**SISTEMA JURÍDICO DA *CIVIL LAW* E DA *COMMOM LAW*: origem, definição, classificação e as decisões judiciais do direito consuetudinário anglo-saxão e do direito romano canônico brasileiro.**

*Bruno Pereira Rodrigues*

*Daniel Abdon Arouche França*

*Larissa Pereira Rodrigues[[1]](#footnote-2)\*\**

**SUMÁRIO**: Introdução; 1. A evolução e o aperfeiçoamento do sistema jurídico da *civil law* e da *commom law*; 2. Decisões judiciais do sistema jurídico da *civil law* e da *commom law*;.3. Diferenciações estruturais da ciência processual no sistema jurídico da *civil law* e da *commom law*; 4. Classificação dos precedentes normativos pelos estudiosos do direito brasileiro. Considerações Finais. REFERÊNCIAS.

**RESUMO**

O presente estudo trata do sistema jurídico da *civil law* e *commom law*, isto é, se realizará a definição e a evolução dos aludidos sistemas jurídicos, especialmente, pela prevalência do sistema jurídico da *commom law*, que tem sido prestigiado pela preocupação com a higidez do ordenamento jurídico, principalmente, com a uniformização jurisprudencial ou da proeminência das decisões judiciais em vez do culto a lei. Atualmente, tanto o direito consuetudinário quanto o direito canônico tem prestigiado a segurança jurídica frente aos desafios dos tribunais nos dias de hoje.

**Palavras-Chave**

Sistema Jurídico – Decisão Judicial – Lei – Segurança Jurídica - Ordenamento

**INTRODUÇÃO**

É plausível a indicação dos sistemas jurídicos mais famosos do mundo. O sistema jurídico da *civil law* é constatado pelo fato do legado romano aos países da europa continental, que posteriormente, exerceu uma grande influência nos países do globo terrestre em decorrência da colonização européia no mundo, após as grandes navegações do século XV-XVI.

Já o sistema jurídico da *commom law* é mencionado pelo legado do direito anglo-saxão, originário da Inglaterra, que séculos atrás, esse país possuía um elevado prestígio e influenciou inúmeros países, em especial, uma das maiores potência do ponto de vista econômico e militar do planeta, que são os Estados Unidos da América.

Este estudo indica que esses sistemas jurídicos tiveram uma evolução jurídica diferenciada (origem), primeiramente, a influência do direito canônico romano perante o direito consuetudinário, e posteriormente, a importância desse perante aquele no tocante ao prestígio do Pode Judiciário. As definições dos respectivos sistemas jurídicos - decisões jurídicas de ambos sistemas, e a classificação dos precedentes normativos pelos teóricos brasileiros.

Sobressai-se o direito do *commom law* em virtude deste trazer lições valiosas em relação às necessidades atuais de quaisquer sistemas jurídicos do mundo. Uma vez que a complexificação das relações sociais, políticas, econômicas, e jurídicas demandam de um atendimento rápido, eficiente e seguro em que o direito consuetudinário anglo-saxão se adequou perfeitamente.

**1. A evolução e o aperfeiçoamento do sistema jurídico da *Civil Law* e *Commom Law***

Frisa-se que o sistema jurídico da *commom law* e da *civil law* tem por primado o julgado (o precedente normativo) e a lei, respectivamente, como meios de solução de suas controvérsias judiciais. Quanto aos efeitos de suas decisões o do direito consuetudinário anglo-saxão tem um efeito vinculativo, denominado de *erga omnes*, contra todos enquanto o do direito canônico romano não tem efeito contra todos, mas, entre as partes processuais envolvidas no litígio.

O sistema jurídico da *civil law* ou direito românico tem por primado a lei. O seu surgimento remonta ao período clássico, que se iniciou da República ao Principado Romano. De fato, a codificação romana veio a ser a condensação da *legis actionis* do período arcaico: em que se legislava os costumes mais relevantes da sociedade romana (MRAD, 2010, p. 56). Pela herança cultural a civilização ocidental, se presenciou o advento e o aperfeiçoamento da codificação.

Em face do evolucionismo jurídico romano (MRAD, 2010, p. 57 a 58) em desejar condensar não somente interesses políticos, e até de práticas sociais em seus códigos, se percebe que a *civil law* era também uma das enunciadoras do jusnaturalismo em que a “verdade” se revelava pela proeminência da lei.

Influência esta usufruída pelo poder temporal da Igreja Católica em suas relações com os seus vassalos na Europa medieval. Esta instituição religiosa era a única a estabelecer a verdade prescrita nas sagradas escrituras. Permitindo ao advento do positivismo jurídico moderno: o primado da lei sob a imparcialidade do magistrado em face da consolidação do poder do monarca e a fidelidade dos juristas à lei[[2]](#footnote-3) (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 241).

