

## COMMONLIZAÇÃO NO PROCESSO JURÍDICO BRASILEIRO: O DIREITO A PARTIR DA *COMMON LAW*

Andrey Gastaldi da Silva<sup>1</sup>

Danielle Mariel Heil<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo objetiva abordar os sistemas jurídicos de direito brasileiro e norte-americano, com origens no *civil law* (romano-germânico) e *Common Law* (anglo-saxônico), seus desdobramentos no Brasil e Estados Unidos e particularidades estruturais dos sistemas jurídicos, especialmente o norte-americano. O estudo visa realçar a origem do sistema anglo-saxônico, e as influências sofridas pelo direito pátrio na construção das decisões jurídicas. Com este tema, procura-se demonstrar que, em virtude da tendência do fenômeno da *Commonlização*, os argumentos do Realismo Jurídico estadunidense, encontram-se em ascensão no modelo jurídico brasileiro. O estudo teve como objetivo geral realizar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, uma investigação acerca do sistema *Common Law* e seus modelos de teoria do direito, como o Realismo Jurídico e o Pragmatismo nos Estados Unidos, com a evidencição da constante aproximação entre os sistemas jurídicos (*civil law – Common Law*), tendo o Brasil se inspirado no modelo da *Common Law* para a utilização dos Precedentes no sistema judicial pátrio, por intermédio do Novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Common Law; Precedente; Jurisprudência; Commonlização.

### ABSTRACT

This article aims to address the legal systems of Brazilian and US law with origins in civil law (roman-germanic) and Common Law (anglo-saxon), its developments in Brazil and the United States and structural peculiarities of legal systems, especially the north american. The study aims to highlight the origin of the Anglo-Saxon system and the influences suffered by the native law in the construction of legal decisions. With this theme, seeks to demonstrate that, because of the phenomenon *Commonlização* trend, the arguments of the US legal Realism, are on the rise in the Brazilian legal model. The study aimed to carry out, through a literature review, an investigation into the Common Law system and its law model theory, as legal Realism and Pragmatism in the United States, with the disclosure of constant closeness between legal systems (civil law - Common Law), and Brazil is based on the model of the Common Law for the use of precedents in native judicial system, through the New Code of Civil Procedure.

**KEYWORDS:** Common Law; Precedent; Jurisprudence; *Commonlização*.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a origem do sistema anglo-saxônico, primeiro na Inglaterra e posteriormente incorporado pelos Estados Unidos e as influências sofridas historicamente pelo direito pátrio do modelo estadunidense de construir decisões jurídicas.

Essa influência levou, por exemplo, a introdução da teoria dos Precedentes, deixando de lado a ideia totalitária da primazia da lei, numa clara alusão aos Precedentes vinculantes das cortes da família da *Common Law* pelo Brasil.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduado pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. andrey@edu.univali.br.

<sup>2</sup> Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal junto a Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Fundação Educacional Damásio de Jesus. Pós-graduanda em Direito Ambiental pela Escola Superior Verbo Jurídico. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. dannyheil@hotmail.com.

As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional, quando necessário<sup>3</sup>. Outros instrumentos de Pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal desse estudo se torne esclarecedor ao leitor.

A abordagem tem como objetivo geral, investigar e compreender os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano, os quais derivam de tradições distintas, quais sejam: *civil law* e *Common Law*, introduzindo o que se conhece por teoria dos Precedentes. Os objetivos específicos são: a) apresentar a evolução histórica do direito norte-americano; b) identificar e compreender os movimentos realista e pragmatista norte-americano; c) revelar como o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando a teoria dos Precedentes, por intermédio do Novo Código de Processo Civil.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: no que tange a argumentação jurídica, há influência dos movimentos norte-americanos nas decisões prolatadas em solo brasileiro?

Para o equacionamento do problema, levanta-se a seguinte hipótese: há influência de movimentos norte-americanos no ordenamento jurídico brasileiro para a construção de decisões jurídicas.

Para fins deste artigo, buscaram-se, também, autores tais como Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Lenio Luiz Streck, Richard Posner, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, entre outros, que apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

## **1 O Direito a partir da *Common Law* – breve histórico**

Inicialmente, vale trazer a lume a história da formação do direito inglês, uma vez que a tradição *Common Law* tem suas origens na Inglaterra.

---

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 92-97; 108; 113-30: O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo<sup>3</sup>. Na fase de Tratamento dos Dados, utilizou-se o Método Cartesiano.

Na concepção de TASSINARI<sup>4</sup>, “[...] as tradições do Direito Continental e do Direito Anglo-Saxão são diversas e não se pode falar, sem uma grande confusão, em parametricidade.”

Apesar das peculiaridades e distanciamentos (seja temporal, territorial ou cultural) que podem apresentar, os países aproximam-se em função de um elemento compartilhado, qual seja: a atuação do Poder Judiciário<sup>5</sup>.

Com o passar do tempo, foram sendo agregados novos modos de conceber a tradição anglo-saxônica, que passou a ser também compreendida:

a) à diferença das regras de *equity* (regras do tribunal da Chancelaria, criadas sob a influência do direito canônico, incidentes em um processo escrito, inquisitório e secreto, julgado por um eclesiástico); b) à oposição da *civil law*; c) à contraposição de *statutory law* (firmando-se o entendimento de *Common Law* como baseado no *case law*)<sup>6</sup>.

Cabe mencionar que, segundo CASTRO JUNIOR<sup>7</sup>, de pesquisa realizada em 167 países, foram encontrados 94 países seguindo a tradição jurídica do *civil law* e 54 países, o *Common Law*, a maioria formada por ex-colônias britânicas.

Para DAVID<sup>8</sup>, a divisão da história do direito inglês em quatro fases é fundamental à sua compreensão:

1) o período anterior à conquista normanda em 1066, tipificado como anglo-saxônico; 2) o período que compreende a conquista normanda (1066) até o advento da dinastia dos Tudors (1485), que é o da formação do *Common Law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo o reino, desenvolve-se e substitui os costumes locais; 3) o período de 1485 a 1832, marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *Common Law*, de um sistema complementar e, às vezes, rival, que se manifesta nas regras de equidade; e 4) o período que vai de 1832 até os dias atuais, no qual o *Common Law* vem sofrendo um desenvolvimento sem Precedentes da lei e adaptando-se a uma sociedade cada vez mais complexa e dirigida pela administração<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

<sup>5</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 25.

<sup>6</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 68.

<sup>7</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001.p. 16.

<sup>8</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 284.

<sup>9</sup> Itálico conforme o original.

