

A REALIDADE DA APLICAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL DA COMMON LAW NO BRASIL: uma mesclagem de sistemas diante da globalização judicial

SANTANA, Bruna da Silva

Resumo: É inegável a aproximação mundial, de povos, culturas, etnias e religiões desde o início da globalização no final do século XX. Essa afinidade tem influenciado também os meios judiciais intercontinentais e com isso, espalhado, modificado, cruzado, os sistemas judiciais intercontinentais. Os maiores sistemas, *civil law* e *common law* tem trocado estratégias e se apropriado do que parece vantagem, e sem dúvida alguma, por motivos bons, que de fato trazem benefícios, mas juntamente trazem dilemas e adversidades. O Brasil, originalmente colonizado e sempre adepto do *civil law*, tem percebido obstáculos por aprisionar o direito, história viva, em textos codificados, vendo uma possibilidade mais rápida de adequação no uso de precedentes, instituto pertencente ao *civil law*. Indubitavelmente, problematiza-se a insegurança jurídica, a justaposição do Poder Judiciário e o desprezo pela soberania nacional.

Palavras-chave: *Civil Law*. *Common Law*. Globalização Judicial. Sistema Judicial Brasileiro.

Abstract: The worldwide rapprochement of peoples, cultures, ethnicities and religions since the beginning of globalization at the end of the 20th century is undeniable. This affinity has also influenced the intercontinental judicial means and with this, spread, modified, crossed, the intercontinental judicial systems. The larger systems, *civil law* and *common law* have changed strategies and if appropriate from what seems to advantage, and undoubtedly for good reasons, that in fact bring benefits, but together bring dilemmas and adversity. Brazil, originally colonized and always adept at *civil law*, has perceived obstacles by imprisoning law, living history, in codified texts, seeing a faster possibility of adequacy in the use of precedents, an institute belonging to *civil law*. Undoubtedly, legal uncertainty, the overlap of the Judiciary and contempt for national sovereignty are problematic.

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

Keywords: *Civil Law. Common Law. Judicial Globalization. Brazilian Judicial System.*

Introdução

O Direito Brasileiro, como consequência de seus colonizadores, se encontrou desde o período de exploração até os dias atuais, pautado e influenciado diretamente pelo Direito Romano e Canônico. Com a decisão do rei de Portugal em 1530, de se estabelecer núcleos permanentes de povoamento no Brasil a fim de garantir que o processo de colonização se desse ao seu gosto, isso passava a significar também, subordinação às ordens de um país já organizado política, econômica e socialmente.

Sobrevieram, portanto, ao longo do tempo, as aplicações de todas as produções legislativas de Portugal como Tratados, as conhecidas Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), até que houvesse a proclamação da independência brasileira e as produções comesçassem a ser “originalmente nacionais”. (ZIMMERMANN, 2014, p.79).

De fato, o sistema legal português e europeu ocidental de forma geral, foi absorvido da expansão romano-germânica, que desabrochou no *civil law* após Revolução Francesa, com o controle da atuação judicial que deveria então não mais interpretar a lei, mas aplicá-la, esta que por sua vez, adentrou para um sistema de codificação; sistema que se espalhou e veio para o Brasil por ingerência de sua metrópole. (GALIO, p.2).

É preciso entender que ao se tratar do Direito Brasileiro atual, sua Constituição, em seu artigo 5º, II, positiva um caráter “legicêntrico”, em que a lei é suficientemente aplicável, portanto, dentro ainda, de um caráter de *civil law*, como dispõe Morgana Henicka (p.6). Todavia, a crítica que se faz é que devida a globalização como um todo, inclusive a que tem se dado no meio judicial, há uma constante aproximação e interligação desse sistema com o *common law*, baseado na criação de precedentes. Há quem negue que o Brasil tem se utilizado de mecanismos desse modelo, mas a comprovação é pertinente, em que se pese que o próprio Código de Processo Civil, lançado no ano de 2015, tem positivado em seu artigo 332, a possibilidade de um

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

juízo de improcedência do pedido processual que venha a contrariar decisões já consolidadas de tribunais superiores.