Tanto é evidente essas afirmativas, que o Ricardo Mrad (2010, p. 57 a 58) admite obrigação a um precedente no Brasil, atualmente, quando se trata de uma súmula vinculante, advinda da positivação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que consagrou o art. 103-A da CF/88. Alguma decisão judicial que não tenha a orientação da lei, torna o exercício de controvérsia judicial do direito civilista canônico impreciso dada a fé ao método de subsunção da regra jurídica ao caso concreto.

A plausibilidade da adoção do modelo de interpretação de subsunção fática-normativa típica do positivismo jurídico: a dedução de um comando geral e abstrato ao caso concreto, ao passo que o Ricardo Mrad (2010, p. 59 a 60) entende que o indutivismo[[3]](#footnote-4) do sistema da *commom law* permite o cerceamento de defesa de uma demanda judicial futura, uma vez que se uma suposta matéria jurídica restar pacificada, não caberá a sua rediscussão.

Por outro lado (MRAD, 2010, p. 61), não se exige uma congência ou uniformização da jurisprudência em face do julgamento, este se dá de acordo com o primado da lei e do convencimento motivado do juiz, evidenciando uma desestruturação ao princípio da segurança jurídica: decisões semelhantes e uniformes são importantes, porque geram estabilidade das relações jurídicas. Ademais que o sistema da *civil law* não transparece os anseios sociais que o direito consuetudinário o faz.

Evidencia-se que o primado da lei do sistema jurídico do direito civilista canônico não significa a exclusão dos julgados como meio de resolução de controvérsias judicias, ou seja, no direito brasileiro pelo que estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: Lei nº 12.376/2010 indica que na falta da lei se aplica a analogia, os costumes, compreendida quanto aos julgados, e por último, os princípios gerais de direito.

Outra causa que tem permitido a impopularidade dos magistrados na condução das decisões judiciais em relação à lei no sistema jurídico da *civil law*, em especial na França, se deu pelo caráter corrupto dos magistrados do antigo regime, compreendido da monarquia absolutista até a revolução francesa, por isso, a codificação napoleônica era pautada na interpretação exegética (MARINONI, 2011, p.52 a 54).

Ou seja, o primado e da transparência da lei veio refletir a atuação imparcial do magistrado em obediência a tripartição dos três poderes pelo fato de um dos idealizadores desse sistema de poder, o conde de Montesquieu, ter repúdio ao descompromisso dos magistrados, então, para aquela realidade era injustificável a liberdade de atuação dos juízes em face do racionalismo jurídico do século XVIII (MARINONI, 2011, p.52 a 54).

O sistema da *commom law* ou direito consuetudinário (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 237 a 238) se caracteriza pela validação de costumes a categoria de normas jurídicas. Verifica-se o primado dos julgamentos em relação à lei. (GUSMÃO, 2012, p. 120), em suma, caracteriza-se por ser um direito jurisprudencial, também.

É importante acentuar que a lei no sistema jurídico da *commom law* é fonte primária, atualmente, assim como o direito da *civil law*. Uma das diferenças apontadas por Thiago Baldani Gomes de Fillipo (2010, p. 85) é que essa postura do Poder Legislativo, no sistema jurídico do direito anglo-saxão, reflete a necessidade de aperfeiçoamento desse poder diante da falta de previsão normativa ou jurisprudencial a respeito de um tema. Além do que a lei, também, pode servir de superação do precedente normativo, tendo por escopo às necessidades sociais.

A sua origem, do sistema jurídico da *commom law*, remonta aos países anglo-saxão (países que compõe a Grã-Bretanha) e algumas de suas ex-colônias, entre elas: EUA, Austrália, Nova Zelândia. (GUSMÃO, 2012, p. 120).

Com o advento da realeza inglesa no século XI, após a conquista normanda, os anglo-saxões não estabeleciam as suas normas sob a força de uma codificação semelhante à prerrogativa de poder absolutista dos demais monarcas europeus, mas em coerência aos anseios sociais, e por isso, existia um costume entre os normandos de que a decisão não era de competência de uma pessoa, pelo contrário, por um colegiado, os grupos tribais decidiam seus conflitos em condições de paridade.(MRAD, 2010, p.50)

Com isso, se repensa na importância do poder judiciário na realeza absolutista inglesa. Consequentemente não se pensa, primeiramente, no primado da lei, pelo contrário, a legitimação da norma jurídica consolida-se paulatinamente em harmonia as práticas sociais (MRAD, 2010, p. 50), que é frisada pelo jurista.