A compreensão das lutas e da história da Inglaterra, é essencial para entender essa fase inicial do processo de consolidação do *Common Law*, como menciona POLLOCK<sup>10</sup>: “[...] o direito da terra inglesa não pode ser entendido sem uma ampla explanação histórica”.

No século XV, o direito inglês passa a ter estrutura dualista, que o opõe ao direito continental. Dessa maneira, é composto, pelo *Common Law*, (cortes de *Common Law*), e, de outro, pela *equity (rules of equity)*, que eram os remédios admitidos e aplicados por uma corte real específica, denominada como: corte de chancelaria<sup>11</sup>.

No tocante a equity, nas palavras de TASSINARI<sup>12</sup>:

A *equity* consistia em mais um dentre os vários meios de jurisdição que surgiram em face de um esvaziamento da *Common Law*, provocado por um novo contexto existente na Inglaterra, marcado pelo início do que viria a ser um império, pelo aumento do comércio, pela abertura de negócios de manufatura em Londres e pela venda das propriedades fundiárias, fatores que exigiam um novo modo de regulação, que superasse o rigor e o hermetismo da *Common Law*, que, portanto, revelava-se em descompasso com estas transformações. Pela jurisdição da *equity*, em que pese se obtivessem julgamentos mais expeditos e com menores formalidades, eram esquecidas as garantias processuais<sup>13</sup>.

Nesse contexto, há uma diferença básica entre os efeitos das tradições jurídicas romano-germânica e anglo-saxônica na liberdade, nesse período do *Common Law*: a independência das cortes inglesas e a pouca interferência do legislativo, e que, tal como sustenta HAYEK<sup>14</sup>, foi mais um resultado do fato de que o sistema jurídico que governava as decisões das cortes era o *Common Law*.

O sistema inglês, portanto, era determinado pelas cortes independentes e por um parlamento que raramente interferia nas decisões e, quando o fazia, era somente para esclarecer ponto duvidoso no corpo das normas<sup>15</sup>.

Na visão de CASTRO JUNIOR<sup>16</sup>:

Na primeira metade do século XIX, com o triunfo das idéias democráticas de Jeremias Bentham e duas reformas eleitorais, e a expansão da base eleitoral, verificou-se um desenvolvimento surpreendente da legislação, que resultou em reformas radicais introduzidas no processo eleitoral, especialmente em 1832, 1833 e

---

<sup>10</sup> POLLOCK, Sir Frederic. The history of Comparative Jurisprudence. **Journal of Comparative Law**. v. V, 1903, p. 78.

<sup>11</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.27.

<sup>12</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 68-69.

<sup>13</sup> Itálico conforme o original.

<sup>14</sup> HAYEK, Frederick A. **Law, Legislation and Liberty**. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1973. p. 85.

<sup>15</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.29.

<sup>16</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.30.

1852. Assim, os ingleses passaram a prestar mais atenção ao direito material, na raiz do qual as soluções do *Common Law* pudessem ser reagrupadas. A reforma da organização judiciária, em 1873-1875, pelos Judicature Acts, suprimiu a distinção formal dos tribunais do *Common Law* e da chancelaria (*equity*), de modo que todas as jurisdições inglesas podiam proferir uma decisão aplicando regras do *Common Law* e de *equity*<sup>17</sup>.

É exatamente nessa fase que o *Common Law* se consolida como direito consuetudinário, “um direito reconhecido e declarado por meio das decisões judiciais, materialmente costume e formalmente sentença, ao contrário do direito costumeiro, que é composto apenas pelos costumes jurídicos ainda não reconhecidos pelos tribunais, porém com força coercitiva.”<sup>18</sup>

Há, portanto, duas fases do direito consuetudinário, quais sejam: direito costumeiro para a primeira fase e direito consuetudinário propriamente dito para a segunda fase.

Essas duas fases são bem definidas por BOBBIO<sup>19</sup>, da seguinte maneira:

A *Common Law* não é o direito comum de origem romana (...), mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico (...), que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo rei: numa segunda fase ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do Precedente obrigatório)<sup>20</sup>.

Algumas características básicas podem ser verificadas a partir do processo histórico do desenvolvimento do sistema jurídico de origem anglo-saxônica, como bem destacado por CASTRO JUNIOR<sup>21</sup>:

O *Common Law* é o juiz que faz o direito (*judge-made-law*), enquanto a Jurisprudência apenas desempenha papel secundário na formação e evolução dos direitos romanistas; o *Common Law* é direito judiciário, enquanto o processo é só acessório nas concepções fundamentais dos direitos romanistas; o *Common Law* não foi muito romanizado, enquanto os direitos da Europa sofreram uma influência mais ou menos forte do direito erudito; os costumes locais não desempenham qualquer papel na evolução do *Common Law*, enquanto na Europa Continental a sua influência permaneceu considerável até o século XVIII; o costume do reino é, pelo contrário, fonte importante do *Common Law*; a legislação tem apenas uma função secundária ao lado do *Common Law*, enquanto se torna progressivamente, do século XIII ao XIX, a principal fonte de direito no Continente; os direitos romanistas são direitos codificados, enquanto a codificação é quase desconhecida na Inglaterra<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Itálico conforme o original.

<sup>18</sup> FILHO, Sebastião Machado. O sistema do *Common Law* anglo-americano, evolução e conceito. **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília, UNB, n. 4, 2 sem./ 1997, p. 64-65.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcos Pugliese et al. São Paulo: Cone, 1995. p. 33.

<sup>20</sup> Itálico conforme o original.

<sup>21</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.33.

<sup>22</sup> Itálico conforme o original.

Evidencia-se, portanto, que na Inglaterra a legislação era fonte secundária do direito.

## 2 Recepção do *Common Law* pelos Estados Unidos da América

No tocante a recepção do direito anglo-saxônico pelos Estados Unidos, para CASTRO JUNIOR<sup>23</sup>, o *Common Law* foi um agente do imperialismo norte-americano. Essa norma foi fundamental à economia norte-americana, impulsionando o desenvolvimento social.

Após a separação da Inglaterra, há uma evolução diversa do *Common Law* pelos Estados Unidos, dando formação ao direito norte-americano, com maior uso de constituição escrita e de leis.

Segundo POSNER<sup>24</sup>:

No primeiro livro de HORWITZ, com abordagem estrita ao *Common Law*, fora analisado as principais doutrinas de um período relativamente definido da história jurídica dos Estados Unidos: da Independência à Guerra Civil. Segundo HORWITZ, este foi o período da recepção do *Common Law* pelos juízes americanos, da transformação deste em favor dos interesses do comércio e da coroação dessa transformação pela adoção do estilo formalista pelo judiciário<sup>25</sup>.

