

ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DO PRECEDENTE JUDICIAL

Giovane Moraes Porto ¹

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar o surgimento da tradição jurídica da *common law*, a fim de verificar a origem do instituto dos precedentes judiciais. O principal referencial teórico é a divisão histórica do direito inglês confeccionada por René David. Assim, o objetivo desta pesquisa é verificar os elementos históricos que levaram ao surgimento da *common law* e o que levou ao surgimento dos precedentes judiciais. Verificar-se-á como a *common law* foi utilizada para assegurar uma unidade de poder sobre o território inglês, como o instituto dos precedentes surgiu como uma forma de atribuir uma sensação de segurança jurídica aos jurisdicionados e que os institutos desta tradição jurídica podem ser implementados em outras tradições apenas com algumas adaptações de acordo com o sistema jurídico. A metodologia utilizada será de caráter dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica. É esperado chamar atenção dos juristas para o fato de que esta tradição jurídica utiliza do instituto dos precedentes judiciais como forma de manutenção do poder e que este instituto não altera a essência do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Common Law; Precedentes Judiciais; René David; Autonomia Metodológica.

INTRODUÇÃO

A pesquisa irá analisar a história do direito inglês, da *common law* e do instituto dos precedentes judiciais. Tendo como principal referencial a divisão histórica do direito inglês proposta por René David.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o conceito de precedente judicial e sua relação com a tradição jurídica da *common law*. Pretende-se, após a análise histórica verificar se a *common law* possui autonomia metodológica ou se os institutos derivados desta tradição podem ser implementados em outras tradições jurídicas, por exemplo, na *civil law*, tradição esta que o Brasil possui maior influência no seu ordenamento jurídico.

Busca-se demonstrar a possibilidade de implementar o instituto do precedente judicial em outras tradições jurídicas, principalmente as

¹ Giovane Moraes Porto - Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista PIBIC/CNPq. Sob orientação do Prof. Dr. Nelson Finotti Silva. Integrante e monitor do grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP), vinculado ao CNPq-UNIVEM. Contato: e-mail: giovanemoraesporto@hotmail.com

pertencentes a *civil law*, como maneira de aperfeiçoamento do sistema e melhor controle do Estado sobre as condutas dos que estão sujeitos ao Direito.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a formação do direito inglês e a utilização de seus institutos em outras tradições jurídicas. A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

1. DO PRECEDENTE JUDICIAL

Os precedentes judiciais são decisões judiciais que devem ser utilizadas em casos futuros como parâmetro para a solução, caso não seja este o caso torna-se mera decisão judicial anterior, uma vez que a decisão não é um precedente, mas torna-se um por meio de sua utilização como paradigma. Este “uso” como paradigma se dá por meio da *ratio decidendi* que é o elemento vinculante do *decisum*.

o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá a partir da *applicatio*. (STRECK, 2013, p. 42-43).

O próprio conceito de precedente não é pacífico na doutrina. Por exemplo, para Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 300-301) consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Entretanto para Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 214) consiste na decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 8) acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade.

Portanto, para a presente pesquisa, o precedente será considerado como a decisão prévia que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema, que poderá ser utilizada como paradigma para futuras decisões.

O Direito não deve ser apenas aplicado, mas também justificado de forma racional, conforme as teorias positivistas pós-hartiana e a concepção hermenêutica do *linguist turn*. As Constituições contemporâneas, em sua maioria, exigem que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade – princípio da motivação das decisões judiciais – para impedir que haja decisões arbitrárias como as proferidas no período inquisitivo e no Antigo Regime.

O Direito deve ser compreendido como uma *prática social* de natureza hermenêutica, pois a concretização de seus comandos depende sempre de uma atividade de interpretação (em sentido amplo) – que é a um só tempo um processo de conhecimento e de construção de sentido – dos enunciados normativos (que constituem, obviamente, enunciados linguísticos) por meio dos quais ele se expressa. (BUSTAMANTE, 2012, p. 126)

Com o sistema dos precedentes tal fundamentação da decisão poderá ser utilizada como paradigma em casos futuros, uniformizando o entendimento, e restringindo o poder discricionário do juiz. Este instituto não engessa o significado atribuído aos textos normativos, mas os constrói a cada caso de forma discurso-argumentativa.

O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, nesse sentido, Keith Eddey ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica. (STRECK, 2013, p. 96).