Em seguida, observou-se a positivação de costumes, basta nos lembrarmos do constitucionalismo inglês do século XIII, percebe-se a enunciação de práticas já consolidadas, além de outros interesses políticos dos lordes ou senhores de terra. Nesse mesmo período, século XIII, já se destacava a transcrição de casos e decisões judiciais - *Case Law*. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 240).

Em solo americano, que se constata, também, a importância do sistema jurídico do direito consuetudinário com o aperfeiçoamento dos repertórios dos casos (*law reports*) gozando de vinculação o precedente normativo em face da reorganização do sistema judiciário no século XIX e do abarrotamento de demandas judiciais nos Estados Unidos. (GUIMARÃES JÚNIOR, 2008, p. 14).

Já o sistema do direito consuetudinário anglo-saxão, se carateriza pela vinculação a toda sociedade compreendido quanto à vinculação horizontal (uma das partes processuais exige que o seu caso tenha o mesmo tratamento de um precedente normativo pacificado em atendimento ao princípio da equidade) e a vinculação vertical (quanto ao controle de constitucionalidade difuso ou a de que o juízo singular respeite o posicionamento do tribunal que está adstrito) (MARINONI, 2011, p. 33 a 35). Além da objetivação quanto à estabilidade (MITIDIERO, 2012, p. 70), certeza e previsibilidade das relações jurídicas em atendimento ao princípio da segurança jurídica.

Com a atuação do *Stare Decisis[[4]](#footnote-5)* pensou-se em controle de constitucionalidade no mundo ocidental no século XIX, especificamente, em um controle de constitucionalidade difuso. Ou seja, o Recurso Extraordinário conhecido no Brasil é uma influência do sistema jurídico norte-americano, entre outras palavras, a interferência do sistema da *commom law* no sistema da *civil law*: a força dos precedentes normativos.(GUIMARÃES JÚNIOR, 2008, p.14)

Os norte-americanos remodelaram a clássica tripartição dos poderes, ou seja, eles aperfeiçoaram-na em face da evolução normativa da sociedade ocidental, permitindo, posteriormente, que outros ordenamentos elencassem o Poder Judiciário como um dos guardiões de suas respectivas Constituições. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 76)

Atualmente, em face do destaque dado ao Poder Judiciário percebe-se uma nova postura, embora criticada por alguns adeptos do positivismo clássico, demonstra-se o ativismo judicial. O ativismo é um novo paradigma judicial pautada numa maneira proativa de se interpretar a Constituição Federal em decorrência do compromisso social, político, jurídico e ético constante da Constituição Federal de 1988[[5]](#footnote-6) (BARROSO, 2009, p. 335).

Ou seja, o poder emana do povo em um Estado Democrático de Direito o exercício por aquele que detém o poder deve ser em benefício do povo. O Poder Legislativo por meio dos seus parlamentares devem ser fíeis ao mandato que lhe foi confiado, como também, o Poder Judiciário devem ser coerentes aos anseios da sociedade, uma vez que o juiz realiza a atualização da lei, porque é o elo da sociedade com a norma jurídica (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 76)

Na sua dissertação de mestrado, Thiago Gomes de Filippo (2010, p. 76) parte da pressuposição, de que tanto no sistema jurídico civilista quanto do direito consuetudinário, o Poder Judiciário veio atender não só os reclamos dos indivíduos, como também, a de categorias sociais, que pertencem a agrupamentos distintos, entre outras palavras, (THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA, 2000, p. 14 a 19) a singularidade de um determinado grupo, uma etnia, por exemplo.

Tanto nos países da *civil law*, como também, da *commom law* se constatou a importância do Poder Judiciário, quando esta esfera de poder assumiu uma postura ativa quando acolheu em relação aos direitos e garantias fundamentais de cunho social (THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA, 2000, p. 14 a 19).

Frisa-se que os efeitos decorrentes das sentenças dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *commom law*, na maioria dos casos, são diferenciados, quanto ao duelo judicial de duas pessoas perante uma controvérsia judicial. O sistema do direito romano canônico tem estabelecido uma vinculação, somente, às partes processuais envolvidos na lide. (MARINONI, 2011, p. 33 a 35). Já o sistema do direito consuetudinário anglo-saxão vincula toda a sociedade.

**2 – Decisões judiciais do sistema jurídico da *civil law* e *commom law***

Demonstra-se que a estrutura do julgado (ou das decisões judiciais) dos sistemas jurídicos do direito romano canônico e do direito consuetudinário anglo-saxão são distintos. Enquanto o direito consuetudinário anglo-saxão se segmenta em duas partes razões fundamentais (*holding*) e razões periféricas (*obter dictum*). A decisão jurídica da *civil law*, em especial, a do direito brasileiro nos revela que diante do art. 458 do CPC[[6]](#footnote-7), a sentença judicial tem de obedecer a seguinte classificação: relatório, fundamentação, e dispositivo.