Para DAVID<sup>26</sup>, o triunfo do *Common Law*, decorreu do grau de desenvolvimento da Inglaterra nos planos econômico e social, bem como do atraso que as universidades e a doutrina norte-americanas possuíam na época, o que fez com que os juristas norte-americanos acompanhassem basicamente os ideais do modelo inglês.

Em que pese os juristas norte-americanos terem acompanhado os ideais do sistema incorporado pela Inglaterra, cumpre destacar que existe diferenciação entre os modelos, conforme CASTRO JUNIOR<sup>27</sup>:

O desenvolvimento da estrutura do direito norte-americano proporcionou diferenças substanciais em relação ao modelo inglês, sobretudo no que se refere à distinção que se faz na Inglaterra, que não é um Estado federal, e não nos Estados Unidos, entre direito federal e direito estadual.

Assim, o direito norte-americano é um direito essencialmente jurisprudencial, baseado nos Precedentes (*cases*) que possuem natureza vinculante nas cortes norte-americanas<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.44.

<sup>24</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming law*. p. 289-290.

<sup>25</sup> Itálico conforme o original.

<sup>26</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 364.

<sup>27</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.52.

<sup>28</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.56.

Como sustenta FARIA<sup>29</sup>, por meio da expressão *law*, de *Common Law*, entende-se mais como direito do que como lei propriamente dita.

Continua FARIA<sup>30</sup>,

Começamos com a palavra *law*, que somos inclinados a traduzir por lei e que, as mais das vezes, é usada com o significado de direito. A própria noção empírica que temos do *Common Law*, que corresponderia ao direito tradicional, não codificado, quando, no seu uso corrente, compreende também os inúmeros *statutes* – leis escritas – as *stare decisions* – decisões judiciais sumuladas, que representam a sedimentação dos julgados dos tribunais a que já se aplicou a regra do *precedent* – Precedente – e, mais ainda, em se tratando dos Estados Unidos da América, compreende os sistemas jurídicos estaduais<sup>31</sup>.

CASTRO JUNIOR<sup>32</sup> assevera acerca da flexibilidade dos tribunais com relação à interpretação da Constituição dos Estados Unidos, que é datada de 1787, e que por essa razão, as mudanças de Jurisprudências não são raras:

A Suprema Corte e os Tribunais Federais dos Estados Unidos não se consideram vinculados aos seus próprios Precedentes, ou seja, estão livres para modificarem suas Jurisprudências em face da modificação da situação que ensejou determinada decisão.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte Federal e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua Jurisprudência, pois os Estados-membros são soberanos, conforme previsão da regra do *stare decisis*, que proporcionou ao *Common Law* um sistema mais durável e estável<sup>33</sup>.

Dessa forma, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, o ponto em comum e crucial do sistema *Common Law*, é a *doctrine of stare decisis*, ou seja, a doutrina da regra do Precedente.

A decisão que tenha se consolidado como regra importante – Precedente – denomina-se *leading case*, podendo-se citar como exemplo, em matéria de controle de constitucionalidade de leis pela Suprema Corte, o *leading case Marbury v. Madison*<sup>34</sup>.

## 2.1 As fontes da Common Law

<sup>29</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 78.

<sup>30</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. p.78.

<sup>31</sup> Itálico conforme o original.

<sup>32</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. p.57.

<sup>33</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. p.57.

<sup>34</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. p.58.

Superada a fase inicial da origem do *Common Law* na Inglaterra e sua posterior adesão em solo estadunidense, deste ponto em diante tratar-se-á somente do sistema jurídico incorporado pelos Estados Unidos da América.

Importa registrar que o sistema anglo-saxônico, tal como ensina DAVID<sup>35</sup>, possui quatro fontes de direito, ora discriminadas, segundo a sua relevância: 1) o Precedente judicial (*case law*); 2) a lei; 3) o costume; e 4) a doutrina e a razão.

A nação norte-americana foi fundada a partir de três documentos básicos, que compõem o sistema constitucional: a Declaração da Independência, a Constituição Federal de 1787 e o *Bill of Rights*, sendo que para CASTRO JUNIOR<sup>36</sup>, o sucesso da Constituição norte-americana repousa na sua flexibilidade.

Ao contrário do sistema romano-germânico, no qual houve um esforço de ordenação lógica das categorias de direito, o sistema anglo-saxônico desenvolveu-se sem qualquer preocupação lógica, mas com grande empenho para simplificar o seu conhecimento<sup>37</sup>.

O direito anglo-saxônico caracteriza-se, no entendimento de CASTRO JUNIOR<sup>38</sup>, como um direito jurisprudencial, tendo em vista que usa como método de julgamento a análise da Jurisprudência relacionada ao caso concreto.

No tocante às fontes do *Common Law*, pode se afirmar que o Precedente judicial é sua fonte mais importante, pois é através dela que os juízes interpretam, em regra, a legislação.

Nesse mesmo sentido:

O direito inglês, elaborado historicamente pelas cortes reais, tem como principal fonte o Precedente judicial (*case law*), que exige do jurista inglês a análise dos comentários das decisões judiciais, pois é nos fundamentos da decisão feita pelo juiz que o jurista deve distinguir o que constitui o suporte necessário da decisão. [...] Tal restrição leva o juiz a aplicar apenas o que se encontra inequivocadamente no texto legal, segundo uma técnica interpretativa, que é fortemente divergente daquela usada na Europa continental<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 331-332.

<sup>36</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.60-63.

<sup>37</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.34.

<sup>38</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.33.

<sup>39</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.34.



*Precedent*, segundo SOARES<sup>40</sup>, é a única ou são as várias decisões de uma *appellate court* (órgão colegiado de segundo grau), que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados.

Já para RAMOS<sup>41</sup>, Precedente é:

[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade para se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados<sup>42</sup>.

Por isso, é possível afirmar que “[...] o Precedente acabou por reduzir a importância da criação de juristas norte-americanos, e quando existem, possuem um papel ínfimo no processo decisional do juiz”, ou seja, exercem mínima influência nos juízes e legisladores nos países anglo-saxões<sup>43</sup>.

Além disso, Rosa alerta “O argumento do precedente consolidado é perigoso, até porque se confunde muitas vezes mero julgado como sendo precedente<sup>44</sup>”.

