
PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIREITO ROMANO-GERMÂNICO E COMMON LAW EM CRESCENTE APROXIMAÇÃO

*JUDICIAL PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL SYSTEM: THE INCREASING APPROACH
OF THE ROMAN-GERMAN LAW AND THE COMMON LAW*

Daniela Gonçalves de Carvalho

*Procuradora Federal. Coordenadora de Cobrança e Execução Fiscal Trabalhista da
PSF Duque de Caxias/RJ. Pós-graduada em Direito Público (UCP). Professora da
Escola Brasileira de Ensino Jurídico pela Internet (EBEJI)*

Marcus Vinicius de Albuquerque Portella

Pós-graduado em Direito Privado (UGF)

*Procurador Federal - Procurador-Chefe da Procuradoria junto à Fundação Biblioteca
Nacional (PF-FBN)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aumento do papel político da jurisdição constitucional; 1.1 Pós-Guerra na Europa; 1.2 Pós 1988 no Brasil; 1.3 Evolução concomitante entre *common law* e sistemas da Europa Continental; 2 Déficit de representação democrática no Poder Legislativo no Brasil e o papel democrático das cortes constitucionais; 3 Sistema de precedentes pelo CPC 2015; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo acompanha a evolução dos sistemas jurídicos da *Civil law*, predominante na Europa Continental, e da *Common law*, característico de países como os Estados Unidos da América e integrantes do Reino Unido, buscando analisar como acontecimentos históricos no Brasil e no mundo influenciaram ambos os sistemas, principalmente no que se refere à jurisdição constitucional, tendo como reflexo uma aproximação entre eles. Como reflexo desse fenômeno de aproximação dos sistemas na experiência brasileira, é possível reconhecer o salto de relevância conferido pelo legislador aos precedentes judiciais, conforme se evidencia de dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo-se definitivamente as decisões judiciais como fonte normativa do Direito. Em sentido contrário, são apresentadas evidências de que os países da *Common law* vêm incrementado significativamente a sua produção legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Constitucional Brasileiro. Sistema Romano-Germânico. *Common Law*. Precedentes Judiciais. CPC 2015.

ABSTRACT: This article encompasses the evolution of two distinct law systems, *Civil Law*, predominant in Continental Europe, and *Common Law*, typical of places like the United States of America and the United Kingdom, focusing on analyzing how brazilian and world histories shaped both systems, especially in regard to the constitutional jurisdiction promoting more similarities in between the two systems. As a result of these two systems becoming more similar, the brazilian experience shows an increasingly higher value placed by legislators on judicial precedents, as the 2015 Civil Procedure Code establishes that judicial decisions of the court be used as a source for future decision making. In the other direction, a higher production rate of written law becomes evident in traditionally Common Law countries.

KEYWORDS: Brazilian Constitutional System. Roman-Germanic system. Common Law. Judicial Precedents. CPC 2015.

INTRODUÇÃO

É notável que o Poder Judiciário vem ganhando as manchetes de jornais com uma frequência nunca antes vista no Brasil, em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF).

Como justificativas para esse recente protagonismo da magistratura nacional, é possível destacar suas decisões tomadas em questões controvertidas para a sociedade, que envolvem inegável carga de ativismo, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹, o aborto de fetos anencefálicos², o ensino religioso em escolas públicas³, assim como o julgamento de grandes casos de corrupção, envolvendo cifras exorbitantes e importantes agentes políticos, primeiramente com o chamado Caso Mensalão⁴ e atualmente com a Lava Jato⁵, com a recente permissão de encarceramento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória⁶.

Essas e outras decisões suscitam a rediscussão do alcance e conteúdo da proteção dos Direitos Humanos, que desde o fim da Segunda Grande Guerra vem apresentando sensíveis avanços. No plano internacional, o assunto ganha destaque a reboque das questões que envolvem os movimentos migratórios em virtude de conflitos armados, como na Síria e Líbia, mas também por conta da ameaça terrorista que aflige varados países como França, Inglaterra e Espanha, apenas para mencionar os casos mais recentes.