O que são essas novidades, inclusive desconformes com princípios estabilizados, nesse caso, da Não Surpresa, senão uma “*commonlawlização*” do Direito Brasileiro?

Vejamos adiante mais argumentos que despontam da confirmação desse fenômeno.

Características dos sistemas *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Para se alocar dentro do tema, se faz necessário não somente a conceituação, mas a diferenciação dentre os sistemas jurídicos aqui tratados.

O Império Romano, conhecido por sua ascensão, também teve grande fama por seu dado avanço sociológico e é estudado até hoje como precursor na ciência jurídica; organizou o direito de modo que extraía a regra jurídica dos casos concretos, classificava-a e reaplicava aos novos casos (CRETILLA, 1986, p.3); além do mais, foi por eles criado o conhecido Corpus Iuris Civilis, uma legislação que possuía algumas soluções para os conflitos da época, trabalho intelectual dotado de técnica, claramente características iniciais do *civil law*. (BARREIRO; PARICIO, 2010, 185-186)

Por muitos séculos a tradição romano-germânica se manteve viva e em produção, como no período Renascentista (séculos XII e XIII) em que se impulsionou o ideal de que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso” (DAVID, 2002, p. 39); contudo, foi somente após os anos de Revolução Francesa, em 1789, que os princípios desse sistema se alicerçaram. Após incansáveis abusos por magistrados que tinham o cargo por herança ou compra, de uma concentração de poderes na mão de uma única pessoa, os franceses reivindicaram por meio do controle da atuação judicial, por meio da lei aplicada como ela é e não interpretada, os valores da igualdade e liberdade.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário. (MARINONI, 2009, p. 46).

Desse modo, é possível pormenorizar as características que o novo sistema teria a partir daí e traz firmado consigo até hoje: pela exata intenção de Montesquieu “[...] o julgamento não poderia ser mais que o texto da lei” (MARINONI, 2010, p. 54), já que a lei passava a representar a vontade do povo; houve também, o processo de codificação que expandiu este sistema, unificou-o, criou conformidade para com o positivismo legislativo e ainda possibilitou o exercício de controle do Estado.

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo. (GROSSI, 2006, p. 51).

O perigo de manutenção desse sistema unicamente é o fato de que a regra máxima aprendida logo no início de um curso de Direito é que o este, o direito, é história viva, deve se adaptar à realidade e vivências culturais, sendo mutável, renovado por seus legisladores; dificuldade em que, principalmente em um país com dimensões continentais como o Brasil e ainda mais, subdesenvolvido, com intensa produção legislativa, proporcione a convivência com esse sistema uma trava ao desenvolvimento do próprio direito. Faz-se pensar, como reflete Paolo Grossi (2006, p.52), que por esse ponto de vista, o Estado firma-se como único ente capaz de “[...] transformar em jurídica uma norma estatal”, tomando este, o poder de singular de ser porta-voz do direito.

A crítica acima mencionada, não deixa de se relacionar com o falsoConstitucionalismo Democrático existente hoje no Brasil, assunto contudo, que será tratado em outro projeto.

A origem desse sistema, assim como anterior, se dá também na Europa, mais a ser aplicado em uma nova sociedade feudalista, organizada e não mais especificamente no território inglês, diferenciadamente desenvolvido econômica e

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

administrativamente, que precisava de um sistema de regras de direito costumeiro e contínuo fragmentada. (DAVID, 2006, p. 358)

Desde já, devem ser diferenciadas as convicções destes sistemas, pois é preciso entender, como o próprio Luiz Guilherme Marinoni expõe, que o que os distancia não é o fenômeno da codificação, que insta salientar, ambos possuem, mas se diferenciam, na importância dada à essa produção legislativa (MARINONI, 2009, p. 46-47): no *common law*, existindo um conflito entre código e precedente, fica a cargo do juiz interpretar e decidir a cabe melhor ao caso. (MARINONI, 2010, p. 56)

Outrossim, este sistema desponta uma vinculação à precedentes aliado a premissa do *stare decisis*, que significa em sua forma estendida, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”, advindo do hábito das Cortes do reino de criar uma referência para julgamentos futuros, a partir de casos complexos escolhidos para debate, como dispõem Crocetti e Drummond.