---

<sup>40</sup> SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law**: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

<sup>41</sup> RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

<sup>42</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre; MAIA, Maurílio Casas. Julgado não é sinônimo de Precedente: distinção que você deveria saber para evitar confusões na fundamentação dos julgados (Kanneman e os Sistemas S1 e S2): “Precedente e julgado não são sinônimos. O uso do significante “precedente” constantemente como se referindo a julgados anteriores, no contexto brasileiro, não pode ser automaticamente acoplado ao modelo americano, consoante já explicaram Maurício Ramires e Dalton Sausen, ambos orientados por Lenio Streck. São tradições distintas, cuja função e lugar do “precedente”, no sistema americano, não pode ser simplesmente acoplado no modelo continental. Há distinções marcantes no modo como o Direito é construído e aplicado. A aplicabilidade dos precedentes vem se revelando demasiadamente difícil para leigos (e profissionais também, acreditem). Afirmar que um julgado anterior deve ser aplicado a um caso concreto pode ser, muitas vezes, uma atividade envolta por conclusões precipitadas e com base em poucas evidências. (...) O respeito e observância dos elementos do precedente – como a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* –, e assim também das chamadas técnicas de “superação” e “distinção” entre os precedentes, devem ser pensados à luz do modelo decisório “S2”, com toda sua acuidade.”. Consultado em: <http://emporiiododireito.com.br/julgado-nao-e-sinonimo-de-precedente-distincao-que-voce-deveria-saber-para-evitar-confusoes-na-fundamentacao-dos-julgados-kahneman-e-os-sistemas-s1-e-s2-por-alexandre-morais-da-rosa-e-maurilio-c/>; RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SAUSEN, Dalton. *Súmulas, Repercussão Geral e Recursos Repetitivos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>43</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.35.

<sup>44</sup> MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 253-254: Com a decisão já tomada parece sacrilégio querer discutir seus fundamentos, certos ou errados (fator Julia Roberts – 6.8.). As decisões foram tomadas em outro contexto histórico e as coordenadas da decisão podem ter se alterado. A percepção da conduta ou o consenso sobre ele podem alterar o resultado. Daí que os precedentes (e não meros julgados) deveriam ocupar um lugar no círculo hermenêutico e não tomar o lugar dele. A consistência da jurisprudência depende do futuro. Estar preso ao

No que tange a eficiência do sistema judicial e segurança jurídica do modelo norte-americano baseado no *Common Law*, percebe-se que:

As nações que escolheram o modelo o juiz faz o direito (*judge makes law*), ou *Common Law*, tomaram o caminho no qual o direito deve ser descoberto, pois nessa tradição o direito é aplicado às partes envolvidas, mas com a colaboração do Precedente judicial e do *stare decisis*, aumentando a segurança jurídica e a eficiência do sistema judicial<sup>45</sup>.

Com relação à vinculação obrigatória das decisões proferidas no sistema do *Common Law*, anotem-se as palavras de CASTRO JUNIOR<sup>46</sup>:

Só são vinculantes as decisões tomadas pelo mesmo órgão judiciário, exceto a Suprema Corte Federal, que vincula todas as instâncias, e as Cortes Supremas Estaduais, que abrangem as decisões tomadas em seu estado, contudo, ambas as cortes não vinculam a si próprias.

Nesta concepção também está incluída a regra do *stare decisis*, pela qual um caso presente, se considerado semelhante a outro anterior, deverá ser julgado do mesmo modo, “[...] fazendo do *Common Law*, portanto, um sistema jurídico seguro e estável”<sup>47</sup>.

Para POSNER<sup>48</sup>, em seu livro “Para Além do Direito”, ele invalida a teoria de que o *Common Law* e as outras áreas nas quais os juízes são fonte de direito, trariam, em termos gerais, um aumento da eficiência do judiciário.

Conclui seu entendimento da seguinte forma:

A decisão de um caso realmente novo abre um Precedente que orientará o julgamento dos casos futuros, e as regras do jogo judicial exigem que os juízes sigam a Jurisprudência (embora não devam deixar-se escravizar por esta) em vez de decidir do zero cada caso futuro. [...] Logo, o direito pode ser eficiente, ainda que a preocupação com a eficiência apresente-se em apenas uma pequena fração dos casos<sup>49</sup>.

A função de operacionalidade do Direito na família do sistema *Common Law* é dar solução a um processo, trabalhando pelo Precedente onde atua, não de forma abstrata, mas sempre a partir de um caso concreto. Ter isso em mente é o ponto chave para o entendimento dos modelos jurídicos existentes no Brasil e nos Estados Unidos.

---

passado impede o devir. O domínio das regras do jogo faz com que elas passem a ser o pano de fundo dos diversos pontos de vista sobre o caso penal.

<sup>45</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.36.

<sup>46</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.57.

<sup>47</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.57.

<sup>48</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 140.

<sup>49</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 141.

Assim, a aplicação do Direito é realizada caso a caso no sistema de vinculação de Precedentes do *Common Law*, ou como diria REVERBEL<sup>50</sup>, “[...] por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzido como “improvisação contínua”.

De forma sintetizada, DAVID<sup>51</sup> assevera sobre o processo de constituição do *Common Law* “[...] o qual consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, substituindo, portanto, o direito baseado nos costumes”.

O constitucionalista SARLET<sup>52</sup> discorre acerca da competência do Poder Judiciário no âmbito do sistema anglo-saxão:

Por mais que se tenha como correta a conhecida afirmação do Juiz, da Suprema Corte Americana, Hughes, no sentido de que a Constituição é o que os Juízes dizem que ela é (The Constitution is what the judges say it is), ela certamente não poderá justificar que se outorgue à Jurisdição Constitucional poderes de tal sorte amplos e discricionários, a ponto de colocar seriamente em risco a própria noção de que também os órgãos judiciais, quando atuantes na condição de intérpretes e garantes da Constituição, continuam sendo órgãos constituídos e não constituintes.

Como já visto anteriormente, nos países de tradição do *Common Law*, o juiz desenvolve o direito, é da essência desse sistema que o direito opere pelo judiciário. O direito, portanto, é aquilo que o juiz diz que é<sup>53</sup>.

Tendo por base a diretriz do sistema *Common Law* que o “juiz faz o direito”, a atividade dos juristas anglo-saxônicos pode ser entendida como “[...] na direção da resolução dos casos concretos do que na formulação de princípios abstratos, o que pode caracterizar o uso do método indutivo, pois é feita a partir do confronto entre o caso em exame e outro similar”<sup>54</sup>.

