

**A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES E O DISTANCIAMENTO
ENTRE OS SISTEMAS CIVIL LAW E COMMON LAW****THE VALUATION OF PRECEDENTS AND THE DISTANCING
BETWEEN CIVIL LAW SYSTEMS AND COMMON LAW****LA VALORACIÓN DE LOS PRECEDENTES Y EL
DISTANCIAMIENTO ENTRE LOS SISTEMAS CIVIL LAW Y
COMMON LAW**

Diogo Bacha e Silva¹

RESUMO: O presente trabalho aborda a valorização dos precedentes no sistema processual brasileiro. Passa pela análise da configuração histórica do *civil law* e *common law*, problematizando a diferença entre as famílias jurídicas tradicionais. Termina por afirmar um distanciamento do sistema processual brasileiro do *common law*, assumindo uma verdadeira *differance* derridiana.

Palavras-chave: Aproximação- *Common law* - *Civil law* - distanciamento - *differance*.

ABSTRACT: This paper discusses the value of precedent in the Brazilian legal system. Involves the analysis of the historical setting of the civil law and common law, discussing the difference between the traditional legal families. Ends by affirming a distancing of the Brazilian legal system of common law, assuming a real *differance* of the Derrida.

Keywords: Approach - *Common law* - *Civil Law* - distance - *differance*

1. Introdução

O estudo e a compreensão de institutos jurídicos que não pertencem à nossa tradição representam um grau de dificuldade mais elevado do que, em geral, se costuma observar quando o objeto faz parte da cultura jurídica

¹ Doutorando em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Professor do Curso de Direito da Faculdade de São Lourenço, Advogado, diogobacha@ig.com.br

nacional. Fruto de nossa subserviência intelectual, constatável em quase todas as áreas do conhecimento, sempre se procura importar soluções jurídicas que, de algum modo, nos países de origem obtiveram êxito ao alcançar os objetivos a que se propuseram. No entanto, não levamos na devida conta o fato de que a incorporação de institutos jurídicos alienígenas será sempre guiada pela interpretação que nós mesmos fazemos desses.

Como se sabe, sobretudo a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, a compreensão de algo no mundo, de um objeto, não se dá no modo como propugnou a filosofia moderna através de um sujeito que se apropria dos objetos através do *cogito*. É preciso perceber que a compreensão de algo no mundo leva em conta a própria estrutura do ser. Não é possível lermos algo sem nos projetarmos no texto. Esse projetar sempre levanta as expectativas do interprete e de sua pré-compreensão².

O presente artigo pretende analisar um viés pouco explorado acerca do debate entre a aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*. É que há o entendimento dominante de que a valorização dos precedentes ou dos julgamentos de Tribunais Superiores já, de *per si*, conduziria na aproximação de ambos os sistemas jurídicos. Assim, com uma visão parcial de toda a riqueza do sistema *common law*, este entendimento reduz a complexidade do *common law*.

Em primeiro lugar, portanto, o trabalho aqui exposto objetiva desmistificar a ideia presente no imaginário jurídico de que a caracterização do *common law* dar-se-á apenas com a proeminência do precedente como fonte do direito. Em seguida, analisaremos a chamada valorização do precedente ocorrida com as reformas legislativas no Código de Processo Civil que, em verdade, não implicou na modificação da forma como compreendemos um precedente. Desse modo, a racionalidade que envolve o pensamento jurídico nos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* são díspares, não cabendo igualar formas de resolução de problemas jurídicos que são norteados por racionalização absolutamente diferente.

² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. trad. Flavio Paulo Meurer. 10^a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 356. Também: VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.p. 34.

Antes, pois, de se falar em “commonlawlização” de nosso sistema romano-germânico é preciso observar que a valorização dos precedentes, ao menos na forma como ocorreu e ainda ocorre em nosso sistema jurídico, representa mais um distanciamento do que uma aproximação do *common law*.

Nossa dogmática jurídica ainda não se deu conta de que reduzimos o *common law* a um instituto jurídico que, todavia, somente caracteriza uma superfície desse sistema jurídico. A importância de aprofundarmos o debate da significação do *common law* é entendermos como se dá a compreensão, a interpretação e a aplicação de seus institutos, máxime do precedente, para que possamos aprender cada vez mais resolver os problemas jurídicos que se nos apresenta.

Nosso grau de compreensão do significado de um precedente é prejudicado pelo fato de não compreendermos efetivamente como se racionaliza o direito em sistemas jurídicos do *common law*.

2. As reformas legislativas e a valorização do precedente no sistema processual brasileiro

A expansão da área de intervenção do Poder Judiciário é, sem dúvidas, consequência da redemocratização promovida pela Constituição de 1988. De um lado, a ampliação do rol de direitos garantidos, não somente os de cariz liberal, mas também a ampla gama de direitos sociais previstos e sua respectiva complexidade, bem como a possibilidade do Poder Judiciário revisar os atos administrativos³ e controlar a constitucionalidade das leis,

³ Mauro Cappelletti atribui à França o primado da percepção de que o controle político é ineficiente já que o controle interno de cada poder ou função estatal não é independente: “Mas a história, não raro neste ponto de forma infeliz, provou que, para serem efetivos, os controles dos órgãos políticos dificilmente podem ser controlados de dentro. Um Poder Executivo eficiente é hierarquizado. Não permite, em seu mais alto nível, um fácil controle interno independente, e isto não é menos verdadeiro para o Poder Legislativo, que se afirma como supremo. Deve-se admitir, sem surpresa, portanto, que todos os sistemas passados e presentes de controle político e não-judicial, como os experimentados na França com as Constituições de 1799, 1852 e 1946, e os correntemente adotados por muitos países comunistas, revelaram-se extremamente ineficientes.³⁶ O controle efetivo dos órgãos políticos necessita ser realizado de fora: precisa ser confiado a pessoas e a agências suficientemente independentes em relação aos órgãos controlados” (CAPPELLETTI,

acabaram por colocar o Poder Judiciário na “berlinda”⁴. Isto é, o Poder Judiciário torna-se a esperança da ação política, agindo como um terceiro imparcial, longe do Estado, que poderia ser instituidor de uma comunidade moralmente correta⁵. As promessas não cumpridas da democracia acabam por recair sobre os ombros do Poder Judiciário.

