered by tribunals and in formulating the justice into rules of law (1914, p. 3)⁴

Nota-se que, em contraponto com o sistema do direito escrito, a *common law* o direito é do juiz, já que neste modelo se "resgatou a função mais "realizadora" dos pretores da época romana clássica[...]. A referida tradição guarda relação a um juiz (democraticamente) atuante (expressão que não deve ser confundida com ativismos ou decisionismos)" (ISAIA, 2012, p. 145).

De acordo com Barboza (2014, p. 48) o sistema da *common law* "foi fundado segundo um discurso racional no qual os juízes, guiados pela coerência ou harmonia da razão no direito, aplicavam as máximas do direito às infinitas diversidades das questões humanas que lhes eram confrontadas".

Em outras palavras, Timm afirma que "o *common law* é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízos reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais" (2005, p. 1).

Em análise apertada Warren H. Carroll (1963, p.1085) afirma que

*The system of law which we possess and must preserve goes by the name of the "common law". Its pragmatism has often been extolled; its essential principles have been harder to determine. Lacking a neat codification or a pre-existing rationale, it has had to seek its jurisprudential exposition through a congruence with the broader guidelines of the natural law or in an amoral analysis of its "positive law" which excludes questions of justification or even of justice almost altogether. It is true that the common law does not lend itself readily to metaphysics, or even teleology. But it is not chaos, for all that its analysts sometimes make it seem so. The proof of that lies in the immense political stability of the English-speaking peoples wherever they have established themselves in the world, bringing the common law with them.*⁵

⁴ Tradução livre: "No entanto, um grau razoável de certeza é uma necessidade em todo sistema jurídico; como consequência, a doutrina de *common law* da *Stare decisis* foi gradualmente evoluindo pelos tribunais ingleses como um modo de criar uma espécie de coerência na justiça administrada pelos tribunais e na formulação da justiça em regras de direito."

⁵ Tradução livre: O sistema jurídico que possuímos e que devemos preservar passa pelo nome de "*common law*". Seu pragmatismo tem sido frequentemente exaltado; seus princípios essenciais têm sido mais difíceis de determinar. A falta de uma codificação pura ou de um raciocínio pré-existente, teve que buscar sua exposição jurisprudencial por uma congruência com as diretrizes mais amplas da lei natural ou em uma análise amoral de sua "lei positiva" que exclui questões de justificação ou mesmo de justiça quase completamente. É verdade que a *common law* não se presta facilmente à metafísica, nem mesmo à teleologia. Mas não é caos, por tudo o que seus

Tal sistema está marcado pelo fato de o direito ser coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo, além de garantir-lhe o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento. (GROSSI, 2006, p. 55-56).

Os juízes encontram os verdadeiros fundamentos do direito nos casos já decididos, “desse modo, em novos casos, haverá respostas jurídicas esperando para serem desenhadas a partir dos casos antigos” (BARBOZA, 2014, p. 48).

Representa assim, em contraponto ao *Civil Law*, o “dia a dia dos Tribunais, com a construção paulatina de entendimentos jurisprudenciais, marcados pela influência cultural sobre os temas”, donde se extrai sua característica de “aplicação das regras extraídas de julgamentos a outros casos iguais ou semelhantes, o que gera estabilidade ao sistema, diante da previbilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário” (GOMES DE FILIPPO, 2012, p. 215).

A segurança jurídica na *common law* encontra nos precedentes a sua base enquanto estabilidade e previsibilidade: “as regras de direito formuladas nas decisões judiciais devem ser rigorosamente cumpridas pelos juízes sob pena de comprometer a estabilidade do sistema. Por isto, a jurisprudência é vinculante” (TIMM, 2005, p. 1).