### 3 A construção da tradição das decisões no *Common Law*

POSNER<sup>55</sup> sustenta que a melhor maneira de compreender o *Common Law* é a partir de uma pressuposição de tipo “como se”, segundo a qual os juízes procuram maximizar a

---

<sup>50</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, vol.4, n.1, mar/2009. Disponível em: < <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028#.VsHc4bQrLIU>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>51</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 348.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul/ago/set. 2009.

<sup>53</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383.

<sup>54</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. p.33.

<sup>55</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 185.

riqueza da sociedade. Outra, essencialmente normativa, afirma que os juízes devem interpretar as leis de modo que as adapte aos ditames da maximização da riqueza.

Segundo HORWITZ, citado por POSNER<sup>56</sup>, que se tornou reconhecido por ter escrito uma história do pensamento jurídico norte-americano, percebe-se do seu entendimento:

Após a independência, os juízes norte-americanos mais audazes e inovadores apropriaram-se de doutrinas concebidas para uma economia pós-feudal, agrária e estática, readaptando-as de modo que facilitem a industrialização e o crescimento econômico. O processo de transformação completou-se em 1850. Depois disso, os juízes procuraram disfarçar, mistificar e legitimar a desigualdade na distribuição da economia do país, o qual, por sua vez, os próprios juízes haviam fomentado ao abandonarem seus inconsequentes métodos de decisão voltados para resultados, em favor de um formalismo jurídico, ‘uma concepção científica, objetiva, profissional e despolitizada do direito’.

O direito americano, para HORWITZ, consiste, portanto:

[...] em um punhado de entidades conceituais confusas ou tendenciosas, como propriedade, causalidade, pessoa jurídica e poder de polícia. Aperfeiçoado pelos reacionários e seus apologistas, principalmente no último quarto do século XIX<sup>57</sup>.

Posteriormente, conforme destacado por POSNER<sup>58</sup>, o direito americano foi desmascarado pelos realistas jurídicos, podendo-se destacar Oliver Wendell HOLMES.

Na visão de POSNER<sup>59</sup>, HOLMES foi o juiz mais eloquente da história dos Estados Unidos, sustentando que “[...] um juiz responsável não se contentará com uma simples enunciação de valores.”

Para HOLMES, “[...] o direito não parte do pressuposto de que um contrato seja um encontro literal de duas mentes. Os juízes não são capazes de entrar na mente das pessoas. Agem, portanto, a partir de sinais externos”<sup>60</sup>.

Esse era o pensamento de HOLMES e dos realistas “[...] é na esfera do cognitivo e do psicológico, e não a do político e do científico-social, que devemos buscar indícios do pensamento crítico”<sup>61</sup>.

No livro *The Common Law*, especificadamente, HOLMES criticou intencionalmente o formalismo, afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um Precedente<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 287-288.

<sup>57</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 290.

<sup>58</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 291.

<sup>59</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 205.

<sup>60</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 292-293.

<sup>61</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 296.

<sup>62</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.p. 62.

Ademais, HOLMES incitava os juízes a estudarem, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas<sup>63</sup>.

Sobre o movimento do Realismo Jurídico, registra GODOY<sup>64</sup>:

É movimento intelectual que ganhou dimensão nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930. Certo olhar cético problematizava como os juízes decidem os casos e o que as cortes de justiça verdadeiramente fazem. Para o realismo, magistrados decidem de acordo com que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares.

Salienta-se, contudo, que o Realismo Jurídico não pode ser confundido com o decisionismo, tendo em vista que este privilegia as arbitrariedades dos juízes, enquanto que aquele, tão somente, está relacionado com o poder de discricionariedade dos magistrados<sup>65</sup>.

Assim defende FREITAS<sup>66</sup>:

[...] é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último sim é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas discricionariedade do julgador.

Os realistas, portanto, não defendem decisões arbitrárias e que beiram pela irracionalidade, mas sim propõem se apegar aos Precedentes, considerando estes como verdadeiros elementos normativos para a solução do conflito.

Portanto, o Realismo Jurídico norte-americano é corrente de pensamento pragmático que se propõe a estudar o Direito como teoria da decisão. Com a politização da justiça e a tentativa de fundir os modelos de *Common Law* e *civil law*, tal maneira de pensar conquistou certa notoriedade no Brasil<sup>67</sup>.

Não é possível conceber, assim, que o julgador poderá decidir a seu bel prazer, o que levaria o pensamento realista à ideia de irracionalidade. Pelo contrário, após decidir, o

---

<sup>63</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 62.

<sup>64</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 14.

<sup>65</sup> HEIL, D. M.; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, ago/2015*.

<sup>66</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. 2009. 168 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. p. 36.

<sup>67</sup> CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **A insuficiência da compreensão de Direito a partir da regulação: o exemplo do realismo jurídico estadunidense**. In: XXIII CONPEDI - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2014. João Pessoa/PB.

magistrado tem a obrigação de fundamentar a sua decisão, tendo como auxílio o texto legal ou até mesmo os Precedentes judiciais, dependendo do sistema jurídico no qual esteja inserido (*civil law* ou *Common Law*)<sup>68</sup>.

FREITAS<sup>69</sup> assevera:

O realismo entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiossincrasias, etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente, portanto, o realismo se subsume na ideia de moldura, logo eu posso decidir o que quiser, desde que justifique normativamente.

FREITAS<sup>70</sup> também explana a respeito:

Eis que, pois, a confusão entre realismo e decisionismo se desfaz quando vemos que o elemento psicologista no realismo é forma de chamar a atenção para a natureza do processo judicial como sendo ‘uma infusão’ na qual se agrega ao Precedente (elemento normativo) outros elementos inarticulados, até inconscientes, valores que Benjamin Nathan Cardozo identifica como sendo a natureza do processo judicial, daí a razão do título de sua principal obra.

Superada a suposta confusão, vale trazer à baila o pano de fundo filosófico do Realismo Jurídico norte-americano, qual seja, o Pragmatismo jurídico, consolidado nas perspectivas de HOLMES, POUND e CARDOZO<sup>71</sup>. Preocupa-se em investigar como as pessoas pensam e como os juízes decidem<sup>72</sup>.

POSNER aduz que o movimento pragmatista deu ao realismo jurídico toda a sua forma e todo o seu conteúdo intelectuais<sup>73</sup>.

Algumas das tendências que se unem para formar a tradição pragmatista foram absorvidas pelo realismo jurídico, essencialmente através dos escritos de HOLMES e CARDOZO<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> HEIL, D. M.; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, ago/2015*.

<sup>69</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. p. 37.