Analisar-se-á a seguir a origem do instituto dos precedentes na *common law*, com o propósito de verificar se este instituto e/ou seus elementos podem ser implementados na tradição jurídica da *civil law*.

2. RELAÇÃO ENTRE COMMON LAW E O DIREITO INGLÊS

O precedente judicial é um instituto do direito que tem origem na tradição da *common law*. Portanto, para entendermos o aspecto histórico deste instituto

temos de analisar a história da *common law*, que por sua vez está diretamente ligada à história do direito inglês.

Utilizaremos a divisão histórica do direito inglês, proposta por René David (p. 356), onde ele divide em 4 (quatro) períodos, sendo eles: Período anglo-saxônico; Formação da *common law*; Rivalidade com a *equity* e; Período moderno.

O período anglo-saxônico consiste no período que antecede a invasão dos normandos na Inglaterra em 1066. A peculiaridade desta época é que não existia um Direito comum sobre toda a Inglaterra, o Direito era tribal, de acordo com os costumes de cada tribo, divergindo de tribo para tribo. (DAVID, p. 356-357).

Com a invasão dos normandos em 1066 se tem o período de formação da *common law*, que vai de 1066 a 1485, pois instala-se o feudalismo, o que acarreta a extinção da autonomia das tribos, fazendo necessária a concentração do poder, um poder amplo, sobre toda a Inglaterra a fim de manter a ordem e a disciplina de maneira uniforme sobre o território.

A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra. (DAVID, p. 358).

Com a instalação do feudalismo, há a extinção dos costumes inerentes a cada tribo, prevalecendo os costumes impostos a todo o território por um poder com respaldo na noção jurídica de soberania, atribuindo um dever de obediência a todas as tribos para que sigam o determinado pelo soberano, sujeitando os indivíduos à unidade de poder e a forma jurídica.

Que essa unidade do poder assuma a fisionomia do monarca ou a forma do Estado pouco importa; é dessa unidade do poder que vão derivar as diferentes formas, os aspectos, mecanismos e instituições de poder. A multiplicidade dos poderes, entendidos como poderes políticos, só pode ser estabelecida e só pode funcionar a partir dessa unidade do poder, fundamentada pela teoria da soberania. (FOUCAULT, 1999, p. 50)

O termo *common law* significa um direito comum sobre toda a Inglaterra, ou seja, uma unidade de poder, uma sujeição das tribos locais aos Normandos que invadiram o território e instalaram um poder comum a toda a Inglaterra, sendo assim, os Normandos consistem nos vencedores e as tribos locais nos vencidos que estão subordinadas aos interesses dos vencedores, pois estes instalaram um ordenamento jurídico a fim de regulamentar a conduta dos vencidos e a fim de utilizarem os mecanismos de disciplina previstos no ordenamento como meio de correção.

Estamos portanto, enfim, naquilo que procurávamos desde o começo, isto é, numa verdadeira relação de força. Há vencedores e vencidos, e os vencidos estão à mercê dos vencedores à sua disposição. [...] estamos aqui, é evidente, numa relação de dominação, totalmente fundamentada na guerra e no prolongamento, na paz, dos efeitos da guerra. (FOUCAULT, 1999, p. 109).

Portanto, a *common law* teve início por meio de uma relação de dominação, utilizando-se da forma jurídica, de uma unidade de poder, para impor um regulamento sobre todo o território inglês. A formação da *common law* é decorrente de uma invasão à terra, de uma tomada da terra, ou seja, um território que pertencia a outrem, implicando em uma distinção entre vencedores e vencidos. Os vencedores utilizam da forma-direito para controlar os vencidos, o ordenamento é apenas um instrumento para a dominação.

Neste período de formação da *common law* a aplicação do Direito é exclusivo dos Tribunais de Justiça, tendo o monarca no topo da hierarquia da jurisdição. Há o enfraquecimento do direito privado, pois o interesse da Coroa legitima a intervenção do direito sobre as questões privadas. A última palavra sobre como deve ser a relação social é do monarca, este possui o controle sobre a produção/aplicação do direito.

Ou seja, *common law* significa o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity*. (BARBOZA, 2014, p. 41).

A competência centralizada garante a “ordem”, e a “paz” do reino, ou seja, a paz dos vencedores e a ordem de seus interesses. A jurisdição não estava preocupada com a “justiça”, com o direito material, contendo um maior número de prescrições normativas de conteúdo formal, o que “levaram os juristas ingleses a concentrarem o seu interesse sobre o processo” (DAVID, p. 364).