A atribuição de expectativas sociais sobre o Poder Judiciário, muito embora não seja novidade no cenário político nacional⁶, põem novos desafios à prestação jurisdicional. Como tratam Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Humberto Theodoro Junior, o Poder Judiciário precisa lidar com três espécies de litígio atualmente:

- (a) individual ou de varejo: sobre a qual o estudo e a dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isolados;
- (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam v.g., procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage*, etc. e (c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que

Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da jurisdição constitucional. *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001, p. 30)

⁴ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados* 18 (51), 2004, p. 81.

⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-49.

⁶ Por exemplo, o historiador José Murilo de Carvalho atribui à magistratura a unidade e homogeneidade da elite política imperial possibilitando, assim, a formação do Estado Brasileiro (CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 95-117). Também, nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer: “Mais que um estamento burocrático, a magistratura simbolizava uma expressão significativa do poder do Estado, ungido para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes. Constata-se, pois, o procedimento profissional e político dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial, sua relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais” (WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 117).

apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa⁷.

A incapacidade estrutural e a falta de instrumental teórico-dogmático pelo Poder Judiciário para lidar com as demandas coletivas e repetitivas induzem a uma ineficiência na distribuição da Justiça. É por essa razão que se fala em uma imersão na crise do Poder Judiciário que não consegue atender as expectativas sociais depositadas sobre sua atuação. Se, como salienta Maria Tereza Sadek, as críticas às instituições judiciais existem desde a instalação das cortes no período colonial⁸, é bem verdade que, principalmente nos anos 90, logo após a abertura democrática da sociedade brasileira promovida pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário possivelmente tenha se deparado com sua própria incapacidade para lidar com o acesso à justiça.

Ademais, e sem esquecer a influência econômica promovida pelo chamado Consenso de Washington na estruturação do Poder Judiciário no Brasil⁹, a Constituição de 1988 alçou o Poder Judiciário para o centro da vida

⁷ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e THEODORO JUNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 177, ano 34, p. 9-46, 2011.p. 19.

⁸ “Críticas ao desempenho das instituições encarregadas de distribuir justiça praticamente acompanham a instalação e o desenvolvimento dessas organizações no país. Desde as primeiras Cortes, criadas ainda no período colonial, vozes se levantaram mostrando sua inoperância e o quanto distavam de um modelo de justiça minimamente satisfatório. Nos últimos tempos, entretanto, tornou-se dominante a idéia de que essas instituições, além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação. Nas análises mais impressionistas sustenta-se, inclusive, que as instituições judiciais ficaram perdidas no século XVIII ou, na melhor das hipóteses, no XIX, enquanto o resto do país teria adentrado nos anos 2000” (SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas. Estudos Avançados* 18 (51), 2004, p. 84).

⁹ O Consenso de Washington é uma estratégia econômica adotada pelos organismos de financiamento mundial, tal como o FMI, na qual se preconiza a privatização das empresas estatais, a abertura dos países subdesenvolvidos para investimentos estrangeiros, a desregulamentação dos direitos sociais e a proteção ao direito de propriedade. Nessa medida, Cuarezma Terán observa que neste: “[...] contexto de este proceso complejo de reforma de la justicia, no debe sorprendernos que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los de la región a abordar la reforma de la justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debe ser, un camino para el mejoramiento del Estado Social de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos” (CUAREZMA TERÁN, Sergio J. *La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro et al. (Ed.). Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 117-131).

pública e, dessa forma, alterou substancialmente a participação do mesmo na vida política.

Logo, críticas da comunidade se abateram sobre o Judiciário em razão da prestação da ineficiência na atividade judicante¹⁰. Assim, tem-se a chamada “crise do Judiciário”. Nunca é demais lembrar que a crise na modernidade é a normalidade, pois que lidamos com uma sociedade complexa e instável apta a promover mudanças¹¹. Não se olvida, de outro lado, que a previsibilidade é finalidade central para o Direito já que “o fato do homem poder viver segundo as regras preestabelecidas e por ele conhecidas poder ser considerado uma conquista da civilização. A simples circunstância de os padrões de avaliação de sua conduta serem conhecidos, independentemente do juízo de valor que a respeito destes padrões de avaliação se possa fazer, satisfaz e tranquiliza. Pode-se dizer que uma das mais relevantes funções do direito é a de, justamente, gerar previsibilidade”¹². No entanto, o que se quer salientar é que o Direito há de adaptar-se constantemente, pois que somos uma sociedade que se transforma dia após dia.

Desse modo, e pensando sempre na eficiência quantitativa do sistema processual, a solução para a chamada “crise do Judiciário” adveio da crença nos textos legislativos, isto é, acreditou-se que mudanças em nossa legislação processual pudessem resolver os problemas estruturais que impediam a solução dos litígios em tempo razoável.