Os direitos humanos na ordem do dia, do Brasil e do mundo, aliado ao acentuado fenômeno da globalização (iniciado, para uns, na época das grandes navegações, para outros, desde a expansão do Império Romano) podem explicar o quadro perceptível de aproximação entre sistemas jurídicos distintos.

Como será melhor visto adiante, o Novo Código Civil de 2015 demonstra que a cultura de precedentes judiciais veio para ficar, inaugurando um sistema misto que prima tanto pelo respeito às leis positivadas quanto pela hierarquia das decisões judiciais e ao *judicial review*.

A Europa continental e seu conhecido apego ao formalismo e ao direito positivado (Sistema Romano-germânico) vem cedendo espaço à sedimentação de costumes e à jurisprudência como fonte do Direito, típicos da *Common law*.

Por outro lado, países adeptos da *Common law* vêm editando legislações cada vez com mais frequência, especialmente países da Europa comunitária, por necessidade de promover uma maior integração entre as nações que fazem

1 ADI 4277 e ADPF 132.

2 ADPF 54.

3 ADI 4439.

4 AP 470.

5 HC 126.292

6 Disponível em: <<http://educaterterra.terra.com.br/voltaire/mundo/segunda-guerra-mortos.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

parte da União Europeia (UE). Mas nos Estados Unidos da América (EUA), fenômeno semelhante pode ser igualmente percebido, o que denota que esse processo de aproximação dos sistemas jurídicos é global e multifatorial.

1 AUMENTO DO PAPEL POLÍTICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O progressivo protagonismo do Poder Judiciário que se verifica recentemente contrasta com a histórica prevalência do Poder Executivo frente as demais funções estatais, dentro da clássica tripartição de Montesquieu. Mas o Executivo continua a exercer sua prevalência, em especial, nos países com regime de governo presidencialista.

Retroagindo no tempo, tendo como marco histórico a Revolução Francesa, assistiu-se o rompimento da figura divina do monarca, muito em virtude dos descontentamentos da classe burguesa com seus abusos e desmandos. A desconfiança que se tinha em relação ao ocupante do trono era estendida aos membros do Judiciário, e no intuito de prevenir abusos, era difundida a concepção de que o juiz deveria ser simplesmente a “boca-da-lei”, ou seja, um mero repetidor acrítico das normas estabelecidas pelos demais poderes.

No entanto, os horrores da Segunda Guerra Mundial na Europa e o posterior obscurantismo do Regime Militar no Brasil provocaram uma mudança drástica de cenário, criando as bases para o florescimento dos Direitos Humanos, concomitantemente ao papel do Judiciário como promovedor destes excelsos direitos. É o que se passa a analisar.

1.1 Pós-Guerra na Europa

O regime nazifascista ceifou cerca de 47 milhões de vidas⁷, somente na Europa, sob comando do *Fuher*, autoridade suprema do Poder Executivo, com base em leis e atos normativos amplamente apoiados Poder Legislativo (ou simplesmente ignorando esta função do estado) e com um Poder Judiciário tíbio e subjugado.

Como consequência, o pós-Guerra provocou uma reflexão moral de proporções jamais vistas, em todas as nações. Seria necessário criar garantias e mecanismos efetivos de proteção da pessoa humana em face dos arbítrios de seus próprios governos. Era preciso estabelecer limites ao atuar estatal, resguardando assim os direitos humanos de seus cidadãos. Nesse contexto é que emergem as constituições ditas garantistas mundo afora.

7 Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/segunda-guerra-mortos.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017. Segundo consta, o maior número de mortes, aproximadamente 16 milhões, ocorreu na extinta União Soviética (URSS).

Ao mesmo tempo, restou nítida a importância e necessidade de um Judiciário forte e independente o suficiente para obstar eventuais abusos de poder dos demais Poderes. Em vários países da Europa, como Alemanha e Itália, as Cortes Constitucionais foram erigidas como órgãos autônomos e independentes dos demais poderes, inclusive do próprio Judiciário.