Focando-se na segurança jurídica, Estefânia Barboza afirma que

No *common law* tem-se segurança jurídica dando-se força de lei às decisões judiciais, algo que era proibido pela tradição do *civil law*. Assim, diversas decisões judiciais ao longo do tempo garantem uma variedade de exemplos de decisões, regras e princípios que devem ser obedecidos. Um conjunto de decisões pode dar mais certeza, segurança e previsibilidade ao direito do que apenas leis escritas. Enquanto a certeza e a segurança jurídica são argumentos a favor da *stare decisis* nos países de tradição no *common law*, são contra a *stare decisis* no *civil law*. (2014, p. 239)

Desta forma, resta evidente que a *common law* reflete:

que o Direito produzido pelos tribunais forma uma moldura de raciocínio prático que orienta a organização social. Não se trata, portanto, de uma noção de direito como um conjunto de regras organizadas ou codificadas, como se costuma conceber nos sistemas de *Civil Law* (KOZICKI; PUGLIESE, 2016, p. 9).

Assim sendo, tem-se que no sistema da *civil law* os precedentes correspondem a uma fonte secundária do direito, uma vez que a lei e os códigos são a primária, em que pese na

analistas às vezes fazem parecer assim. A prova disso reside na imensa estabilidade política dos povos de língua inglesa onde quer que se tenham estabelecido no mundo, trazendo consigo o *common law*.

prática jurisdicional informalmente se aderiu a observância aos precedentes, justamente em decorrência de um recebimento de casos idênticos (ALMEIDA; ALMEIDA, 2016, p. 35).

Corroborando a esta afirmativa referem Vincy Fon e Francesco Parisi (2006, p. 532) que tal sistema, portanto, adota os precedentes de forma que "*certain aspects of contemporary law may have stabilized, while others are in a state of flux*"⁶ e, ainda conclui os autores que quando se estiver diante de casos considerados mais corriqueiros é esperado coerência a fim de promover certeza às partes, de outro modo, quando se estiver diante de questões jurídicas específicas, a exigência de uma mesma consistência passada poderia ser prejudicial, no sentido de impedir a adaptação e experimentação de novas aplicações.

A lei, embora tenha sua função de estabelecer ideal de previsibilidade, confere-se ao Judiciário a atribuição de moldar, mediante atividade interpretativa, a norma ao longo do tempo, sedimentando posicionamento acerca da sua aplicabilidade.

Para que seja possibilitada uma compreensão robusta entre esses sistemas eficaz, ainda, mostrar o comparativo realizado por Cristiano Becker Isaia (2012, p. 145):

[...] os modelos da *common law* e da *civil law* diferenciam-se ante o fato de que o primeiro guarda relação a um direito criado e modelado pelos juízes, enquanto que na tradição do direito civil os mesmos são funcionários públicos a quem cabe simplesmente (e de forma neutra) declarar o direito antevisto pelo legislador, fator que foi alimentado pela ânsia iluminista da busca da certeza (e segurança), que em processo receberia, como única condição de possibilidade, a sistematização do procedimento ordinário por meio da investigação exauriente da prova pelo juiz e seus auxiliares.

Veja-se que no paradigma da *common law* o caso é tido como a regra, enquanto que a legislação é utilizada excepcionalmente complementando quando as decisões já proferidas deixarem algum tipo de lacuna, enquanto que a *civil law* estipula um caminho ao contrário (MORETO, 2012, p. 14).

Pode-se afirmar que a codificação das leis e sua aplicação pelos juízes obedecendo especialmente a este ideário - leis positivadas - reflete o sistema da *civil law* e que a utilização de decisões passadas enquanto fonte do direito para a tomada de decisões futuras corresponde ao chamado sistema da *common law*, ou seja, naquele sistema ganha maior relevo os legisladores e neste os magistrados.

Como mencionado anteriormente, os ideais da Revolução Francesa tinham como condão proibir o juiz de interpretar a lei atento ao fato de que sendo essa clara e completa

⁶ Tradução livre: "Certos aspectos do direito contemporâneo podem ter se estabilizado, enquanto outros estão em um estado de fluxo."

caberia ao julgador simplesmente aplicá-la dispensando-se a a aplicação ou restrição do alcance da lei, sem se deparar com sua ausência ou conflito entre as normas; em havendo conflito, obscuridade ou falta de lei, caberia ao juiz apresentar a questão ao Legislativo para que esse promovesse a “interpretação autorizada” (MARINONI, 2009, p.31-32).