As ondas reformistas que se abateram sobre nosso sistema jurídico-processual nos idos dos anos de 1990 teve como intuito a diminuição do

¹⁰ Inspirado nas lições de Michele Taruffo, Dierle Nunes leciona que há possibilidade de se conceber duas espécies de eficiência, por assim dizer. Uma primeira denominada de eficiência quantitativa e outra eficiência qualitativa. Pela primeira, mede-se a eficiência pela redução do tempo nos procedimentos e na redução dos custos. A relação, portanto, seria em que quanto mais rápido e barato a resolução do litígio maior a eficiência do sistema processual sem qualquer análise da qualidade da decisão. Na segunda espécie, eficiência qualitativa, a relação tem como norte a qualidade e a fundamentação das decisões, devendo, para tanto, ser instituído procedimentos adequados. (NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011. p. 47).

¹¹ NETTO, Menelick de Carvalho. *A Constituição da Europa*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 281-282.

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do Direito*. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 14.

número de processos em tramitação perante as instâncias judiciais, mormente no âmbito dos tribunais superiores¹³.

Por exemplo, em um primeiro momento, com a edição da Lei 9.756/98 que conferiu nova redação ao parágrafo único do artigo 120, §3º do art. 544 e ao art. 557, todos do CPC, aumentando os poderes do relator no julgamento de recursos para que: 1) com relação ao parágrafo único do art. 120, possa julgar de plano o conflito de competência desde que haja jurisprudência dominante no tribunal acerca do conflito suscitado; 2) nos casos de agravo contra decisão que indefere a subida do Recurso Especial, a possibilidade do relator dar provimento ao Especial desde que a decisão recorrida esteja em conformidade com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; e 3) o relator possa negar seguimento monocraticamente ao recurso em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior ou, ainda, dar provimento monocraticamente ao recurso desde que decisão recorrida esteja em desconformidade com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior.

Teoricamente inspirada por Victor Nunes Leal e instituída no Supremo Tribunal Federal através de seu Regimento Interno em 1963, as súmulas tinham por função originária apenas ser um método de trabalho destinado a organizar e facilitar a tarefa judicante ao permitir a consulta a julgador anteriores¹⁴. A partir da reforma do Código de Processo Civil, a súmula, ao invés de método de trabalho, passou a conhecer finalidade que antes não

¹³ A advertência de José Miguel Garcia Medina é importante. Não há, de fato, nenhuma correspondência entre a melhoria da Justiça com a diminuição do número de processos: “Criar “entraves e pretextos” para que processos não cheguem à Justiça não torna nossa Justiça melhor, nem evita sua piora qualitativa: apenas torna-a uma Justiça com menos processos. Uma Justiça sustentada apenas em números não é, *ipso facto*, uma boa Justiça” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em 29 de Julho de 2013).

¹⁴ NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982. No julgamento do Recurso Extraordinário 54.190, o então Ministro Victor Nunes Leal bem expressa que a súmula expressa apenas que o tribunal tem determinado entendimento sobre uma matéria e não poderá ser vista como uma lei e, enquanto tal, pretender aplicação como se fosse (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Victor Nunes Leal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. p. 32-33).

possuía e para a qual não fora criada, qual seja, ser impeditiva de recurso e, ademais, ser fundamento suficiente para o provimento de recurso.

Em outra vertente das reformas levadas a cabo no arcabouço processual brasileiro, a Emenda Constitucional nº. 45/04 criou o instituto da Súmula Vinculante com o acréscimo do art. 103-A ao texto constitucional¹⁵. Neste momento, o enunciado sumular editado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação e eficácia de normas constitucionais passa a ser de observância obrigatória para os demais juízes e Tribunais e para a Administração Pública, sob pena de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

As súmulas, portanto, se diferenciam em súmulas impeditivas de recursos, súmulas persuasivas e súmulas vinculantes. Aquela funcionalidade original de servir de método de trabalho para o órgão julgante cai por terra.

Por último, a Lei 11.276/2006 inclui no art. 518 do CPC o §1º para dispor que: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal”. Referida alteração legislativa possibilitou ao juiz de primeira instância impedir o seguimento de Apelação quando sua sentença estiver de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, é de se mencionar que o Código de Processo Civil projetado e em trâmite perante o Congresso Nacional (Projeto de Lei 8.046/2010 da Câmara

¹⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

dos Deputados e Projeto de Lei 166/2010 do Senado Federal) mantém em linhas gerais o espírito das reformas processuais levadas a efeito na década de 90 (noventa) do século passado¹⁶. Com efeito, talvez a principal novidade é a instituição do chamado Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, instituto capaz de, ao menos, tentar dar tratamento processual adequado ao litígio de atacado.

A aposta no modelo precedentalista é a tônica do Livro IV que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais do Projeto de Lei 8.046/2010, CPC projetado, indicando, logo no art. 882, que os tribunais velarão pela “uniformização e estabilidade de seus julgados” das seguintes formas:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos.

Todo esse panorama legislativo modificou o arcabouço jurídico-processual. Nisso parece não haver dúvidas. Fala-se que houve uma verdadeira

¹⁶ Por exemplo, atualmente o texto consolidado na Câmara dos Deputados apresenta no art. 945 os poderes dado ao relator no julgamento de recursos. Nessa medida, esse poderá monocraticamente negar provimento ao recurso quando a esse for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, negar provimento a recurso interposto quando for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal ou Superior Tribunal de Justiça em recursos repetitivos, negar provimento a recurso interposto contra orientação firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Também o relator poderá dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida for contrária a súmula do STF ou STJ, contrário a acórdão proferido pelo STF e STJ em recurso repetitivo ou entendimento firmado em incidente de resolução de demanda repetitiva (art. 945, inc. IV e V do PL 8.046/10).

valorização dos precedentes judiciais, erigindo as decisões judiciais no direito brasileiro em fonte legítima do Direito¹⁷.