Esses fatores naturalmente atraem os holofotes para o Judiciário, em especial para as cortes constitucionais, que a todo momento precisam sopesar a medida de sua atuação, promovendo a proteção aos direitos fundamentais, mas exercitando também sua autocontenção, para não invadir espaços estatais reservados aos demais poderes ou até mesmo o espaço próprio das demais instâncias do próprio Judiciário.

Tomando a Alemanha novamente como exemplo, a ideia de corte constitucional não como uma *superinstância* recursal, mas como foro de proteção dos direitos fundamentais, foi reafirmada pela Ministra Sibylle KessakWulf (CANÁRIO, 2016):

O tribunal constitucional não é uma instância recursal, ele apenas responde se houve desrespeito a direitos fundamentais. Nós respeitamos a interpretação das instâncias anteriores e as soluções propostas pelo legislador.

Os reflexos, no Brasil, desse contexto histórico, e o conseqüente incremento do constitucionalismo no país, serão investigados adiante.

1.2 Pós 1988 no Brasil

Nesse ponto, é necessário um breve retrospecto das principais constituições brasileiras. À Constituição de 1934, a terceira do jovem país independente e a segunda de sua experiência republicana, sucedeu-se a Carta de 1937, considerada extremamente restritiva das liberdades individuais.

A disparidade entre os documentos salta aos olhos. Na Constituição de 1934, foi estabelecido pela primeira vez liberdades como o voto feminino e secreto. Já na Carta de 1937, que veio para legitimar o chamado Estado-Novo e o governo ditatorial de Getúlio Vargas, o Poder Executivo incorporou diversas funções do Legislativo, foi estabelecida a possibilidade de dissolução do Congresso Nacional pelo Presidente da República, e o Judiciário permaneceu submisso durante o período da “Constituição Polaca”, assim chamada em razão da clara influência da constituição daquele país.

Na sequência, a Constituição de 1946 se apresenta sob forte influência do fim dos regimes autoritários na Europa, resgatando valores do documento de 1934, como a liberdade de expressão e as eleições diretas. De curta duração, infelizmente.

Em 1964, grupos militares tomam o poder. Por nítida incongruência entre a Constituição de 1946 e os atos institucionais editados, com posturas restritivas de direitos individuais, em 1967, é editada uma nova Carta, representando uma ruptura com a ordem constitucional anterior. Sobre o tema, Giorgio Agambem (2004, p. 13):

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração por meio de estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, parecem não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Com a abertura política e o restabelecimento da democracia, edita-se a Constituição de 1988. Ampla, recheada de garantias, direitos fundamentais e instrumentos para protegê-los, de início, o STF não explorou todas as suas possibilidades hermenêuticas, deixando de avançar significativamente, adotando postura de notável autocontenção, talvez em virtude de carência geral de maturidade democrática, inclusive da Corte.

Contudo, a partir do início da década de 1990, a garantia do amplo acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição vigente, ajudou a capitanear mudanças substantivas. O Poder Judiciário viu-se diante da possibilidade real de implementar direitos.

Consoante acentua Jane Reis⁸, merecem destaque a ascensão dos direitos do consumidor, o reconhecimento da união estável para fins sucessórios e previdenciários e o acesso à saúde, com as ações pleiteando a obrigação de fornecer medicamentos negados na rede pública.

Jane Reis⁹ prossegue e lança luz sobre a importância estrutural da criação dos juizados especiais. Menciona ainda o rompimento do formalismo exacerbado por parte dos juízes (ainda que se enxergue aqui e acolá “deslizes” de cunho formalista).

O Judiciário viu-se abarrotado de demandas de baixa complexidade, fazendo popularizar o acesso à Justiça, não imune a críticas acerca da duração razoável do processo e da qualidade de algumas decisões. Mas o

8 Opinião exposta durante a Mesa do Seminário Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, realizado em setembro de 2015, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, organizado pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ e pela Revista Publicum, ainda com a presença de Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/ Mesa-direitos-fundamentais-e-stf/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

9 Ibidem.

aspecto que se busca salientar nesse contexto é justamente o protagonismo assumido a partir de então.