No relatório se realiza o resumo dos fatos e da ocorrência mais importante dos autos do processo, entre elas a utilização dos recursos, por exemplo. Na fundamentação será demonstrado a decisão motivada do magistrado. Percebe-se que o juiz estabelecerá quem tem o direito a vitória do deslinde judicial, em regra, como também, a menção dos meios de prova que lhe auxiliaram na fundamentação judicial, na prática do direito brasileiro não há necessidade de justificar o meio de prova que não é útil a sentença. Por último, temos o dispositivo judicial em que consiste na obrigatoriedade do acatamento judicial.

Thiago Gomes de Fillipo (2010, p. 104) é contrário a adoção da vinculação da sentença pelo dispositivo, típico da estrutura do *civil law* do Brasil, este teórico se demonstra favorável não só a adoção de precedente normativo, como também, da vinculação da fundamentação judicial, típica do sistema jurídico da *commom law*. Porque, na maioria dos casos das sentenças brasileiras, no dispositivo não é mencionado sentido algum, tampouco a retomada de sentido da fundamentação judicial, embora a vinculação da sentença às partes processuais, absurdamente, seja o dispositivo com os seus enunciados irrisórios.

A estrutura da sentença judicial brasileira remonta a lógica. A saber, o relatório acaba sendo comparado com o conceito quanto à apresentação de enunciados ou do histórico da lide. A fundamentação remonta ao interacionismo de proposições de longo e pequeno alcance, especificamente, na analise das questões de fato e de direito. Já a conclusão é uma retomada do sentido demonstrado pela ligação das proposições evidenciadas anteriormente, ou seja, o dispositivo deve, obrigatoriamente, retomar o sentido apresentado na fundamentação judicial. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 104)

Essa estrutura lógica é tão pertinente na prática processual brasileira que se um requerente na confecção de uma petição inicial e esta não for lógica, desencadeará na não apreciação da causa, uma vez que o art. 284 do CPC[[7]](#footnote-8) aduz que se o pedido, a conclusão daquilo apresentado na exordial, não for consectâneo, nem retomar as causas de pedir próxima (fatos controvertidos) e a causa de pedir remota (ao direito questionado: lei, e jurisprudência) da controvérsia judicial, ensejará na extinção do processo sem resolução do mérito, caso não haja a devida correção em 10 dias, uma vez que não se está respeitando o princípio do devido processo legal, especialmente, as condições da ação quanto a possibilidade jurídica do pedido. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 104)

Luis Guilherme Marinoni (2011, p. 219) compreende que o princípio da segurança jurídica confere estabilidade e certeza jurídica ao instituto processual da coisa julgada tanto do sistema jurídico da *commom law* e da *civil law*.

Paradoxalmente, o sistema jurídico da *civil law* brasileiro é confuso no tocante à coisa julgada. Em uma sentença ou acórdão o que vincula é o dispositivo, porém na maioria das decisões judiciais brasileiras, se tem demonstrada irrisória. (MARINONI, 2011, p. 220 a 221)

Por isso, se deve ter em mente que o instituto da coisa julgada deve remeter a fundamentação do seu julgado, no entanto, há o comprometimento da segurança jurídica, uma vez que o art. 469, inciso I do CPC[[8]](#footnote-9) estabelece que: os motivos ainda que sejam importantes não desencadeiam na vinculação do julgado. (MARINONI, 2011, p. 222 a 223)

Isso reflete a indignação de Luis Guilherme Marinoni (2011, p. 221 a 223). A estabilidade jurídica da coisa julgada é um engodo, porque pode ensejar na flexibilização do referido instituto processual. Porém, não deveria prosperar em razão do direito e garantia fundamental constitucional do art. 5º, inciso XXXVI da CF/88[[9]](#footnote-10)

Tanto o sistema da *commom law* quanto ao sistema da *civil law* apresentam divergência quanto as suas decisões, no entanto, o elo desses sistemas esta na tentativa da melhor solução ao caso controvertido. Acredita-se que no sistema da *civil law*, o direito não é somente a lei, (SAUSEN, 2007, p. 51 a 61), pois, na maioria das conduções das tutelas jurídicas se percebe uma jurisdição contenciosa e a necessidade da elucidação do caso concreto da fase probatória processual, senão, todas as controvérsias judiciais seriam resolvidas pela prolação da sentença, conforme o art. 330, inciso I do CPC[[10]](#footnote-11).