3. Problematizando a relação entre *civil law* e *common law*

A valorização dos precedentes no sistema jurídico processual brasileiro fez com que diversos especialistas enxergassem uma aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*. Fala-se, então, de uma commonlização do direito brasileiro ou, apenas, uma convergência entre os sistemas jurídicos¹⁸.

No entanto, a forma como se valorizou o precedente judicial representa, no fundo, não propriamente uma aproximação ao sistema *common law*. Ao investigarmos o processo de formação e a técnica de aplicação do precedente no sistema *common law* veremos que, em verdade, o sistema jurídico processual brasileiro em nada nos faz lembrar o *common law*¹⁹.

A formação do direito da tradição romano-germânica deve-se, sobretudo, à atividade científica exercida pelos professores nas universidades

¹⁷ Entre muitos, citamos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 151-155. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 27, jun. 2005, p. 53. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula Vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n^o 9, janeiro/fevereiro/março, 2007, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 28 de junho de 2013. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2^a ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

¹⁸ *Verbi gratia*: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e JUNIOR THEODORO, Humberto. Processo. 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 *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo 2010*, Repró 189, p. 09-52, jul./dez., 2011. MORATO, Alexandre Figueiredo. et. al. Súmula vinculante e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas- respostas hermenêuticas à luz da teoria do preconceito de Gadamer. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. ano 9, n. 12, p. 13-41, jul./dez. 2012. p. 24.

¹⁹ Em vista da exiguidade de tempo de que dispomos no presente artigo não abordaremos o conceito de precedente. Para maiores informações, remetemos o leitor para o nosso livro: SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 101-120.

européias do século XII. Nestes lugares, o labor dos professores consistia em realizar uma sistematização e reflexão racional do direito romano, em especial da obra de Justiniano, o *Corpus iuris civilis*. O estudo e a análise do direito romano realizado nas universidades europeias independiam da compreensão do sistema jurídico em que estava imerso o interprete²⁰. No entanto, é bom advertir que os professores que ministravam o direito romano não eram, de forma alguma, distantes do seu tempo²¹.

O sistema jurídico forjado pelo estudo e compreensão do direito romano era um direito eminentemente teórico e com as seguintes características que o diferenciava dos direitos locais: 1) era um direito escrito distinto, portanto, das mais diversas regiões europeias cujos direitos eram consuetudinários; 2) era comum a todos os professores; 3) era completo no sentido de que passou a estudar institutos desconhecidos da sociedade feudal; 4) era mais evoluído na medida em que era elaborado com base em textos jurídicos que refletiam uma sociedade que necessitava de progresso econômico e social²².

Apesar da influência do direito romano ter variado de país para país na Europa, é bem verdade que não houve uma completa substituição do direito local pelo direito romano, isto é, o direito romano não passou a ser vigente por completo e excludente das regras consuetudinárias aplicáveis a cada localidade²³.

Os elementos comuns da romanização do direito europeu apareceram ao fim da idade média e até hoje influenciam os sistemas jurídicos tal como o Alemão, o Francês, o Italiano, dentre outros. Dentre tais elementos, podemos destacar o papel da regra de direito, abstrata e geral, retirada pela ciência jurídica do conjunto dos casos concretos; a ideia de que o direito deve ser racionalizado de acordo com a concepção do que os homens pensam de Justiça e, principalmente, um modelo de raciocínio jurídico que busca resolver as

²⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 203.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 204.

controvérsias surgidas de casos particulares a partir das regras gerais, sejam fixadas pelo legislador ou pela dogmática jurídica²⁴.

Apesar da romanização levar inexoravelmente a uma preponderância da lei enquanto fonte primária do direito, a caracterização deste sistema jurídico não se faz exclusivamente pela ideia de que o ato do legislador é a principal fonte do direito²⁵. Portanto, qualquer afirmação que permita caracterizar a tradição do *civil law* como um sistema jurídico na qual a lei ou a codificação constitua a fonte principal da produção do Direito é uma assertiva cientificamente rasteira.

Desse modo, por exemplo, a assertiva de que o *civil law* tende a identificar a lei com o Direito e que as decisões judiciais não constituem propriamente fontes do Direito ou, ainda, de que o *civil law* é um sistema jurídico codificado enquanto o *common law* é um sistema jurídico judicial não é uma afirmação cientificamente capaz de ressaltar as diferenças havidas entre as referidas tradições²⁶.

O *common law*, segundo a esmagadora maioria da historiografia jurídica, começa a ser forjado no reinado de Henrique II (1154-1189) impondo a jurisdição real aos casos civis e penais que, anteriormente, estavam nas mãos das jurisdições locais e feudais e não na do rei. Assim, “a coroa entrava em cena quando seus próprios interesses estavam diretamente envolvidos ou quando havia uma recusa da justiça, isto é, quando uma parte movia um recurso ao rei por clemência, porque a justiça local ou feudal entrara em colapso”²⁷. Para tal, Henrique II implementou uma profissionalização da justiça ao diferenciar as funções econômicas e administrativas das atividades dos juízes itinerantes que percorriam toda a corte para ouvirem reclamações e decidirem a disputa dos súditos²⁸.

²⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 204.

²⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 205.

²⁶ DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 4ª ed. Dalloz: Paris, 1971. p. 38-39.

²⁷ BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 546-547.

²⁸ BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 549.