Segundo Barboza (2014, p. 74), estaria o Judiciário, no sistema da *civil law*, relegado “a um papel menor, como mero operador do direito, a realizar uma interpretação mecanicista da lei”.

Revela-se, assim, o destaque no legislativo visto que a *civil law* alça “a lei a uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito” (STRECK, 2014, p. 31)

Após traçar as principais diferenças que são observadas entre esses dois sistemas, cumpre referir conforme aduz Mariana Moreto (2012, p. 16) que:

Apesar das diferenças entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, cada vez maior tem sido a interação entre eles, sendo possível identificar um movimento migratório rumo a um direito de “meio-termo”: ao mesmo tempo em que os países de *common law* têm feito uso, em certos casos, do papel persuasivo da jurisprudência (referindo-se, por vezes, até mesmo a decisões reiteradas de cortes de outros países), e adotado textos codificados, os países de *civil law* têm, em algumas situações, dotado o precedente judicial de eficácia vinculante, ou quase vinculante. As influências mútuas demonstram que o momento é de desconstrução de paradigmas.

Destaca-se, dentre as diferenças entre os sistemas, a questão inerente à aplicação

What makes the difference between civil law and common law is not as much the content of the law as its methodology and conditions of implementation. The structure of civil law may seem simpler to apply: comprising written rules and completed by a system of interpretation, it has its own efficiency which seems to be reflected by its dissemination throughout the world⁷ (DEFFAINS; KESSEDJIAN, 2015, p. 30)

O ordenamento jurídico brasileiro adota como sistema a *civil law*, com a codificação das leis devendo os magistrados quando do exercício da sua função típica de atentar primeiro ao que estipula a lei para num segundo plano consultar decisões anteriormente proferidas, como no caso do uso de jurisprudências (ISAIA, 2012, p. 144).

Na concepção romano-germânica, a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação, ou seja, com força normativa inferior a essa, sendo possível aferir a

⁷ Tradução livre: O que faz a diferença entre o direito civil e o common law não é tanto o conteúdo da lei como sua metodologia e condições de implementação. A estrutura do direito civil pode parecer mais simples de aplicar: compreendendo regras escritas e completado por um sistema de interpretação, tem sua própria eficiência que parece refletir-se pela sua disseminação em todo o mundo.

importância da jurisprudência apenas se for levado em conta a sua relação com a lei (STRECK, 2014, p. 35).

No mesmo sentido, Barboza identifica nuances que distinguem os dois sistemas:

O common law pode ser considerado um sistema aberto, na medida em que é possível encontrar a solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas principalmente na razão. Em contrapartida, o civil law pode ser considerado fechado, eis que presume que, para cada lide, pelo menos em tese, deve haver uma norma aplicável (2014, p. 47).

Outrossim, inegável atentar para o fato de que seja qual for o sistema adotado pelos ordenamentos jurídicos o direito deverá ser previsto e aplicado de forma consistente aos diversos e diferentes casos postos a apreciação judicial. Ressaltando, que as sociedades estão em constantes modificações, o que acaba por exigir adequações do direito e de quem o opera.

Outra distinção marcante entre esses dois institutos reside acerca da segurança jurídica que cada um possibilita ao direito: enquanto no sistema do direito em leis - Europa ocidental - a segurança é conferida por meio da lei, uma vez que limita a operação julgadora, o sistema da *common law* - Inglaterra - a jurisdição tem um poder equiparada ao poder da legislação, e a segurança advém das decisões já proferidas, as quais iram servir de base para os casos vindouros (GALIO, 2014, p. 241).