Em atendimento ao modelo de decisão judicial do sistema jurídico do direito anglo-saxão, se concebe que, para alguns pensadores, entre ele o Márcio Louzada Carpena (2012, p. 68 a 69) a decisão judicial é diferente do precedente normativo.

A decisão judicial é uma linguagem específica estabelecendo a quem tem o direito. É aplicação do direito ao caso concreto e se restringe, somente, às partes processuais, não gera efeitos perante “toda” a sociedade (efeitos *erga omnes*). Ou seja, é semelhante às decisões judiciais do direito canônico romano (CARPENA, 2012, p. 68 a 69).

Nesse sentido, Márcio Carpena (2010, p. 69) depreende que o precedente normativo apresenta uma linguagem abstrata e conceitual em relação à fundamentação da sentença, ou seja, se realiza um julgado de grande amplitude semântica a fim de captar as perspectivas atuais do caso concreto que seja abrangida, também, em uma eventual lide judicial futura. Exige-se o atendimento à estabilidade das relações jurídicas pelo que estabelece o princípio da segurança jurídica.

Diferentemente do posicionamento de Márcio Carpena, Thiago Baldani Gomes de Fillipo (2010, p. 92 a 104) entende de modo diverso, este autor compreende que o precedente normativo admite a classificação de monoprocessual, ou seja, que o precedente normativo seja formado por uma decisão judicial, gerando efeitos *erga omnes* em face da fundamentação da sentença. Como também, admite a classificação do precedente normativo de pluriprocessual em que se verifica a conjugação de várias decisões judiciais[[11]](#footnote-12) (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 92) semelhante a apresentação de Márcio Carpena: uma decisão judicial abstrata com amplo alcance semântico capaz de atender às controvérsias atuais e futuras.

É profícua a meticulosidade da análise dos precedentes normativos, em especial, a da Suprema Corte dos Estados Unidos em que se realiza a secção das decisões em várias partes, para que o próximo Ministro possa aperfeiçoar e amplificar o alcance do julgado as nuances do caso concreto em uma possível controvérsia judicial futura. Diferentemente das sentenças brasileiras quanto ao seu Tribunal Excelso em que os Ministros do STF, na maioria das vezes, se dividem em duas partes em atendimentos às perspectivas das partes processuais (GOMES DE FILLIPO, 2010, p.89)

Diz-se, em todos os casos, pois somente haverá observância obrigatória se a decisão for tomada pela maioria da corte também no tocante às razões fundamentais da decisão. Assim, a tomada de decisões pela maioria ocorre nos EUA diferentemente da forma como é feita no Brasil. Aqui, para que haja uma decisão tomada pela maioria, basta coincidência quanto ao dispositivo. Assim, se um julgador chegar à mesma conclusão (dispositivo) a que chegou outro, haverá, de todo o modo, maioria, independentemente se divergiram , ou não, quanto à fundamentação. Nos EUA, a coincidência deve se dar, também, quanto às razões em várias partes (Parte I, II, III etc.) para que outro julgador possa concordar com a Parte I, por exemplo, e, mesmo que discorde das razões expostas na Parte II, por hipótese, mas chegue à mesma conclusão, as razões expostas na Parte I podem ser contadas para somar à maioria. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 89)

Em face dessa linguagem abstrata e conceitual do precedente normativo para atender a “toda” sociedade, por causa dos efeitos *erga omnes* desse julgado vinculativo. Nos precedentes normativos existem duas partes distintas em uma mesma fundamentação: as razões fundamentais e as razões periféricas (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 89 a 90).

Paradoxalmente, essa identificação das razões fundamentais (*holding* ou *ratio decidendi*) e as razões periféricas (*obiter dictum*) são complexas e essa distinção deve ocorrer para que o futuro requerente saiba o que lhe pode ser pertinente na equiparação do caso já pacificado com a controvérsia judicial em voga, em consonância ao princípio da igualdade, e na previsão das relações jurídicas no tocante ao princípio da segurança jurídica (MARINONI, 2011, p. 224 a 228)

É notável o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 224) quanto aos métodos empregados pelos estudiosos do sistema jurídico da *commom law*: método Wabaught, e o método Goodhart.