A princípio, a jurisdição real estabelecia-se no próprio Tribunal do rei, a *Curia Regis*. Henrique II, portanto, destacou seções especializadas cada qual para cuidar de uma matéria: o Tribunal das causas comuns (*Court of Common Pleas*) cuidava do julgamento de disputas relativas às causas civis ou penais; o Tribunal do Tesouro (*Court of Exchequer*) cuidava do julgamento relativos à receita e à tributação do reino; e, por fim, o Tribunal do Banco do Rei (*King`s bench*) julgava os crimes contra a paz do reino²⁹.

A construção do direito na Inglaterra foi obra, sobretudo, da emissão dos *writs* ou ordens sumárias da Coroa para os *sheriffs*, representantes das coroas nos vilarejos e cidades. Os *writs* eram ordens invocadas por petição de algumas das partes que invocavam perante os tribunais a existência de um *writ* com a situação apresentada no seu caso. Assim, a expressão *remedies precede rights* é definidora do desenvolvimento do *common law*³⁰.

As ordens eram emitidas a partir da alegação da aplicação em um caso concreto do costume imemorial do reino. No entanto, não havia uma relação entre a concessão da ordem e a comprovação da subsistência do costume. É que muitas das questões que chegavam à jurisdição real eram questões jurídicas inéditas³¹. Neste sentir, a explicação dos professores Cristiano Paixão e Renato Bigliazzi: “como a legislação era escassa e não existia, à época, a concepção - típica do direito moderno - de que um direito depende de um ato normativo que o constitua e defina seu campo de aplicação, a construção do ordenamento jurídico, na Inglaterra, tornou-se dependente da própria atividade judicial”³².

Também, o *common law* era desenvolvido e praticado pelos *common lawyers* que seriam os litigantes práticos, sem serem formados em

²⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 210. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2011. p. 29.

³⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 210-211.

³¹ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2011. p. 30.

³² PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2011. p. 30.

universidades na disciplina do direito romano, como mais tarde sois acontecer com as jurisdições do continente europeu. O recurso argumentativo dos práticos consistia em demonstrar que os tribunais já teriam julgado casos similares em determinado sentido, o que facilitaria o êxito na causa.

É de se advertir, entretanto, que, conforme as pesquisas de John Gilissen, o precedente judiciário, ao menos na Inglaterra, não é autenticamente uma fonte do direito, já que o juiz deve encontrar os elementos da sua solução jurídica em questões de fundo ou *substantive law*³³. Por tais razões é errônea a afirmação de que a relevância ou não do precedente no sistema jurídico é que o configurará um sistema jurídico como *common law* ou *civil law*.

Mesmo autores experientes no estudo do campo processual, parecem problematizar a relação entre *common law* e *civil law* a partir de uma perspectiva eminentemente de origem da produção do Direito ou, como muito se convencionou, a partir da valorização do precedente³⁴. Em texto ainda inédito, Dierle Nunes sintetiza que

Os sistemas jurídicos contemporâneos, devido às suas complexidades, não se apresentam mais como modelos “puros” de aplicação, podendo-se perceber uma tendência mundial de convergência entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Nesse sentido, países de tradição do *Civil Law*, como o Brasil, vêm adotando de modo mais denso em sua prática jurídica, e mesmo no desenho institucional de seus sistemas judiciários, um modelo de aplicação de precedentes como fonte do Direito³⁵.

³³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.212.

³⁴ Por exemplo, os seminais textos: NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e JUNIOR THEODORO, Humberto. Processo. 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 *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo* 2010, Repró 189. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. *Revista de Processo*, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011. Na mesma medida, ainda que não completamente explícito, é a interpretação que nos exsurge do texto: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

³⁵ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Primeiras linhas do princípio do Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado e sua necessária conexão com técnicas delineadas de padronização decisória. In: MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, VOLPE, Luiz, DIDIER JR., Fredie, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno,

Nada obstante a citação acima transcrita, o próprio autor é bem verdade, linhas após, leciona que a experiência jurídico-processual de aplicação dos precedentes tem se acentuado diferente dos países da tradição do *common law*. Esse é o ponto que não fica evidente a problematização da relação entre *civil law* e *common law*.

Há um sentido mais profundo da relação entre os sistemas jurídicos que não apenas a origem do Direito. A diferença - como veremos à frente, se é que existe - traduz-se na forma de aplicação e pensamento do próprio Direito. Ou, em outras palavras, é a questão metodológica do Direito que põe descoberto a diferença entre os sistemas jurídicos.

Parece assente na Teoria do Direito que a grande diferença entre os sistemas jurídicos reside no raciocínio jurídico. No *common law* há uma forma de ver o Direito a partir da casuística, do caso concreto, do método indutivo. Um raciocínio *from case to case*, como diz Thomas Bustamante³⁶. De outro lado, o Direito Civil está ligado ao raciocínio dedutivo, silogístico que parte da universalização das regras jurídicas de comportamento³⁷.

Em certa medida, há a utilização de raciocínio indutivo no *Civil Law* e também há utilização de raciocínio dedutivo no *Common Law*. A questão primordial é que há uma autonomia metodológica em cada um dos sistemas jurídicos aptos a se diferenciarem internamente.

Assim, há um aspecto essencial que consiste no fato de que a aplicação e o desenvolvimento do Direito seguem rumos diferenciados conforme a imersão do ordenamento em uma ou outra família do Direito.

4. A *différance* do sistema processual brasileiro

NUNES, Dierle, MIRANDA, Pedro (coords.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Vol. II*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014., no prelo.

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2011. p. 11.