Ganha relevo dentro da sistemática apresentada o entrelace existente entre esses dois sistemas e a segurança jurídica, destacando que a codificação não é o aspecto que distingue os dois sistemas:

O common law também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do civil law para o common law é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No common law, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no common law, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do common law o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o civil law e o common law, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à idéia de Código. (MARINONI, 2009, p. 30).

Como destacado, ambos os sistemas tem codificações, porém o valor atribuído a elas e o alcance da atividade interpretativa dos juízes é que denotam os traços distintivos marcantes.

Esclarece Estefânia Queiroz Barboza (2014, p. 239) que no sistema da *common law* “também há limitação da atuação do juiz, mas essa se dá justamente pela doutrina do *stare decisis*”.

Tratam-se, portanto, de limitações diversas mas existentes em ambos os sistemas; sendo possível identificar nos dois sistemas a busca pela segurança jurídica, cada qual de acordo com o respectivo modelo.

A busca pela certeza e segurança jurídica está presente nos dois sistemas, inobstante possam ser apontadas diferenças

No *common law*, a certeza e a segurança jurídica têm um papel muito mais funcional, não possuindo dogma como nos sistemas romano-germânicos. Ou seja, apesar de se entender que as pessoas devem saber sobre seus direitos e obrigações de modo a planejar suas ações e ter segurança sobre quais serão as consequências jurídicas daí advindas, tem-se claro que essa previsibilidade não é absoluta (BARBOZA, 2014, p. 239)

Ainda, “determinado países como o da civil law aproximam-se muito mais do modelo do case law, tal como o da França, daí que a simples oposição entre *case law* e *code law* não pode ser considerada a distinção primordial” entre tais sistemas” (STRECK, 2014, p. 32).

A certeza e a segurança jurídica, apesar de igualmente importantes em ambos os sistemas, assumem no sistema da *civil law* um valor supremo, como um dogma, alcançado por meio da lei (código), onde a segurança se relaciona “à desconfiança no juiz que é proibido de ‘criar’ o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e da previsibilidade (BARBOZA, 2014, p. 75).

Nesse sentido, Neuhaus (1963, 796) refere que em termos de segurança jurídica a diferença entre os sistemas da civil law e da common law não deveria ser exagerada, eis que o antigo sistema romano, origem do sistema legal constitucional era ordinariamente baseada em casos legais, reconhecendo-se, igualmente, que o Direito americano é parcialmente baseado no sistema continental europeu e em codificação regional.

Comparativamente, segurança e previsibilidade na *civil law* seriam valores realizados

por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se” (MARINONI, 2009, p. 35).

Destarte que, com a influência delineada pelo sistema filosófico do liberalismo - onde se preserva o indivíduo e suas conquistas, em vez do Estado - surgiu o princípio da legalidade que vem regendo os ordenamentos jurídicos adeptos da *civil law*, como é o caso do Brasil, e

que, assim, tem-se como sustentação dogmática real da comunidade política e jurídica os princípios da segurança jurídica e da certeza (BRAUN; MACEDO, 2012, p. 194).

Assim sendo, o sistema adotado pelo direito brasileiro foi pensado e nasceu de um ato extremamente racional que objetivava a contenção dos abusos cometidos, direcionando a lei a conferir previsibilidade, igualdade e segurança (WAMBIER, 2009, p.7).

Por outro viés, tem a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 150-151) quando disciplina que:

[...] o sistema de *common law*, mediante o instituto do *stare decisis*, possui plena capacidade de garantir a previsibilidade, demonstrando grande preocupação com a segurança das relações sociais, para o que a certeza do direito é imprescindível. Constitui lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O *stare decisis* é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica.

Atento ao constitucionalismo, onde a lei encontra limites em princípios constitucionais, adequando-se aos direitos fundamentais, depreende-se não apenas a subordinação da lei à Constituição mas uma nova concepção de direito e de jurisdição (ZAGREBELSKI, 1992., p. 46), em razão da abertura em termos de interpretação da norma ao caso em concreto sinalizando a possibilidade de instabilidade decorrente daí decorrente.