O método Wabaught se caracteriza pelo legado lógico (princípio da exclusão lógica). Registra-se que será realizado uma investigação cética (indagativa): será estabelecido um argumento em contrário quanto a aquilo que foi mencionado pelos juízes na fundamentação do precedente (incluindo questões de fato e de direito), se os argumentos resistirem ao teste, logo, se constata a razão fundamental do precedente normativo (*holding* ou *ratio decidendi*), do contrário, se terá as razões marginais (*obter dictum*): o argumento do precedente normativo que sucumbiu perante ao teste.(MARINONI, 2011, p. 225 a 228)

No entanto, esse método tem sofrido inúmeras críticas em virtude da necessidade prática e eficiente em que se exige dos precedentes normativos, uma vez que uma infinitude de argumentos tem gerado dissensos interpretativos (MARINONI, 2011, p.228)

Já o modelo Goodhart tem por escopo a constatação dos fatos em que se admite a identificação das razões fundamentais (*ratio decidendi*). Em tese, esse modelo de interpretação é coerente as exigências sociais e jurídicas dos precedentes normativos, uma vez que é sucinto e eficiente. (MARINONI, 2011, p.230)

Entretanto, o modelo Goodhart não está imune as críticas dada a negligência as questões de direito, e um teste que tem por modelo os fatos não deve prosperar em razão da irrepetibilidade dos mesmos (MARINONI, 2011, p.230).

A interpretação dos precedentes normativos, especificamente, na separação das razões fundamentais (*holding* ou *ratio decidendi*) e das razões marginais (*obter dictum*) são difíceis e tem estabelecido análises divergentes entre os profissionais da área jurídica. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 90)

**3 – Diferenciações estruturais da ciência processual no sistema jurídico da *civil law* e *commom law***

É elogiável a constatação da diferenciação dos sistemas jurídicos mais representativos do planeta. Primeiramente, se acentua que o direito consuetudinário anglo-saxão se caracteriza pela flexibilidade as regras jurídicas, uma vez que o magistrado é responsável pela conexão da regra jurídica perante os anseios da sociedade, diferentemente, do direito romano canônico em que a regra jurídica tem um viés rígido.(CARPENA, 2010, 199)

Destaca-se que no direito anglo-saxão, o juiz não tem tanta relevância como no sistema do direito romano canônico. No sistema jurídico da *commom law* norte-americano, os advogados são responsáveis pela condução do processo, em contrapartida, são eles é que financiam a controvérsia judicial (CARPENA, 2010, p.199).

Diante dessa perspectiva capitalista é que muitos advogados ponderam em um cálculo pragmático de custo e benefício se é plausível a assunção de determinada disputa judicial, sendo comum, também, os acordos extrajudiciais como meio de solução de quaisquer controvérsias (CARPENA, 2010, p 199 a 200).

Ou seja, o direito de ação aos americanos é restrito não só pela disponibilidade do defensor em assumir tal causa, como também, a postura de juízes e tribunais quanto ao valor de determinada controvérsia judicial[[12]](#footnote-13). (CARPENA, 2010, p. 199)

Já no direito brasileiro, o juiz possui mais prerrogativas que o magistrado estadunidense[[13]](#footnote-14), entre eles o de conduzir o processo de fase em fase (princípio do impulso oficial), indubitavelmente, após a propositura da ação pelo autor. O advogado não assume os encargos do processo, porém, as partes processuais. (CARPENA, 2010, p. 198 a 199)

Ademais que pelo direito de ação consagrado no art. 5º, inciso XXXV da CF/88[[14]](#footnote-15) consagra que todos podem promover a apreciação de sua causa pelo Poder Judiciário, não existe restrição financeira alguma, salvo as exigências legais das condições da ação e entre outras elencadas pela petição inicial do art. 282 a 284 do CPC[[15]](#footnote-16).(CARPENA, 2010, p. 199)

No sistema jurídico da *commom law* estadunidense, existe uma disciplina específica no tocante a fase probatória. Sendo que no direito brasileiro, em uma grande maioria dos cursos de direito brasileiro, não se tem uma disciplina autônoma quanto as fase probatória, tampouco a fase probatória, pelo contrário, este ramo de conhecimento está contido nas disciplinas de direito processual.(GOMES DE FILLIPO, 2010, p.84)

No Brasil, as provas que sejam demonstráveis e comprovadas em juízo são satisfatórias, porque é um dos mecanismos no convencimento do magistrado a favor de uma das partes processuais, assim como no direito norte-americano. Quando se trata de uma prova diabólica ou uma prova duvidosa em que não se pode confirmá-la, esta não tem privilégio no nosso ordenamento jurídico. No direito norte-americano, pelo contrário, ainda pode ter uma certa relevância a depender das circunstâncias do caso. (CARPENA, 2010, p. 214)

Qualquer atitude que desencadear no retardamento ou quaisquer obstaculização do andamento processual, no direito americano, segundo Márcio Carpena (2010, p. 211) ocasionará em uma ação judicial (*contempt court*) que propiciará ao advogado infrator da dignidade da justiça pesadas multas, que em certas circunstâncias determinará na sua insolvibilidade financeira.