³⁷ ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: MOREIRA, Luiz e BIGONHA, Antonio Carlos (orgs.) *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 190.

Pouco afeto ao estudo da filosofia, a dogmática jurídico-processual não consegue escapar dos encantos da metafísica ou do logocentrismo da metafísica³⁸. Inclusive, este próprio texto até o presente momento é caudatário e refém dos dualismos da metafísica. Por exemplo, ao trabalharmos o conceito de sistemas jurídicos *common law-civil law* há uma tentativa de caracterização em um ou outro. O aprisionamento do pensamento metafísico se dá, com certeza, no fato de que a pergunta pelo ser-aí é obscurecida pela ontologia, sobre a característica do ente³⁹.

Em verdade, a atitude especulativa dos filósofos sempre tendeu a fechar a questão, a concluir numa ou noutra decisão. Mesmo os cientistas empiristas caem no referido pecado de tentarem caracterizar a questão em um termo ou seu oposto⁴⁰. Bem por isso, no entanto, Jacques Derrida tenta livrar-nos do fardo da verdade metafísica de tentarmos conceituar algo. Para tal, Jacques Derrida pressupõe que a estruturação de algo está entre a ausência e a presença, desvinculando-nos dos dualismos criados pela metafísica⁴¹.

A construção de um significado qualquer depende da coimplicação de um termo e seu oposto. O conhecido termo *différance*, neologismo do termo francês *difference* (diferença) que apenas indica que não há diferença fonética com seu oposto, marca o projeto teórico derridiano no qual os dois sentidos são interconectados mas que se mantém conectados com o *différer*, isto é, que há uma abertura total e um diferimento irrevogável no sentido⁴².

Différance, como mesmo diz Derrida, é o deslocamento da lógica oposicional construída forçosamente pela imposição de que não há um mundo verdadeiro e certo como tentou nos fazer acreditar o kantismo e o positivismo⁴³. É preciso compreender a complexidade que nos impele a refletir

³⁸ Logocentrismo é termo empregado pelos teóricos da desconstrução para indicar uma crítica ao fato de que há uma excessiva crença na fixação da verdade de um texto para além dele mesmo. DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2^a ed. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 85.

⁴⁰ DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2011. p. 225-226.

⁴¹ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

⁴² DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

⁴³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 13. Com apoio em Nietzsche, Derrida assevera que o kantismo e o positivismo mentiram para nos fazer acreditar que haveria um mundo

a própria sociedade e o Direito longe do espectro de uma oposição reducionista. Vislumbrar qualquer fenômeno jurídico a partir da lógica binária que se conforma à metafísica moderna é cometer um equívoco de entender de que os conceitos não conformam o mundo, mas a vida é que conformam os conceitos. Ao se admitir, por exemplo, que o fenômeno se enquadra em tal ou qual hipótese, estar-se-ia excluindo a possibilidade de uma terceira via.

Toda classificação carrega em si a arbitrariedade, a violência do fechamento da questão. A desconstrução permite construir a partir da negação da violência metafísica⁴⁴. Permite-nos enxergar para além de dualismos estreitos legados pelo pensamento metafísico. No entanto, há que se considerar que não pode haver no pensamento desconstrucionista uma unidade total ou diversidade total, há sempre uma “força diferencial, da diferença como diferença de força, da força como *differánce* ou força de *differánce* (a *differánce* é uma força diferida-diferente)”⁴⁵.

A hipótese filosófica de Derrida, muitas vezes perturbadora, é a de que a desconstrução não oferece qualquer regra, qualquer critério para responder às indagações surgidas. Sem resposta alguma tranquilizadora, só nos resta inquietarmos diante das classificações metafísicas.

As críticas de Habermas ao pensamento metafísico são consagradoras do paradoxo que une o pensar metafísico e o ontológico:

A metafísica enreda-se em tais formulações paradoxais porque continua no caminho do pensamento ontológico, tentando em vão subsumir o uno a determinações objetivadoras, o uno que, na qualidade de origem, fundamento e totalidade de todo ente, configura apenas a perspectiva no interior do qual é possível objetivar o múltiplo como a variedade do ente⁴⁶.

verdadeiro (DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Estudos Avançados* 10 (27), 1996. p. 7).

⁴⁴ Sob o sugestivo subtítulo de violência e metafísica, Derrida deixa consignado: “O conceito supõe uma antecipação, um horizonte em que a *alteridade* se amortece ao anunciar-se deixar-se prever. [...] E não se trata apenas de pensar o contrário, que ainda é seu cúmplice, mas de libertar seu pensamento e sua linguagem para o encontro além da alternativa clássica” (DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2011.p. 135-136).

⁴⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 11.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990. p. 157.

As tábuas classificatórias do pensamento metafísico são legados do pensamento matemático de Descartes. Há um sentido de distinção ou classificação⁴⁷. No pensamento pós-metafísico ou pós-moderno, incabível reduzirmos a complexidade da vida social a esquemas classificatórios.

No campo dos sistemas processuais como um todo, portanto, é, para dizer o mínimo, apressado atribuir classificações entre sistemas pertencentes ao *common law* e *civil law*.

A valorização dos precedentes no sistema jurídico processual brasileiro ocorreu de um modo peculiar ao ocorrido nos países ditos de *common law*. Por exemplo, os precedentes não são seguidos de discussão do caso concreto. A dogmática jurídica processual acredita que o órgão jurisdicional deve criar uma norma jurídica geral, aplicável a outros casos semelhantes, enquanto resolve a norma jurídica individual:

Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa criar, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que fundamenta” a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve* ser seguido pelo órgão jurisdicional⁴⁸.