Segundo Marinoni, o sistema da *common law* confere maior segurança jurídica que o *civil law*, não relacionando aquele a previsibilidade com o conhecimento das leis mas com a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário, destacando, aqui, que o jurisdicionado pode valer-se dos precedentes ao contrário do possível sorteio do juiz para análise do caso (2004, p. 149).

Ainda, faz surgir

a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário. (MARINONI, 2004, p. 149).

A previsibilidade na prestação jurisdicional é algo necessário em ambos os sistemas, “sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança” (MARINONI, 2004, p. 153).

Tal conotação remete a ideia de padronização das decisões pelo sentimento de que a mesma, refletindo um ideal de previsibilidade, acarreta segurança jurídica.

A diversidade de tribunais e a amplitude continental do país, como o caso do Brasil, “podem conduzir a decisões díspares para casos idênticos apresentados para apreciação do Poder Judiciário”, o que somado à demora na prestação jurisdicional implicam no descrédito do Judiciário, causando, por via reflexa, insegurança jurídica (RISSO et all., 2011, p. 50).

Exsurge, nesse contexto, a utilização do precedente como referencial, não impedindo, no entanto, que haja a complementação de características entre a *civil* e a *common law* ambos a fim de que se logre um status de segurança jurídica (ALMEIDA; ALMEIDA, 2016, p. 33), até mesmo porque “se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não e é mais. Essas duas famílias passaram a trocar soluções jurídicas” (PEIXOTO, 2015, p. 146).

Dessa forma, tem-se como objetivo comum o atingimento da segurança jurídica seja pela adoção de precedentes seja pela uniformização dos julgados a casos semelhantes, reconhecendo-se a previsibilidade e certeza, na prestação jurisdicional, pela coerência das decisões.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise realizada, inegável a influência de cada sistema para a conformação da segurança jurídica, advinda da necessidade de conferir maior coerência e integridade às decisões judiciais seja pelo *judge law* ou pelos tribunais.

Num primeiro momento resta evidente que a *civil law* estava atrelada à lei enquanto fórmula essencial ao ordenamento jurídico - decorrência direta dos ideais da Revolução Francesa - direcionando a conduta judicial unicamente enquanto aplicadora dos comandos legais.

Com isto, restou clara a preocupação com a segurança jurídica, pois deverá ser realizado um processo coeso de criação das leis cabendo ao Judiciário a mera aplicação destas, a fim de conferir segurança. Aqui, portanto, visualiza-se a noção de previsibilidade atrelada a própria lei.

Já no sistema da *common law* revela-se ímpar a noção de precedentes, ou seja, as decisões judiciais compõem um maior grau de relevância ao ordenamento. Neste sistema, prevalece a noção de julgados e jurisprudência para composição do direito. E, desta forma, entende-se que um conjunto de decisões proferidas em um mesmo sentido sobre casos parecidos são capazes de conferir certeza e previsibilidade ao direito.

Ademais, a lei, apesar de ter como uma de suas funções o estabelecimento ideal de previsibilidade, confere-se ao Poder Judiciário a atribuição de moldar, por meio da atividade

interpretativa, a norma ao passar do tempo, assim agindo acaba por consolidar posicionamento acerca da sua aplicabilidade.

Desta forma, afirma-se que o ideal é a utilização de cada um destes sistemas enquanto colaboradores a fim de conferir segurança ao direito, pois a atuação judicial deve ser complementada pelos dois sistemas, valendo-se das nuances intrínsecas de cada um objetivando que se logre um status de segurança jurídica. Até mesmo em razão de que a divisão entre esses dois sistemas já foi mais perceptível, pois contemporaneamente as soluções jurídicas podem se valer de ambos enfoques na busca da solução mais justa.