<sup>70</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. p. 38.

<sup>71</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo:** a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. p. 32.

<sup>72</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 25.

<sup>73</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 409.

<sup>74</sup> HEIL, D. M.; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, ago/2015*.

Para EISENBERG<sup>75</sup>:

[...] o pragmatismo jurídico é uma escola da teoria do direito que nasceu nos EUA no início do século XX, tendo por principal característica o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica.

POSNER<sup>76</sup> sustenta que “[...] o juiz, na sua função de espectador, recorre não apenas às próprias experiências pessoais e políticas, como também a um saber cultural especializado: seu conhecimento e sua experiência relativamente ao direito”.

Sobre a relação entre realismo e o pragmatismo, aduz FREITAS<sup>77</sup> “[...] ao perquirir sobre como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais, não como ciência, mas como experiência acerca do que é o Direito, o realismo apresenta-se como pragmatismo jurídico”.

O pragmatismo centra-se na questão da verdade e, portanto, identifica o modo norte-americano de se pensar e igualmente de fazer filosofia<sup>78</sup>.

Nessa linha de raciocínio, em solo estadunidense, POSNER<sup>79</sup> vislumbra no pragmatismo, a teoria capaz de solucionar as demandas judiciais, ou seja, entendendo ser um “meio-termo”, entre o realismo e o formalismo.

Fazendo-se um paralelo entre formalismo e pragmatismo:

O formalista força as práticas dos homens de negócios e das pessoas em geral a encaixarem-se no molde dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis. O pragmatista, ao contrário, considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica<sup>80</sup>.

Embora o discurso dos juízes sempre tenha sido predominantemente formalista, a maioria dos juízes americanos age pragmaticamente<sup>81</sup>.

Isso ocorre, em parte, porque as questões que passam pela justiça americana sempre foram tão diversas e conflitantes que o formalismo se torna inaplicável na maioria dos casos

---

<sup>75</sup> EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

<sup>76</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 137.

<sup>77</sup> FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque. Feitosa; Lorena FREITAS, Arthur Stamford da Silva Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst (Org). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, v.2, p. 44.

<sup>78</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 25.

<sup>79</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 3-4.

<sup>80</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 422.

<sup>81</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 424.

mais difíceis e, em parte, porque os juízes não são tão metódicos e intelectualmente sofisticados<sup>82</sup>.

Assim, para o direito americano “[...] o pragmatismo fornece a melhor explicação de como os juízes realmente decidem os casos”<sup>83</sup>.

Para POSNER<sup>84</sup>, o pragmatismo é capaz de nos ajudar a manter uma postura adequadamente crítica diante de certas realidades que desempenham um grande papel em muitas áreas do direito.

Portanto, através da teoria pragmática do direito defendida por POSNER, e sua visão do modelo norte-americano do *Common Law*, é possível se obter uma orientação e mudança de direção para o direito e seus sistemas jurídicos.

Para POSNER<sup>85</sup>, o pragmatismo tem como objetivo “[...] nos libertar de idéias pré-concebidas, fundadas no pensamento filosófico”.

Aplicado ao direito, portanto, pode-se afirmar que o pragmatismo trataria a decisão segundo os Precedentes (doutrina conhecida como *stare decisis*), como uma diretriz e não como um dever, uma obrigação, não estando, portanto, os juízes escravizados por tal doutrina.

Desta feita, POSNER<sup>86</sup> assevera o motivo pelos quais os juízes adotam a doutrina do *stare decisis* nos Estados Unidos, porém, não de forma rígida:

[...] se revisassem inteiramente todos os casos, os juízes, ao menos os escrupulosos, teriam de trabalhar mais [...] Os juízes também perderiam a oportunidade de atribuir aos outros (isto é, aos juízes anteriores) a culpa por uma decisão impopular, para se protegerem de críticas e ataques. E talvez mais causas fossem levadas a juízo, por haver uma incerteza maior acerca dos direitos e deveres legais num sistema que não fosse estabilizado pela norma do *stare decisis* (...) para seguir a Jurisprudência, é preciso pesquisar.

Há motivos práticos de caráter tanto epistemológico quanto político para afirmar que os juízes deveriam, de forma geral, seguir a Jurisprudência e manter-se fiéis aos valores imanescentes a sua tradição jurídica<sup>87</sup>.

Sobre a (des)necessidade dos juízes em seguir a Jurisprudência:

Poderia haver razões pragmáticas pelas quais seria bom que os juízes se considerassem moralmente obrigados a seguir a Jurisprudência, em vez de livres

---

<sup>82</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 424.

<sup>83</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 425.

<sup>84</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 419.

<sup>85</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 488.

<sup>86</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 134.

<sup>87</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 12.



para fazer um julgamento pragmático toda vez que se vissem diante da questão de segui-la ou não; assim como há razões pragmáticas para afirmar que os burocratas devem seguir regras, em vez de sempre fazer o que julgarem melhor em cada circunstância<sup>88</sup>.

Os juízes, para POSNER<sup>89</sup>, tomam decisões que transformam as práticas sociais ou comerciais, e fazem isso através da força de Jurisprudência de suas decisões, uma vez que uma decisão isolada dificilmente causa grande impacto.

Ainda sobre a realidade do uso dos Precedentes em solo estadunidense “[...] os predecessores, portanto, incorrerão em uma perda futura caso não sigam a Jurisprudência. Se tiverem consciência disso, sentir-se-ão mais incentivados a evitar esse comportamento”<sup>90</sup>.

Importante destacar ainda sobre o comportamento dos juízes no sistema norte-americano:

Pode parecer que os juízes fortes tendam menos a seguir a Jurisprudência que os juízes fracos, por não quererem sentir-se amarrados pelas decisões dos juízes anteriores que, em geral, eram mais fracos que eles. Mas isso não está claro, e essa falta de clareza não ocorre apenas porque esses juízes fortes querem que os Precedentes criados por eles sejam seguidos. Se o abandono ou o enfraquecimento do stare decisis aumentou a carga de trabalho dos juízes, mais juízes serão nomeados, e a influência de cada um destes diminuirá. Além disso, devemos nos lembrar da constatação de que os juízes, tanto os fracos quanto os fortes, gostam de jogar o “jogo” judicial. Esse jogo, tem certas regras, uma das quais (no sistema jurídico anglo-americano) é que os juízes devem dar à Jurisprudência um peso bastante grande, embora não absoluto<sup>91</sup>.