Em suma, o *common law* é formado pela experiência, pelos costumes gerais, e pela criação de precedentes vinculantes, passíveis de trocas e adequação, a fim de garantir uma maior isonomia jurisdicional.

A globalização judicial e novas tendências

É neste capítulo, que este projeto começa de fato ganhar forma, sentido e ter suas perguntas respondidas.

Na sociedade mundial que hoje vivemos, o acesso à justiça se alargou, assim como a complexidade dos casos, o que influencia no bombardeio de ajuizamento de ações, de modo que todos acreditam ser necessário resolver qualquer conflito na esfera judicial. (WAMBIER, 2010, p. 34).

Desse modo, a globalização criou ainda um sub fenômeno, que é o da globalização judicial.

Conforme antecipado, o fenômeno da globalização fez surgir uma nova sociedade (sociedade mundial), que apresenta conflitos, que embora internos, ultrapassam as barreiras das fronteiras geográficas politicamente estabelecidas. Explica-se. Ainda que sejam submetidos ao poder judiciário questões envolvendo cidadãos brasileiros, contrapondo-se a leis eminentemente

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

nacionais, seus reflexos fazem com que ecoem além da legislação, jurisprudência ou doutrina brasileira. Os usos e costumes não são mais regionalizados, mas mundializados, fazendo com que se torne necessário o debate considerando-se variáveis em âmbito internacional. (MIZUTA; LONGO, p.6).

Como previa Bonavides (1991) no início da década de 90, a globalização tem se dado de forma preocupante devido a ausência de regras, fazendo com que se tornasse uma competição disputada sem arbitragem, em que a balança penderia sempre para o lado dos países com maior poderio econômico.

Dessa mesma forma, vê-se através da revolução tecnológica, a multiplicação de empresas multi e transnacionais, conseqüentemente, uma crescente movimentação no direito internacional privado buscando a uniformização de leis entre esses países sedes, para garantir maior segurança jurídica em negociações comerciais intercontinentais. O resultado são países, assim como o Brasil, buscando se adequar à essas transformações sociais características do novo mundo, superando até mesmo a soberania nacional, posta como princípio fundamental em nossa Constituição. (MIZUTA; LONGO, p.7)

Visando minimizar as diferenças e distanciamento jurídico, Lauro Gama defende a busca pela convergência da seguinte forma:

Visando mitigar os efeitos da diversidade jurídica em determinadas circunstâncias, conceberam-se mecanismos de harmonização, unificação e uniformização do direito, como espécies de aproximação jurídica, que elegem diversos meios para alcançá-la, tendo em vista algum objetivo específico. (GAMA, 2006, p. 182).

Era devido se dizer muito mais acerca de todos estes problemas que rompem do evento globalizacional, da relativização da soberania, dos pensamentos contemporâneos que influenciam o Direito, do momento Pós-positivismo, da influência de um Constitucionalismo popular, dentre inúmeros outros, mas finaliza-se esse capítulo lembrando, que o processo tem sido visto como instrumento para a concretização das mais variadas formas de conflito, em ordem que o Poder Judiciário tem sido a resposta para inseguranças jurídicas e se sobreposto ao demais poderes; uma supervalorização que causa um desequilíbrio da divisão de poderes de Montesquieu, inclinando-o para as maiores modificações mundiais, o que causa um

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

certo receio e se faz perguntar até onde vai a autoridade do Poder Judiciário para que este não adentre uma seara de ativismo judicial.