1.3 Evolução concomitante entre common law e sistemas da Europa Continental

Paralelamente ao panorama histórico desenhado nos itens anteriores, sob o ponto de vista sistemático, é possível dividir o direito ocidental em dois grandes sistemas dogmáticos: o sistema Romano-germânico e o sistema do *Common law*.

No sistema Romano-germânico, a legislação positivada é a principal fonte normativa e seu marco teórico pode ser fixado nos primórdios do Direito Romano e das ordenações legais que o sucederam ao longo dos séculos.

Já no *Common law*, típico dos países anglo-saxônicos, a decisão judicial é a fonte primordial do direito. Parte-se do caso concreto para a criação de direitos abstratos. Legitima-se pela exposição de argumentação racional na exposição das razões de decidir, perpetuando-se pela cultura dos precedentes judiciais.

Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso nos mostram que (2016, p. 9):

Esses sistemas não evoluem, contudo, de forma estanque. Ao contrário, há relativo consenso de que se encontram em crescente aproximação. O triunfo das ideias democráticas, a assunção de certos compromissos internacionais e a necessidade de implementar mudanças sociais rápidas são fatores que contribuíram historicamente para uma maior produção de normas legisladas em países do *common law*.

Assim, podemos citar como exemplos de aproximação entre ambos os sistemas a adoção cada vez maior de vinculação aos precedentes em países como Alemanha, Espanha e Itália. Em sentido oposto, verifica-se o incremento da via legislativa por parte do Reino Unido por exemplo, como é o caso do *Human Rights Acts*, de 1998 e do *Constitutional Act*, de 2005.

Já na América Latina, não se pode esquecer da grande importância que o sistema de jurisdição constitucional Norte-americano exerce sobre toda a região, inclusive o Brasil. Assim, o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, que adota jurisdição constitucional centralizada e abstrata, tal como na Áustria e Alemanha, mas também admite o controle difuso e concreto, está sob constante influência norte-americana.

Por isso, importante apontar as mudanças que também se verificam nos EUA, país que adota o sistema jurídico da *Common law* mas que vem pouco a pouco aumentando a sua produção legislativa, com leis, regulamentos e afins, movimento que vem acompanhado de um crescente respeito e das

cortes judiciais pela norma positivada, o que só reforça a ideia de crescente aproximação entre ambos os sistemas como um fenômeno global.

2 DÉFICIT DE REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA NO PODER LEGISLATIVO NO BRASIL E O PAPEL DEMOCRÁTICO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

As notícias constantes de escândalos de corrupção, vindas de todas as esferas de governo, a exemplo do escândalo dos desvios de dinheiro descobertos pela operação Lava Jato, provocam um crescente sentimento de descrença do cidadão comum com a política.

O desânimo geral da população com a política partidária acentua a falta de representatividade de diversos segmentos sociais no Parlamento. Juliana Cesario Alvim Gomes (2016) já apontava que mulheres, negros, indígenas e homossexuais são minoria absoluta no Congresso, isso quando há representantes no poder Legislativo.

Para que seja evitado o que se convencionou chamar tirania da maioria, é necessário que haja um exercício de mediação, na promoção do equilíbrio entre os Poderes, papel este que deve ser assumido pelo Judiciário. Nesta tarefa, é preciso que se proteja de maneira adequada os direitos fundamentais daqueles que não possuem voz política.

Caso emblemático foi o já mencionado reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo, posicionamento progressista que dificilmente seria alcançado com a atual composição do Congresso Nacional. Não imune a críticas, haja vista o flagrante papel legislador adotado pelo órgão de cúpula do Judiciário, que adotou postura, nesse caso, de forte ativismo judicial, contrário à vontade dos representantes escolhidos pelo voto.

Esta não é a visão unânime sobre o papel das Cortes Constitucionais, eis que a unanimidade nesse assunto não existe. Mas é a posição defendida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso (2015), que chama isso de papel representativo das Supremas cortes.