POSNER<sup>92</sup> enumera alguns casos em que denomina como o voto “Maria vai com as outras” e a atitude “deixe estar”, nos quais muitos juízes acabam acompanhando os votos dos colegas em cortes superiores, mesmo que contenham elementos dos quais discordem.

Ainda na visão de POSNER<sup>93</sup>:

Há uma equivalência entre a perda de poder que ocorre quando um juiz segue a Jurisprudências em vez de inovar e aquela que ocorre quando, recusando-se a seguir a Jurisprudência, ele enfraquece a própria prática do acolhimento da Jurisprudência nas decisões judiciais e reduz a probabilidade de seus sucessores seguirem a decisão dele. [...] É improvável que o fato de um juiz desconsiderar a Jurisprudência prejudique seriamente a referida prática. O problema poder ser mantido sob controle pelo tribunal de primeira instância competente. Este pode reformar as decisões dos tribunais inferiores que demonstrem insuficiente respeito pela Jurisprudência.

---

<sup>88</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 12.

<sup>89</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 129.

<sup>90</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 130.

<sup>91</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 152.

<sup>92</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 132-133.

<sup>93</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 129-130.

Destaca POSNER<sup>94</sup> a respeito da conduta dos juízes norte-americanos, “[...] que se desconsiderarem a Jurisprudência, serão criticados. Isso, para qualquer juiz zeloso de sua reputação, representa um custo”.

Do exposto, é de fácil constatação a afirmação de que o direito americano, mais especificadamente os pragmatistas, querem um direito mais empírico, mais realista, que melhor se identifique com as necessidades reais dos cidadãos.

O pragmatismo, portanto, repudia quem quer que tente impor ao conhecimento um modelo e um sistema formal e inquestionável<sup>95</sup>, buscando que a decisão seja efetivada com base na realidade dos fatos e no contexto da *práxis* social.

Acerca da temática sobre aproximação e distanciamento entre os dois países:

Considerando *aproximações* e *distanciamentos* entre Estados Unidos e Brasil, em termos jurídicos, dois temas são recorrentes: como *aproximação*, surge o problema do ativismo judicial, no que se pode chamar de uma importação da leitura norte-americana sobre a atividade jurisdicional; como *afastamento*, aparece a questão da vinculação destes países a diferentes tradições jurídicas (para o caso brasileiro, *civil law*; já no dos Estados Unidos, *Common Law*<sup>96</sup>)<sup>97</sup>.

Sobre a atuação dos juízes norte-americanos como pseudo-legisladores e a prática do ativismo judicial:

A despeito dos esforços do realismo para reposicionar o foco da pesquisa acadêmica de direito, movendo-o do *Common Law*<sup>98</sup> para o novo mundo do direito legislado, as leis revelaram-se um desafio ao qual a tradição realista, que vai de HOLMES ao esmorecimento do realismo jurídico na década de 1940 e sua suplantação pela escola processual na década de 1950, não conseguiu fazer frente. O problema começou com a caracterização que HOLMES faz do juiz como um legislador intersticial<sup>99</sup>.

A máxima “[...] os legisladores fazem as leis e os juízes as encontram e aplicam”<sup>100</sup>, não se aplica ao judiciário norte-americano, seja o estadual, seja o federal, por motivos inerentes à natureza do direito e das instituições jurídicas de solo estadunidense.

Assim, é possível afirmar que a atitude pragmática é ativista. Muito embora, como ressalva POSNER<sup>101</sup>, isso não significa que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista.

---

<sup>94</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 130.

<sup>95</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. p. 32.

<sup>96</sup> Itálico conforme o original.

<sup>97</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 67.

<sup>98</sup> Itálico conforme o original.

<sup>99</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 414-415.

<sup>100</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 245.

<sup>101</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 5.

No entanto, insta ressaltar que o juiz que toma suas decisões com respaldo em sua própria concepção do interesse público está sujeito a entrar em conflito com o legislativo, como ocorreu no passado, quando os juízes adotavam a posição de que as leis escritas, em desrespeito ao *Common Law*, não deveriam ser interpretadas de forma abrangente<sup>102</sup>.

Assim, como o direito privado, integra, em sua maior parte, o *Common Law* (isto é, direito cuja fonte são os juízes e não os legisladores ou os autores das constituições), desde o início já se confiou aos juízes a tarefa de conceber políticas públicas<sup>103</sup>.

Ante todo o exposto, constata-se que o direito interno, de base codificada, está se transformando, pouco a pouco, em um sistema diretamente apegado aos Precedentes e a que os juízes dizem, de fato, que é Direito. Tal tendência, altamente perigosa, segundo STRECK<sup>104</sup>, é denominada de *Commonlização*.

### 3.1 O Fenômeno da *Commonlização*

Sobre a *Commonlização*, STRECK<sup>105</sup> argumenta:

[...] Com relação à *Commonlização*, sim, confesso minha má vontade. Mas é uma má vontade de caráter epistêmico. Parece que os seus defensores querem repristinar o realismo jurídico, que não passa de um positivismo fático (só que a aplicação do direito, por exemplo, em Alf Ross, era muito mais complexa do que querem os *neocommonlizadores*). Para quem não entendeu ainda, tento ser mais simples: o projeto desloca o discurso de validade da lei em direção à decisão judicial. Sendo mais explícito ainda: Conforme o projeto, o direito é aquilo que os tribunais superiores dirão que é. De minha parte, prefiro o original, HOLMES, do que uma clonagem sua<sup>106</sup>.

Com base nos argumentos de STRECK, é perceptível, de fato, que o que querem os defensores de tal tendência é repristinar o Realismo Jurídico, ou seja, transformar a lógica jurídica em mera tradução de argumentos judiciais. A lei, como ele acentua, está sendo deixada de lado para, então, o Protagonismo Judicial ou Ativismo Judicial tomar frente e, em pouco tempo, tornar-se o único meio para solução de conflitos<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 415.

<sup>103</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. p. 246.

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>105</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law! **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>.

<sup>106</sup> Itálico conforme o original.

<sup>107</sup> HEIL, D. M.; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI*,

MAIA NETO e SONI<sup>108</sup> acentuam:

O *Common Law* é utilizado nos países anglo-saxônicos (Estados Unidos e Inglaterra), onde a base do ordenamento jurídico é a Jurisprudência (fonte secundário do Direito), e não o texto da lei, como no *civil law*, fonte primária do Direito<sup>109</sup>.

Assim, não é possível pensar o direito interno como expressão de um sistema *Common Law*, tendo em vista que não se vivencia tal sistema jurídico na positivação e aplicação das fontes jurídicas brasileiras. Há, portanto, que se buscar um modelo que, de fato, retrate a realidade jurídica brasileira<sup>110</sup>.