Caracterização da adoção do *common law* no Brasil

Além das próprias mesclas jurisdicionais em julgamentos, os dois grandes sistemas tem sido mutuamente aproximados, que como Mauro Capelletti sugere, a existência de uma “convergência evolutiva”, em que ambos os modelos adquirem características um do outro; vemos aqui no Brasil, o aumento da criatividade jurídica através da atuação dos Tribunais em súmulas, enunciados, jurisprudências, entre outros, assim como a disposição do chamado efeito erga omnes, claramente vinculativo das decisões. (CAPPELLETTI, 1993, p. 123-124-126).

A tendência, portanto é de maior comunicação dos modelos, de modo que futuramente, os países não estejam adotando somente um sistema específico, mas híbrido.

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do *common law* o direito escrito seja mais celebrado, enquanto que, no campo do *civil law*, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque. (SABINO, 2010, p. 52).

Como já mencionado, o bombardeio de impetrações de ações judiciais, obriga a transformação do Direito Brasileiro em uma versão mais ágil, a fim de solucionar os novos problemas e se desassociar de um sistema petrificado. (GROSSI, 2009, p. 165).

As maiores mudanças acontecem no campo do direito privado, com principalmente a internacionalização do direito processual civil, visto no Código de Processo Civil de 2015, no capítulo concernente à Cooperação Internacional. Não é duvidoso quando se percebe um uso inovador de precedentes vinculantes, que criam novos parâmetros diante dos códigos escritos, através das jurisprudências, súmulas e súmulas vinculantes: mecanismos que criam conjuntos sistematizados e em constante mudança, de decisões e interpretações de Tribunais. Vale lembrar que são institutos votados entre os magistrados e aplicados de acordo com suas livre convicções - elemento essencial originário e importado do *common law*.

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, intitulada de “Reforma do Poder Judiciário” foi a responsável por instituir as súmulas vinculantes, dizendo o seguinte:

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

Ademais, conclui-se comprovadamente, ser este modelo acima comprovado, um **instituto firmador de interpretações jurisdicionais adquirido do *stare decisis*, estratégia criadora dos precedentes na *common law*.**

Considerações Finais

Não há aqui, neste presente projeto, que se dizer sobre uma melhor ou pior forma de organização judiciária, mas se faz na realidade, uma reflexão à situação de mescla de institutos e sistemas judiciais, devido à irrefreável globalização. Denota-se: não se fala em transformação, muito menos em sucessão do sistema *civil law* brasileiro para o *common law*, mas em uma evidente fusão de ambos!

É evidente que este acontecimento tem ocorrido por todo o mundo, diante da globalização judicial, um fenômeno que além de fazer interagir pessoas de diferentes nacionalidades, tem misturado ideais de culturas distintas, percepções que por este profundo relacionamento intercontinental, tem se assegurado e visto forma de complementação um no outro.

O Brasil, dessa forma, tem se utilizado de métodos da cultura *common law*, como forma de adequar o direito do país que muitas vezes se torna enferrujado e de difícil modificação pela necessidade de uma revisão complexa e geral dos códigos, se apropriando então, de institutos de decisões conjunturais de juízes.

O que se entrou em breve discussão, foi a possibilidade de com essa inclusão dessa estratégia, gerar insegurança jurídica e confusão para com as normas já descritas, um ataque à soberania e até mesmo um abuso, uma afronta ao sistema de Poderes com a sobreposição e maior atuação do Judiciário.

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

É, de fato, tema controvertido, difícil de ser respondido, mas de necessário estudo, pois de modo que se encontra soluções na hibridização desses sistemas, se encontra também sérios problemas, que precisam ser por todos estudados em sua origem, analisados para uma melhor e efetiva implantação de modo que se impeça contradições, erros já cometidos anteriormente na história e uma melhor aplicação, de um Direito Brasileiro que seja confiável e responsivo.

Referências

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. **Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law**: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas.

< <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIZUTA, Alessandra; LONGO, Luís Antônio. **Os efeitos da globalização na fundamentação das decisões judiciais internas**: jurisprudência estrangeira como fonte do direito no direito processual civil.

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2cb1e384e0906033>>

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes**: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

¹ Aluna do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Varginha - FADIVA
bssbrunasantana@gmail.com