Em 1485 ocorre a rivalidade da *common law* com a *equity*, período que vai de 1485 a 1832, “A *equity* caracterizava-se por ser um recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler (*Keeper of the King’s Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão” (STRECK, 2013, p. 22).

A *common law* possuía um caráter muito formalista, deixando o direito substancial à cada caso concreto, o que faz necessária a presença da *equity* como um corretivo para as insuficiências dos processos formalistas, para se ter uma solução mais justa aos litígios e a aceitação dos jurisdicionados quanto às decisões.

Com esta rivalidade a *equity* acaba incorporando-se à *common law*, uma vez que sem a *equity* para garantir a aceitação dos súditos ao imposto pela jurisdição não seria possível a permanência do ordenamento neste território. Portanto a *equity* não é uma forma de se fazer “justiça”, mas uma forma de controle sobre os súditos, para que aceitem a heteronomia, a imposição externa feita pela aplicação do ordenamento.

Ao lado das regras da *common law* que são obra dos Tribunais Reais de Westminster, também designados por tribunais de *common law*, ele apresenta soluções de *equity*, que vieram completar e aperfeiçoar as regras da *common law*. A característica destas soluções de *equity* foi, até 1875, a circunstância de serem aplicadas exclusivamente por uma jurisdição especial: o Tribunal da Chancelaria. Contudo, as soluções de *equity*, tornaram-se, com o decorrer dos séculos, tão estritas, tão “jurídicas” como as da *common law* e sua relação com a equidade não permaneceu muito mais íntima do que no caso das regras da *common law* [...]. A *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram para corrigir historicamente o direito inglês, e que constituem hoje uma peça integrante deste. (DAVID, p. 375)

Neste período que foi utilizado pela primeira vez o termo “precedente”, por ficar destinado o direito substancial a cada caso concreto foi necessária a instalação de um mecanismo que pudesse vincular este direito substancial a futuros casos, a fim de ter uma equidade garantida no julgamento dos casos, para que casos semelhantes fossem julgados de forma semelhante e para que houvesse a uniformização da produção do conhecimento.

O termo *precedente* foi utilizado pela primeira vez em 1557. A doutrina dos precedentes consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação. Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento de casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores. (STRECK, 2013, p. 40).

Portanto, desde o início da *common law* a forma jurídica foi utilizada como forma de manter a relação de dominação, foram necessárias algumas reformas, como o surgimento da *equity* para garantir o *status quo* e manter os súditos conformados com a presença da unidade de poder, com a presença do soberano. Desde o surgimento do precedente judicial ele é utilizado como um instrumento de manipulação do poder, um instrumento para garantir a aceitação dos súditos às imposições da jurisdição a fim de manter um corpo social dócil e útil.

Já no período moderno, tem-se o suprimento formal desta dicotomia entre *common law* e o direito como equidade da Chancelaria por meio dos *Judicature Acts*. Igualando a competência e conferindo um desenvolvimento jurisprudencial ao direito devido à importância que ganha o direito substantivo.

A organização judiciária [...] é profundamente modificada em 1873-1875 pelos *Judicature Acts*, que suprimem a distinção formal dos tribunais da *common law* e do Tribunal de *equity* da Chancelaria: todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as de *equity*, contrariamente à situação anterior em que era necessário ir a um tribunal de *common law* para obter uma solução de *common law* e recorrer ao Tribunal da Chancelaria para obter uma solução de *equity*. (DAVID, p. 378).

Com a unificação da competência entre a *common law* e a *equity* o direito jurisprudencial ganha importância, devido ao fato de todos poderem

buscar a “justiça” no caso concreto, o desenvolvimento do direito inglês passa a se dar com base nos entendimentos jurisprudenciais, por meio das decisões judiciais, dos entendimentos estabelecidos.

Tendo em vista que nos países de tradição do *common law* as regras de direito foram construídas fundamentalmente pelas decisões dos Tribunais, foi necessário estabelecer a doutrina do *stare decisis* como forma, inclusive, de conferir certeza ao sistema jurídico, ou seja, acaba por ser um correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. (BARBOZA, 2014, p. 194).

