

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: SINCRETISMO ENTRE A *COMMON LAW* E A *CIVIL LAW*
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: SINCRETISM BETWEEN *COMMON LAW* AND *CIVIL LAW*

Gabriela Oliveira Freitas¹

RESUMO

O objetivo do presente estudo é fazer uma breve análise sobre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, suas semelhanças e diferenças, de forma a possibilitar a identificação do modelo atual adotado no Brasil e analisá-lo de forma crítica, principalmente no que concerne aos institutos de padronização decisória e à relevância dada aos precedentes, demonstrando, dessa forma, que o sistema brasileiro é sincrético e se encontra em grande dissonância com os dois grandes sistemas em análise. Pretende-se, ainda, discutir como ocorre atualmente a formação de precedentes judiciais e buscar a adequação desta tendência processual ao Estado Democrático de Direito, notadamente às diretrizes do devido processo legal, adotando, para tanto, como marco teórico a Teoria do Processo Constitucional.

Palavras-chave: Sistemas processuais; Estado Democrático de Direito; Processo Constitucional.

ABSTRACT

The aim of this study is to make a brief analysis on the legal systems of common law and civil law, their similarities and differences, in order to enable the identification of the current model adopted in Brazil and analyze it critically, especially in respects operative standardization institutes and relevance given the precedents, showing thereby that the Brazilian system is syncretic and is in great dissonance with the two great systems in analysis. It is intended, yet, how is currently discussing the formation of judicial precedents and seek procedural adequacy of this trend to Democratic State of Law, notably the guidelines of due process, adopting, for this, as the theoretical framework the Constitutional Process Theory.

Keywords: Procedural Systems; Democratic State of Law; Constitutional Process.

¹ Mestranda em Direito Processual pela PUC Minas. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professora da FACSAL - Faculdade da Cidade de Santa Luzia.

1 INTRODUÇÃO

Percebe-se no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a Emenda Constitucional nº 45/2004, uma forte tendência à valorização dos precedentes judiciais, o que ocorre por meio das súmulas vinculantes, repercussão geral e recursos repetitivos, súmulas impeditivas de recurso e possibilidade de não conhecimento de recursos com amparo na jurisprudência dos Tribunais.

Não restam dúvidas da grande influência do sistema da *common law* no direito brasileiro, que tem absorvido conceitos dessa sistema no nosso sistema romano-germânico, originando, assim, um terceiro sistema sincrético, que mistura, de forma desordenada, noções de *civil law* e do *common law*, ocasionando graves problemas na noção de fundamentação das decisões e na interpretação do próprio direito.

Pretende-se, portanto, pelo presente trabalho, uma breve análise sobre as principais características dos dois grandes sistemas jurídicos da atualidade, o sistema da *common law* e o sistema da *civil law*, buscando, por conseguinte, também uma análise crítica de como tais sistemas tem se fundido no ordenamento jurídico brasileiro.

O que se pretende demonstrar é que o sistema brasileiro atual não representa diálogo ou convergência entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, mas sim de um verdadeiro sincretismo entre os dois sistemas, uma adoção desorganizada de um sistema que, apesar de pautado na codificação, tem cultuado os precedentes, como se fosse a única forma de fundamentação de uma decisão judicial e como se fosse fundamentação suficiente.

Diante de tais considerações, pretende-se demonstrar que conferir aos precedentes judiciais força, não só persuasiva, mas também vinculante não é ato incompatível com o sistema predominantemente romano-germânico, desde que seja garantida a legitimação democrática dos provimentos judiciais.

Utilizar-se-á, para tanto, da pesquisa aplicada-qualitativa-explicativa, através de estudo teórico-bibliográfico, partindo-se da consulta a livros de doutrinadores, principalmente, de Direito Constitucional, Teoria Geral do Processo e Direito Processual, na abordagem do

assunto. Valer-se-á, ainda da pesquisa documental, através da análise da Constituição Federal de 1988 e da legislação processual em vigor pertinente ao tema.

2 OBJETIVOS

Tendo em vista o tema que se pretende abordar, o objetivo geral do trabalho se resume em estudar os sistemas da *civil law* e *common law*, a fim de realizar uma análise crítica do atual sistema adotado pelo direito brasileiro, demonstrando a existência de um verdadeiro sincretismo entre os dois referidos sistemas e da inadequação deste terceiro sistema no Estado Democrático de Direito.

No desenvolvimento do tema, objetivar-se-á ainda, do ponto de vista do interesse geral e particular, o estudo sobre possíveis modificações no âmbito da realidade da utilização dos precedentes no direito brasileiro.

3 JUSTIFICATIVA

A presente pesquisa e composição de artigo justificam-se pela relevância prática e teórica do estudo sobre a interpretação do direito e das garantias fundamentais de natureza processual, tema que tem estreita correlação com o tema ora proposto: a utilização de precedentes no direito brasileiro.

Ademais, trata-se de questão de grande importância no Estado Democrático de Direito, principalmente pela aplicação do princípio da isonomia, do contraditório e da fundamentação das decisões, além da disciplina constitucional principiológica, na atividade de interpretação das normas jurídicas.

Portanto, trata-se de assunto relevante, pelo que é necessária sua análise, através de um debate teórico pautado no Direito Processual e na Hermenêutica Constitucional Democrática.

4 MARCO TEÓRICO

O presente trabalho será elaborado tendo como diretriz o estudo do Direito Processual

no Estado Democrático de Direito, ou seja, terá sua base teórica na Teoria Constitucionalista do Processo, segundo a qual “o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito” consagrando “os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional.” (BRÊTAS, 2010, p. 2010, p. 92).

5 BIBLIOGRAFIA BÁSICA IDENTIFICADA

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 252-282.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Judicial*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – Primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2009.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali Del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.
- TARUFFO, Michele. *Il Fatto e L'Interpretazione*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n 02, 195-208, jul./dez. 2010.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. Biblioteca Juridica Virtual Del Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM. Disponível em: www.juridicas.unam.mx.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo, Ano 35, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 99, n. 893, p. 33-45, mar. 2010.