Ao invés de termos a lei, enquanto principal fonte do direito e base para a construção de um raciocínio jurídico dedutivo, passamos a substituir os termos vagos e gerais desta para o da jurisprudência, súmulas, etc. Ou seja, substituímos um texto por outro, sem, no entanto, refletirmos sobre o importante fato de que também no *common law* há a necessidade de interpretação do precedente⁴⁹

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 41.

⁴⁸ DIDIER, Fredie. Editorial 49. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>, acesso em 17 de outubro de 2013.

⁴⁹ Como assevera Teresa Arruda Alvim Wambier, na Inglaterra não existe o modelo de julgamento por acórdãos, onde as *dissenting opinions* estão todas expostas na mesma decisão que, regra geral, são longas. Então, na verdade, o juiz que houver de utilizar um caso como precedente deve se aprofundar nas argumentações utilizadas pelo órgão julgador. Notícia, também, a autora que tribunais ingleses por vezes discutem casos anteriores ocupando 50 páginas, casos esses que remontam de 400 há 500

Agora, não precisamos mais da lei já que temos a jurisprudência e as súmulas. A maneira com que trabalhamos com precedentes, entretanto, é a mesma com que trabalhamos com a lei. As súmulas, vinculantes ou não, a jurisprudência dominante são aplicadas descontextualizadas do caso concreto. Não há argumentação relativa aos aspectos do caso concreto em juízo. Quantas não são vezes em que um membro de um tribunal, relator do recurso de apelação, limita-se a negar provimento em virtude da orientação x, do Tribunal Superior y, e cita um julgado qualquer. Não há, de fato, argumentação dos aspectos essenciais do caso *sub judice*. Na forma como estamos lidando com precedentes temos o velho vício de separar as questões de fato e de direito, quando sabemos muito bem que o direito é ligado de forma inexorável à vida⁵⁰

A norma processual do art. 557 do CPC, em verdade, não aduz sobre a forma com que será utilizado um precedente, jurisprudência dominante. Nossa prática jurídica, arraigada ao positivismo, é que vislumbra a autorização da substituição de um texto por outro. Por isso, não raras vezes no âmbito do STJ, “[...] em poucos minutos e com pouquíssimo debate, questões de extrema relevância para a sociedade são pacificadas (muitas vezes alterando entendimentos até então consolidados). Nesses poucos minutos, forma-se pronunciamento judicial que, na nossa ordem jurídica atual, é o que mais se aproxima de um precedente judicial”⁵¹.

Na verdade, a transposição dos precedentes para o sistema jurídico processual brasileiro com que os Tribunais Superiores e o legislador vêm fazendo é equivocada e apressada. Como diz Dierle Nunes, “apenas formamos

anos!(WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 42-45).

⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p. 23. Não há, de fato, como separar questões jurídicas de questões de fato, conforme o velho ensinamento de Castanheira Neves (NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto; questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967).

⁵¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p. 184.

julgados (decisões isoladas e mal dimensionadas) e a elas atribuímos força de padrão decisório para resolver um problema quantitativo em nosso sistema”⁵².

Por isso que, sob o arcabouço teórico da hermenêutica gadameriana, Lênio Streck e Georges Abboud mencionam o perigo da transposição da vagueza da lei para a súmula:

Efetivamente, não se deve transportar, da lei para as súmulas, o velho problema da vagueza e da ambiguidade das palavras. Isso não ajuda em nada. Aliás, apenas mostra como parcela significativa da doutrina permanece refratária às conquistas filosóficas que o século XX nos legou. Não deveria haver essa preocupação com a degradação semântica. Isso é coisa do positivismo jurídico. Esclarecendo melhor: os juristas continuam a tentar encontrar no próprio texto uma essência que permita dizer qual seu real significado⁵³

Também não é por outra razão que Alexandre Bahia nos ensina que estamos, na verdade, alheios às teorias da interpretação jurídica do século XX e XXI, tal como de Dworkin, de Gadamer, de Günther, de Habermas, e apegados a um positivismo exegético, típico da escola da exegese, apenas substituímos a lei por súmulas vinculantes⁵⁴.

No *common law*, precedentes e até mesmos *stare decisis*, constituem em ponto de partida para a discussão travada em juízo, jamais um fechamento estático entre a questão jurídica e a decisão de um tribunal qualquer⁵⁵. A prática argumentativa é que vai definir quando se trata de um caso ou de outro.

⁵² NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização-paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 267.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. *O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 75.

⁵⁴ Nessa medida, passagem importante de seu texto: “O que há aí é um renascimento (se é que entre nós houve uma morte) dos postulados da escola da exegese, da crença oitocentista na clareza do texto e mais, no poder racionalizador do mesmo: crê-se que as Súmulas Vinculantes, por serem Súmulas, tornam “claro” o sentido (verdadeiro) da norma e, acredita-se que, por serem vinculantes, impediriam a pretensão em juízo de qualquer outra interpretação. Quanto ao primeiro postulado já mostramos que o fato de haver Súmula não resolve o problema da interpretação. Quanto ao segundo, Marcelo Cattoni mostra (por exemplo) que sobre a Súmula Vinculante 4 já há divergência de interpretação entre TST e STF” (BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012. p. 364).

⁵⁵ BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012. p. 365-7.