Nesse sentido, é possível afirmar que mesmo o Brasil enquanto adepto do sistema da *civil law* e conferindo segurança jurídica por meio da superioridade da lei, é possível que, com o objetivo de alcançar a segurança jurídica, adote as noções da *common law*, especialmente quanto à utilização de precedentes obrigatórios, ou seja, por meio da uniformização dos julgados a casos semelhantes, reconhecendo-se a previsibilidade e certeza, na prestação jurisdicional, pela coerência das decisões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carolina; ALMEIDA, Maíra. A configuração dos precedentes no cenário jurídico brasileiro. In: BUSTAMANTE, Thomas; SAMPAIO, José Américo Leite; KOKKE, Marcelo; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. *Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARROLL, Warren H. *Law: A busca da certeza*. ABAJ, v. 49, p. 1084-1088., 1963.

Disponível em <

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/abaj49&div=256&start_page=1084&collection=journals&set_as_cursor=29&men_tab=srchresults> Acesso em 31 Mar. 2017.

COUDERT, Frederic René. *Certainty and Justice: Studies of the Conflict between Precedent and Progress in the Development of the Law*. D. Appleton, 1914. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.cow/aduq0001&div=5&start_page=1&collection=cow&set_as_cursor=11&men_tab=srchresults> Acesso em 01 Abril 2017.

D'AMATO, Anthony. Legal uncertainty. *Faculty Working Papers*. Paper 108.

2010. Disponível em:

<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/1082010>. Acesso em 10 jan. 2017.

DEFFAINS, Bruno; KESSEDJIAN, Catherine. *Report for the Civil Law Initiative* (foundation pour le droit continental). 2015. Disponível em <http://www.fondation->

droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2015/04/ILC-Report-june-2015_EN.pdf Acesso em 05 de jan. 2016.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: *Internacional Review od Law and Economics*. Elsevier, 2006, vol. 26, p. 519-535. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33111-41760-1-PB.pdf>> Acesso em: 08 jan. 2017.

GALIO, M. H. . HISTÓRIA E FORMAÇÃO DOS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). *História do Direito II*. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 233-255.

GOMES DE FILIPPO, Thiago Baldani. A necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 12, n. 75, p. 209-240, jan./fev. 2012.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ISAIA, Cristiano Becker. A herança romana no direito processual civil e a necessária releitura constitucional do processo na plataforma democrática de direito. In: *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 11, n. 11, p. 124-148, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/164/160>> Acesso em: 06 jan. 2017.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William Soares. Uma era de “common law” para o Brasil? In: BUSTAMANTE, Thomas; SAMPAIO, José Américo Leite; KOKKE, Marcelo; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho. *Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

MACEDO, E. H. ; BRAUN, Paola Roos . As origens e a evolução do procedimento ordinário: do processo romano ao Novo Código de Processo Civil. *Justiça & História* (Impresso) , v. 12, p. 167-204, 2012.

MARINON, Luiz Guilherme. El precedente en la dimensión de la Seguridad Jurídica. *Ius et Praxis*, v. 18, n. 1, p. 249-266, 2012.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista brasileira de direito processual*, vol. 172/2009 | p. 175 - 232 | Jun / 2009.

_____. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material. *Genesis*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 142-162, jan./mar. 2004.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford University Press, 2007.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro* (Tese de doutorado - USP). São Paulo, 2012.

NEUHAUS, Paul Heinrich. *Legal certainty versus equity in the conflict of laws. Law and Contemporary Problems*, v. 28, n. 4, p. 795-807, 1963.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodium, 2015.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do Direito*. SP: Martins Fontes, 2007.

RISSO, Edimara Sachet; LEITE, Tamara Paola; DAL BOSCO, Clarice Mendes; ALÍPIO, Dangley; GHEN, Laura Gabriela Dalmarco; MAGNANI, Nayani Valéria; CAMPOS, Raul Bertani de. Efeito vinculante e segurança jurídica: novos rumos da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. *Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/EfeitoEdimara.pdf> Acesso em 25 jan, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. *A regra do precedente inglês*. Disponível em:<http://online.sintese.com>. Acesso em: 22.4.2016 (complementar – Base de dados RT)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Il diritto mitte*, Torino, Einaudi, 1992.