Porém, o pior já está se institucionalizando. O novo Código de Processo Civil (NCPC<sup>111</sup>), em processo de aceitação pela comunidade em geral e no período de *vacatio legis*, vem a concretizar tal tendência no modelo jurídico brasileiro. STRECK<sup>112</sup> assim explicita:

[...] é neste ponto — a *Commonlização* — que aparece a questão mais grave. Gravíssima. Ninguém está se dando conta que, com o projeto, qualitativamente, há uma grande chance de perda no nosso sistema decisório, porque de um lado, o projeto não combate a possibilidade de o STJ e o STF continuarem a decidir discricionariamente, e de outro ele atribui, irrefletidamente, efeito vinculante para a quase totalidade das decisões desses tribunais (inclusive dos *obiter dictum*)<sup>113</sup>.

Trata-se de nítida aplicação da força dos Precedentes, uma das premissas que norteia o NCPC, com o fim de gerar estabilidade legítima do uso do Direito jurisprudencial no Brasil<sup>114</sup>.

O art. 924 do NCPC determina que “[...] os tribunais devem uniformizar sua Jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, de modo a respeitar a cadeia decisória

---

ago/2015.

<sup>108</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado; SONI, Diego de Lima. Aborto e direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVI, n. 371, 01 jul. 2012.

<sup>109</sup> Itálico conforme o original.

<sup>110</sup> HEIL, D. M.; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI*, ago/2015.

<sup>111</sup> NCPC: Sigla a ser utilizada para referir-se ao Novo Código de Processo Civil.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law!** *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

<sup>113</sup> Itálico conforme o original.

<sup>114</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 366.

desde a primeira análise (*leading case*) e, em especial, com respeito dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que nortearam a aplicação<sup>115</sup>.

Todo esse movimento merece muita atenção e cuidado quando se percebe que tal uso dos Precedentes ainda desafia várias intempéries.

Assim, o estudo e a compreensão do sistema *Common Law*, embora tenha sido criado e seja um movimento de realidade fática estadunidense, é de imperiosa importância, pois, o que parece, é que, em pouco tempo, esta também será a realidade do modelo jurídico brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com este trabalho, que diante da inspiração do modelo jurídico brasileiro pelo sistema incorporado pelos Estados Unidos da América, busca-se a estruturação de um novo modelo dogmático para avaliação e reconfiguração do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que vivenciamos.

Restou verificado que a realidade fática estadunidense, através de teorias norte-americanas do direito, de fato, encontra-se influenciando o modelo jurídico brasileiro de decisão judicial, razão pela qual a tendência da *Commonlização*, como se vê nos dizeres do Novo Código de Processo Civil, é um movimento que se encontra, pouco a pouco, sendo internalizado no sistema jurídico brasileiro, e em um curto espaço de tempo, invadirá o modelo jurídico de decisão judicial brasileira.

Ademais, é através dos argumentos do Realismo Jurídico estadunidense, que originou em solo brasileiro o denominado fenômeno da *Commonlização*.

Deste modo, então, fica confirmada a hipótese inicialmente formulada por ocasião da introdução: há, de fato, influência do movimento norte-americano do Realismo Jurídico no ordenamento pátrio.

Considerando os levantamentos bibliográficos realizados, pode-se constatar que esta pesquisa atingiu seu objetivo geral, demonstrando que Estados Unidos e Brasil são países com

---

<sup>115</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. p. 54.

tradição, história e cultura significativamente distintas, tendo, portanto, sistemas jurídicos díspares.

Na última parte do artigo, fora apresentado um dos pontos mais polêmicos do estudo, evidenciando a convergência que o direito brasileiro vem passando, em razão de estar assimilando diretrizes do sistema *Common Law*, especialmente a questão da obrigatoriedade de seguir a Jurisprudência das cortes superiores brasileiras, oportunidade em que foi demonstrado que a mera reprodução do modelo estadunidense por um país do *civil law*, como é o caso do Brasil, não retrata a realidade jurídica brasileira.

O mérito deste trabalho não é só de interesse pessoal e da academia, mas igualmente de todos os cidadãos em geral, tendo em vista que restou evidenciada a força com que a Jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento pátrio.

#### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcos Pugliese et al. São Paulo: Cone, 1995.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **A insuficiência da compreensão de Direito a partir da regulação: o exemplo do realismo jurídico estadunidense**. In: XXIII CONPEDI - A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO E A HORIZONTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2014. João Pessoa/PB.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD/CESUSC, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos / Renovar, 2006.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Sebastião Machado. O sistema do *Common Law* anglo-americano, evolução e

SILVA, A. G.; HEIL, M. D. *Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

conceito. **Notícia do Direito Brasileiro**. Brasília, UNB, n. 4, 2 sem./ 1997.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 168 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: Enoque. Feitosa; Lorena FREITAS, Arthur Stamford da Silva Adrualdo Catão; Eduardo Rabenhorst (Org). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, v.2.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

HAYEK, Frederick A. **Law, Legislation and Liberty**. v. 1. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

HEIL, D. M; STAACK, A. L. O Realismo Jurídico norte-americano e sua influência argumentativa nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. *E-book oriundo da Escola de Altos Estudos sob o tema Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo, curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, ago/2015*. No prelo.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAIA NETO, Cândido Furtado; SONI, Diego de Lima. Aborto e direitos humanos. **Revista Jurídica Consulex**, ano XVI, n. 371, 01 jul. 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; MAIA, Maurílio Casas. **Julgado não é sinônimo de Precedente: distinção que você deveria saber para evitar confusões na fundamentação dos julgados**. 20 jul. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/julgado-nao-e-sinonimo-de-precedente-distincao-que-voce-deveria-saber-para-evitar-confusoes-na-fundamentacao-dos-julgados-kahneman-e-os-sistemas-s1-e-s2-por-alexandre-morais-da-rosa-e-maurilio-c/>. Acesso em: 17 abr. 2016.

SILVA, A. G.; HEIL, M. D. *Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

POLLOCK, Sir Frederic. The history of Comparative Jurisprudence. **Journal of Comparative Law**. v. V, 1903.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Overcoming law*.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos Precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, vol. 4, n. 1, mar/2009. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028#.VsHc4bQrLIU>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 19, jul/ago/set. 2009.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Common Law**: Introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law! **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o Precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



SILVA, A. G.; HEIL, M. D. *Commonlização no processo jurídico brasileiro: o direito a partir da common law*. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.