A questão é que estamos presos ao legado positivista e a crença de que um texto poderá resolver os problemas interpretativos. Por isso, melhor do que caracterizar nosso sistema processual como um misto de *common law* e *civil law*, seria classificarmos como o velho estilo francês da Escola da Exegese do *phrase unique*. Ou seja, utilizamos o precedente como mecanismo de padronização decisória preventiva, ou seja, “como se percebe do modelo de precedentes estrangeiro, os padrões decisórios cumprem em grande medida o papel uniformizador em dissensos existentes e não, em regra, o de prevenir sua ocorrência em situações complexas”⁵⁶. Colocamos o precedente como se fossem leis, aplicamos-nos como se fossem regras gerais e abstratas.

O que queremos salientar, neste momento, é que nosso sistema processual não adotou de forma alguma o *common law* e nem se aproximou deste, na medida em que suas principais características foram descartadas pela nossa prática jurídica, corroborada com a doutrina especializada.

Houve, nisto parece haver acertado, um distanciamento do *common law* na exata medida em que não argumentamos, na forma em que nosso raciocínio não é indutivo.

Assim é que se produz a *differance* do sistema processual brasileiro. Primeiro, ele é diferente do *common law* pois que não abre espaço para a argumentação, para a criação do direito a partir do caso concreto, a partir do raciocínio indutivo que foi, afinal, o que nos legou a história de formação do sistema precedentista. Em segundo lugar, não é tipicamente *civil law* porque a lei perdeu a posição de centralidade na dinâmica processual, donde, por exemplo, o juiz pode julgar em desobediência à lei mas não o pode em contrariedade com as súmulas vinculantes.

Para dizer com Derrida haverá sempre um diferir na classificação do sistema processual brasileiro que não nos permite vê-lo totalmente como *civil law* ou como *common law*⁵⁷.

⁵⁶ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização-paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p. 267.

⁵⁷ Interessante observar o texto de Evaristo Aragão Santos em que o autor cita o exemplo do Estado da Louisiana que, em realidade, é uma região onde predomina o *civil law* (*a civil law State in a common law nation*). Seria, como o autor diz, algum lugar entre os extremos do *civil law* e *common law*. Ora, na minha perspectiva, é na

5. Conclusão

O resultado de nossa pesquisa pode causar estranheza em um momento inicial. Ora, não se pode conceber um sistema processual que não seja estruturado seja nos moldes do *common law* ou do *civil law*. No entanto, o movimento de aproximação à brasileira entre *common law* e *civil law* apenas deu no sentido de colocar os precedentes e súmulas como centrais no momento de aplicação do Direito pelo juiz. Desconsiderando o principal aspecto do sistema precedentalista - que não é a centralidade da decisão dos Tribunais como fonte do direito - acabamos por assumir os perigos que tal configuração se dará.

Houve um movimento circular da metodologia jurídica. Cumpre, pois, destacar que, historicamente, o rico papel que o *common law* atribui ao pensamento praxista, ao pensamento de construção do direito a partir do raciocínio indutivo, foi descartado no Brasil.

Nossas pré-compreensões levaram-nos a substituir a lei pela jurisprudência, pelo precedente. Projetamos, enfim, no *common law* algo que já tínhamos a prática de realizar, o fechamento da argumentação.

Não é demais afirmar, pois, que nosso sistema processual acabou por se distanciar do *common law* ou, ao menos, da sua principal característica. Os dualismos metafísicos insistem em tentar tachar nosso sistema como ou um ou outro. Neste ponto, é que o presente trabalho se distancia da visão geral.

Afirmamos que há uma *differance* enquanto diferença diferenciadora ou diferimento no movimento da classificação/ distinção.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Victor Nunes Leal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

BAHIA, Alexandre . As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.

verdade uma *differance* derridiana (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 139-140).

BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da jurisdição constitucional. *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 13-110, 2001.

CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CUAREZMA TERÁN, Sergio J. La reforma de la justicia en Centroamérica: avances, naturaleza, retos y peligros. El caso de Nicaragua. In: SERRANO CALDERA, Alejandro *et al.* (Ed.). *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*. Managua: Fundación Friedrich Ebert, 2004.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 4ª ed. Dalloz: Paris, 1971.

DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2011.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Estudos Avançados* 10 (27), 1996.

DIDIER, Fredie. Editorial 49. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>, acesso em 17 de outubro de 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. 2ª ed. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. trad. Flavio Paulo Meurer. 10ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2ª ed. Trad. A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n.47, p.29-64, 2008.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em 29 de Julho de 2013.

MORATO, Alexandre Figueiredo. et. al. Súmula vinculante e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas- respostas hermenêuticas à luz da teoria do preconceito de Gadamer. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*. ano 9, n. 12, p. 13-41, jul./dez. 2012. p. 24.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 27, jun. 2005.

NETTO, Menelick de Carvalho. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NEVES, Castanheira. *Questão-de-facto; questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

NUNES LEAL, Victor. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e JUNIOR THEODORO, Humberto. Processo. 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 *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo 2010*, Repro 189, p. 09-52, jul./dez., 2011.

NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre e THEODORO JUNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 177, ano 34, p. 9-46, 2011.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização- paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. n. 199, p. 41-82, 2011.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. Primeiras linhas do princípio do Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado e sua necessária conexão com técnicas delineadas de padronização decisória. In: MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz, VOLPE, Luiz, DIDIER JR., Fredie, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle, MIRANDA, Pedro (coords.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Vol. II*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014., no prelo.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Súmula Vinculante*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, janeiro/fevereiro/março, 2007, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 28 de junho de 2013.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. In: MOREIRA, Luiz e BIGONHA, Antonio Carlos (orgs.) *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados* 18 (51), 2004.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i) legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

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

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Trad. João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Data de Submissão: 20/08/2017

Data de Aprovação: 20/08/2017