O *stare decisis* é o meio pelo qual as decisões judiciais adquirem um caráter de obrigatoriedade quanto à sua observância, ou seja, a decisão judicial passará a vincular as futuras decisões sobre casos análogos, mas o julgador não está obrigado a decidir conforme a decisão anterior, mas de levá-la em consideração no julgamento do caso atual, podendo seguir a decisão anterior, superá-la ou dizer que o caso atual não se assemelha com o caso anterior.

A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do *stare decisis* que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo. (BARBOZA, 2014, 189).

O *stare decisis* garante a segurança na aplicação do direito, a estabilidade e coerência das decisões, a integralidade de entendimento do poder judiciário, devido à vinculação das decisões anteriores por meio do instituto do precedente judicial, que irá vincular a racionalidade de um caso a um caso futuro, garantindo a uniformização do conhecimento, a imposição uniforme de conduta, atribuindo o dever de obediência aos jurisdicionados.

3. NEGAÇÃO DA AUTONOMIA METODOLÓGICA DA COMMON LAW

Os institutos da *common law* não possuem autonomia metodológica, ou seja, os institutos da *common law* podem se comunicar com as demais

tradições, principalmente, com a tradição da *civil law*, tradição do direito continental, “juristas do *common law* e do *civil law* ‘sempre trabalharam sob uma cultura jurídica transnacional’: ‘Esse diálogo entre o *common law* e o direito civil sempre existiu’. (BUSTAMANTE, 2012, p. 68). A *common law* e a *civil law* consistem nas duas principais tradições jurídicas ocidentais.

Desde o surgimento da *common law* já havia a comunicação com o direito continental, o *civil law*. Os juristas de cada sistema já utilizavam os institutos do outro sistema como referência, como inspiração para o aprimoramento de cada sistema jurídico.

Ao contrário do que se possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. (STRECK, 2013, p. 24).

A diferença primordial entre os dois sistemas é quanto à metodologia de aplicação. A aplicação do direito na *common law* se dá *case-to-case*, portanto um modelo de *case law*. Ao passo que a aplicação do direito na *civil law* se dá com base na lei, configurando um *code law*.

Com efeito, enquanto a atividade de aplicação do Direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença entre o *common law* e o *civil law* era mais marcante, porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *common lawyer* em precedentes judiciais. Mas quando o Direito passa a ser construído e comunicado por meio de *princípios* essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios em cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais. (BUSTAMANTE, 2012, p. 116)

Portanto, a partir da teoria jurídica contemporânea, de uma teoria positivista pós-hartiana, a separação entre as duas tradições jurídicas quase não é perceptível, devido à igualdade no raciocínio jurídico, ao processo hermenêutico e aos modos de justificação da decisão. As duas tradições

utilizam-se da hermenêutica para legitimar sua decisão, utilizam a concepção do *linguist turn* para a compreensão da hermenêutica, justificando a produção da norma com base em uma racionalidade.

Não sendo possível afirmar a “autonomia metodológica” da *common law*, ou seja, os institutos e seus elementos podem ser aplicados em outras tradições jurídicas, pois a teoria jurídica que as embasam é a mesma. Sendo possível a implementação do sistema dos precedentes judiciais e de seus elementos na *civil law*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem da *common law* está diretamente relacionada ao direito inglês. O surgimento da *common law* foi necessário para fixar uma unidade de poder sobre todo o território inglês, ou seja, precisou desta tradição jurídica para controlar as condutas de todos os indivíduos desta localidade.

A *common law* e o instituto dos precedentes judiciais sofreram diversas alterações com a finalidade de se aperfeiçoar e melhor se aplicar ao que estão sujeitos ao Direito, o que não implica em afirmar que a essência do Direito se alterou neste período.

Os institutos judiciais da *common law* podem ser implementado em outras tradições jurídicas, com algumas adaptações obviamente, mas mantendo a essência do instituto. Portanto, uma tradição jurídica pode buscar em outras tradições mecanismos para aperfeiçoar seu sistema jurídico e melhor controlar e exercer seus objetivos aos sujeitos de direito.

O instituto do precedente judicial deve ser um exemplo para as demais tradições jurídicas como mecanismo de atribuição de racionalidade ao sistema jurídico, um meio necessário para legitimar a decisão em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais** – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. Revista de Direito Administrativo & Constitucional I, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976)**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A ordem do discurso**. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999-b.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999-c. Trad. S. T. Muchail.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2013

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Lígia M. Ponde Vassallo**. Petrópolis, Vozes, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2 ed. Salvador: JusPodivm.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade na jurisdição constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.