Um exemplo em que o STF igualmente entrou em confronto com o posicionamento do Legislativo, mas dessa vez atendendo aos anseios da maioria da população, foi por ocasião da edição da Súmula Vinculante n. 13, que veda o nepotismo nos três Poderes. Dificilmente um projeto de lei seria aprovado pelo Parlamento de então sem que o STF houvesse editado aquele ato normativo.

Nesse quadro, faz cada vez mais sentido a ideia de sistematizar a vinculação de precedentes no Brasil, e como será visto no tópico a seguir, foi justamente o que o Código de Processo Civil de 2015 buscou realizar.

3 SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO PELO CPC 2015

A doutrina processualista vem afirmando, não sem razão, que o Código de Processo Civil de 2015 adotou, em definitivo, o sistema de precedentes. Um exemplo cristalino dessa vontade legislativa é o artigo 489, abaixo transcrito:

Art. 489. [...].

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A *mens legis* do dispositivo é o ideal de isonomia, pela perspectiva da coerência do sistema, de modo a não fazer das ações individuais uma verdadeira loteria.

Os artigos 926 e 927 também traduzem a vontade de uniformização e respeito à autoridade das decisões das cortes, em especial do STF enquanto corte constitucional:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

II os enunciados de súmula vinculante;

III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A exemplo do que ocorre na Itália, onde o Tribunal constitucional tem o poder de cassar a decisão que contraria a Constituição, o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou o já conhecido instrumento da Reclamação constitucional. Por esse instrumento, é possível ter acesso direto ao STF para apontar o desrespeito a um precedente seu, que tem o poder de cassar a decisão que lhe contrariou.

Patrícia Perrone Campos Mello (2016, p. 47) elucida com precisão a dimensão das mudanças trazidas pelo novo diploma processual, que assimila influências dos sistemas europeu e Norte-americano:

O CPC 2015 acolheu categoria muito semelhantes àquelas do direito comparado. Determinou, assim, que o teor vinculante do precedente corresponderá à tese firmada no julgamento (art. 988, III, IV e parágrafo 4º c/c art. 987, parágrafo 2º). Previu, também, que a tese não se confunde com os fundamentos da decisão, embora reconheça a importância destes para determinar o teor e o alcance daquela. O exame sistemático dos vários dispositivos que tratam do assunto permite a definição da tese como um conceito assemelhado ao conceito de *ratio decidendi* do *common law*, ou seja, como uma descrição do entendimento jurídico firmado pela corte como premissa necessária para a decisão do caso.

4 CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional ganhou importância superlativa após a Segunda Guerra Mundial e permanece em franca ascensão, sendo possível

observar uma recente aproximação entre os sistemas do *Civil law* e do *Common law*, no Brasil e em outros países do mundo, como Itália, EUA, países do Reino Unido.

Cada vez mais o sistema Romano-germânico adota a cultura do precedente, assim como os sistemas de origem Anglo-saxã vêm incrementando fortemente a produção legislativa, positando importantes direitos.

Nesse contexto, no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe importantes novidades, estabelecendo de vez os precedentes judiciais como fonte de direito e ressaltando a característica de Corte guardiã da Constituição ao STF.

Não sem razão, é possível notar um crescente protagonismo do Poder Judiciário, em especial o STF, associado a fatores como o descontentamento popular com a classe política, fenômeno bastante evidente no Brasil atual, em virtude dos inúmeros casos de corrupção desvelados, o que parece conferir um certo papel democrático às Cortes.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.2, p. 24-50, 2015.

CANARIO, Pedro. Corte constitucional não é “superinstância recursal”, comenta ministra alemã. *CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/corte-constitucional-nao-superinstancia-ministra-alema>>. Acesso em: 18 set. 2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, ano 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

REIS, Jane; BARROSO, Luís Roberto. Mesa Direitos Fundamentais e STF. *Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ*. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/mesa-direitos-fundamentais-e-stf/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