Ao passo que no direito brasileiro, em certas circunstâncias de deslealdade processual, poderá permitir na desconsideração de alguma manifestação dessa parte dos autos do processo, como também, em multas, mas que não desencadeia na insolvabilidade financeira do infrator (CARPENA, 2011, p. 211).

**4 – Classificação dos precedentes normativos pelos estudiosos do direito brasileiro**

Quanto a série de classificações de precedentes normativos, Ricardo Mrad (2010, p. 105) em atendimento as lições da Patrícia Perrone Campos Mello (2012, p. 63 a 66) estabelece as seguintes catalogações dos precedentes normativos, a saber: precedente com eficácia normativa, precedente com eficácia impositiva intermediária, precedentes com eficácia meramente persuasiva.

Os precedentes com eficácia normativa tão comum no sistema jurídico do direito consuetudinário em que se aplica a decisão jurídica aos demais casos análogos, ou seja, a partir de uma norma individual e concreta chega-se a uma norma geral e abstrata, entretanto, esse sistema ainda não tem tanta força no Brasil em razão do primado da lei, como podemos perceber no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro: usam-se os costumes na omissão da lei. (MRAD, 2010, p. 105). Ou seja, lembra o precedente normativo de Márcio Carpena (2010, p.69) quanto uma decisão abstrata e conceitual vinculativa a toda sociedade.

Diante dessa definição, menciona-se que as decisões de controle de constitucionalidade concreta podem se adequar na definição de precedentes com eficácia normativa, porque a análise do controle de constitucionalidade concreta é abstrata e não ocorre perante a apreciação do caso concreto. Se constata que a referida decisão manifestada pelo STF tem efeitos vinculantes pelo que estabelece o art. 28 da Lei da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e da Ação Direto da Constitucionalidade[[16]](#footnote-17) ( Lei nº 9868/1999) (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 104 )

Além do que a partir da Reclamação Constitucional 1987/DF tem estabelecido as decisões de controle de constitucionalidade concreto que a vinculação da sentença não se efetua perante o dispositivo, mas pela fundamentação da decisão, semelhantemente do que ocorre com o precedente normativo conceitual e abstrato do sistema jurídico do direito anglo-saxão. (GOMES DE FILLIPO, 2010, p. 104)

Os precedentes com eficácia impositiva intermediária não possui força vinculante, sua aplicação não é tão criticada e a depender das circunstâncias se sujeita à revisão, entre eles temos a jurisprudência própria do sistema jurídico da *civil law*. (MRAD, 2010, p. 105)

Por último, temos os precedentes com eficácia meramente persuasiva em que os julgados são utilizados para auxiliar no convencimento do magistrado, que irá julgar um caso semelhante, entre elas podemos repensar na citação de jurisprudência nas peças jurídicas a fim de corroborar a tese utilizada pelo advogado. (MRAD, 2010, p. 105)

**CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na evolução e o aperfeiçoamento do sistema jurídico da *civil law* e da *commom law* se constatou que as leis e as decisões judiciais são importantes para os aludidos sistemas jurídicos. Demonstra-se que no direito romano canônico não existe negação da decisão judicial como fonte do direito. Ademais que a atuação do Poder Judiciário não representa uma agressão a tripartição clássica dos três poderes, ou seja, não há usurpação da função do Poder Legislativo.

Diante dessas evidências, é glorioso a demonstração da evolução da sociedade ocidental, que confiou credibilidade perante o Poder Judiciário pela fenomenologia do ativismo judicial frente as necessidades atuais, que não foram solucionadas pelos demais poderes.

Quanto às estruturas das decisões judiciais do direito consuetudinário anglo-saxão e o direito romano canônico se percebe que esses sistemas jurídicos apresentam problemas, mas a confiança na estabilidade e certeza das relações jurídicas tem permitido aos estudiosos no direito uma atenção especial na fundamentação da sentença. No sistema jurídico da *commom law*, a fundamentação da decisão judicial é o sustentáculo do precedente enquanto no sistema jurídico da *civil law* pelo fato de ser um dos orientadores ao dispositivo da sentença ou do acórdão.

Portanto, se constata que os doutrinadores e demais estudiosos do direito tem se rendido ao sistema jurídico da *commom law* em face da preocupação pela estabilidade das relações jurídicas que esse sistema jurídico pode oferecer aos países do direito romano canônico.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luis Roberto**. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão e dominação**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES DE FILLIPO, Thiago Baldani. **Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo: a necessidade de um sistema brasileiro de precedentes vinculantes**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Jacarezinho –PR. Disponível em:[www.google.com](http://www.google.com) Acesso em 05 de abril de 2013

GUIMARÃES JÚNIOR, José Luiz. **Repercussão Geral**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo – São Paulo. Disponível em: <www.academicoo.com>. Acesso em: 15 de julho de 2012

GUSMÃO, Paulo Dourado de**. Introdução ao Estudo do Direito**. 45ªed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

SAULSEN, Dalton. **A repercussão geral no recurso extaordinário: perspectiva hermenêutica**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. **REVISTA DE PROCESSO**. Ano 35, nº 189, nov/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 – Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *commom law* e dos problemas da padronização decisória – Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. **REVISTA DE PROCESSO**. Ano 37, nº 206, abril/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 – Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial – Daniel Mitidiero

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. **REVISTA DE PROCESSO**. Ano 35, nº 180, fev/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 – Os poderes do juiz na *Commom Law* – Márcio Louzada Carpena

1. \*\* Alunos do Curso de Direito da Universidade Dom Bosco – UNDB [↑](#footnote-ref-2)
2. Neste tópico, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 241) destaca o desprestígio e a desconfiança que se tinha contra os magistrados do antigo regime. Na proeminência do positivismo jurídico se exigia fidelidade à lei. [↑](#footnote-ref-3)
3. É o posicionamento de Ricardo Mrad (2010, p. 59 a 60) quanto à liberdade de atuação do magistrado, ao contrário do direito da *civil law* em que se presencia a dedução pautada na análise das regras, que é geral e abstrato, perante os fatos controvertidos em que a dedução do juiz verificará se a parte processual tem direito ou não; no sistema da *commom law* se percebe a indução a adoção de elementos particulares ao geral, o particular é o julgamento do magistrado orientado por suas convicções pessoais compartilhadas pelos anseios sociais ou parte dele (do julgado) se direcionando ao geral (à sociedade), compreendido no aperfeiçoamento dos precedentes judiciais. [↑](#footnote-ref-4)
4. Refere-se à uniformização jurisprudencial, especificamente, no respeito aos precedentes normativos constitucionais em que pelo caráter de hierarquia se deve exigir vinculação do magistrado do seio ordinário. (MARINONI, 2011, p. 89 a 97). Não se confunde com o Sistema da *Commom Law* clássico, porque antes do advento do constitucionalismo inglês, prevaleciam as decisões declaratórias dos costumes arraigados e confirmados pelos juízes em que na vinculação horizontal se atende ao princípio da igualdade em que o requerente, autor da ação, deseja que a sua controvérsia judicial tenha o mesmo tratamento de um precedente já pacificado, tendo em vista da proximidade das questões fáticas e jurídicas do caso já pacificado com a controvérsia em questão, ao passo que o *Stare Decisis* veio a estabelecer a vinculação hierárquica dos demais tribunais perante a Suprema Corte. O *Stare Decisis* norte-americano estabeleceu perante a sociedade ocidental o legado do controle de constitucionalidade difuso em que cabe ao Tribunal Excelso (Suprema Corte) a higidez do ordenamento jurídico constitucional pautado no conflito do caso concreto. [↑](#footnote-ref-5)
5. “A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009, p. 335). [↑](#footnote-ref-6)
6. Art.458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II -os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes Ihe submeterem. [↑](#footnote-ref-7)
7. Art. 282. A petição inicial indicará: (...)

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações; (...)

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. [↑](#footnote-ref-8)
8. Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

Il - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. [↑](#footnote-ref-9)
9. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [↑](#footnote-ref-10)
10. Art.330 O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

 I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; [↑](#footnote-ref-11)
11. O Márcio Louzada Carpena (2010, p. 203) compreende que a escolha dos julgados para a formação de um precedente normativo obedecem a um critério eletivo dos magistrados quanto a proximidade destes nos tocante as questões de fato e de direito. [↑](#footnote-ref-12)
12. Diante disso, se permitiu que o magistrado reunisse casos de pequeno valor financeiro, ensejando a conjugação de todos esses processos perante aquele mais representativo da causa ou aquele em que demonstrasse a solvabilidade financeira do advogado para a formação de uma ação coletiva ( CARPENA, 2010, p. 215 a 218) [↑](#footnote-ref-13)
13. Márcio Louzada Carpena (2010, p. 198 a 199) na apresentação do seu artigo *Os poderes do juiz na Commom Law* faz referência a essa distinção da atividade do juiz e do advogado, entre elas a importância do magistrado no nosso ordenamento jurídico, esse posicionamento não significa o desprestígio da advocacia, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não existe hierarquia entre o juiz, os promotores de justiça, e os advogados das partes processuais, segundo o art. 6º do Estatuto dos Advogados.

Lei 8906/1994

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. [↑](#footnote-ref-14)
14. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [↑](#footnote-ref-15)
15. Art.282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II -os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Art.283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. [↑](#footnote-ref-16)
16. Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. [↑](#footnote-ref-17)