

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI

**O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SISTEMAS MISTOS ENTRE
COMMON LAW E CIVIL LAW**

CURITIBA

2019

IGOR MAESTRELLI ZARNICINSKI

**O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SISTEMAS MISTOS ENTRE
COMMON LAW E CIVIL LAW**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção de nota na disciplina “Trabalho de Conclusão de Curso II — Direito” do Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki

CURITIBA

2019

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, pelo cuidado sempre presente, pelo apoio sempre constante e pela segurança proporcionada.

A meu pai, por me mostrar desde cedo o tanto que pode haver de maravilhoso na vida das ideias.

A meu irmão, pelo companheirismo ofertado desde a infância.

A meus colegas de sala e — acima de meros colegas — queridos amigos, Amanda Caroline Andriguetto Santos, Luan Nogueira Saltori, Mariana de Macedo Valentim e Bruno Luiz Karpstein Romanelli, pelo suporte mútuo, pela convivência diária e pela amizade que construímos.

A Monyse Elias Takaki, pelo carinho.

“Guardatevi dal dir loro che talvolta città diverse si succedono sopra lo stesso suolo e sotto lo stesso nome, nascono e muoiono senza essersi conosciute, incomunicabili tra loro. Alle volte anche i nomi degli abitanti restano uguali, e l’accento delle voci, e perfino i lineamenti delle facce; ma gli dèi che abitano sotto i nomi e sopra i luoghi se ne sono andati senza dir nulla e al loro posto si sono annidati dèi estranei. È vano chiedersi se essi sono migliori o peggiori degli antichi, dato che non esiste tra loro alcun rapporto, così come le vecchie cartoline non rappresentano Maurilia com’era, ma un’altra città che per caso si chiamava Maurilia come questa”.

Italo Calvino

O ordenamento jurídico brasileiro e os sistemas mistos entre common law e civil law

Igor Maestrelli Zarnicinski

RESUMO

Os sistemas jurídicos do mundo ocidental são usualmente categorizados como pertencentes a duas famílias jurídicas diversas: a tradição do *civil law* e a tradição do *common law*. Os percursos históricos de tais tradições têm grandes diferenças e isto levou a diferentes posições quanto às fontes do direito. Em especial, a estrutura hierárquica das fontes do direito é marcadamente diversa: tradicionalmente, de forma mais ortodoxa, é a lei que ocupa a posição superior no *civil law* e é o precedente que ocupa a posição superior no *common law*. Existem sistemas jurídicos mistos entre o *common law* e o *civil law*, contudo, que já usam o precedente como um sistema jurídico tipicamente do *common law* usaria, ao mesmo tempo que utilizam legislação positiva de natureza essencialmente de *civil law*. Alterações recentes no ordenamento jurídico brasileiro deram uma importância inaudita ao precedente. Em face destas alterações, buscou-se definir se o sistema jurídico brasileiro teria ingressado na família dos sistemas mistos entre *common law* e *civil law*, e chegou-se à conclusão de que não: o Brasil ainda está firmemente na família do *civil law*.

Palavras-chave: Sistemas mistos. Common law. Civil law. Direito brasileiro. Fontes do direito. Precedentes.

ABSTRACT

The legal systems of the Western nations are usually categorized under two distinct legal families: the civil law tradition and the common law tradition. The historic backgrounds of those traditions have major differences and that led to different positions regarding the sources of law. The hierarchical structure of the sources of law is particularly different between both: in an orthodox perspective, law is the superior source of law in the civil law tradition and precedent is the superior source of law in the common law tradition. There are, however, mixed legal jurisdictions between the common law and the civil law traditions which already use precedent as a typically common law legal system would, while applying positive legislation that is essentially civilian in its nature. Recent changes to the Brazilian legal system gave unheard of importance to precedent. Considering those modifications, this paper intended to establish whether the Brazilian legal system has become a mixed common law-civil law jurisdiction, and it concluded that no, it has not: Brazil still firmly belongs to the civil law tradition.

Keywords: Mixed jurisdictions. Common law. Civil law. Brazilian law. Sources of law. Precedent.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO, PROBLEMA E HIPÓTESE — O POSICIONAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O INCREMENTO DA COMUNICAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS.....	7
2	METODOLOGIA.....	8
3	OBJETIVOS.....	11
3.1	OBJETIVO GERAL — DEFINIR O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM OS SISTEMAS JURÍDICOS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW E ELABORAÇÃO DE TIPO IDEAL.....	11
3.2	OBJETIVO ESPECÍFICO — POSICIONAR O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
4	TRÊS TRADIÇÕES JURÍDICAS: CIVIL LAW, COMMON LAW E SISTEMAS JURÍDICOS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW.....	12
4.1	A TRADIÇÃO JURÍDICA DO CIVIL LAW.....	13
4.1.1	Percurso histórico da formação do civil law.....	13
4.1.2	O “tipo ideal” do civil law e seus elementos.....	17
4.2	A TRADIÇÃO JURÍDICA DO COMMON LAW.....	20
4.2.1	Percurso histórico da formação do common law.....	20
4.2.2	O “tipo ideal” do common law e seus elementos.....	23
4.3	A TERCEIRA FAMÍLIA JURÍDICA: SISTEMAS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW.....	26
4.3.1	Percurso histórico de formação dos diversos sistemas jurídicos mistos.....	26
4.3.2	O “tipo ideal” de sistema jurídico misto entre common law e civil law.....	29
5	O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
5.1	Percurso histórico de formação do direito brasileiro.....	34
6	CONCLUSÃO — O POSICIONAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	38
	REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO, PROBLEMA E HIPÓTESE — O POSICIONAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O INCREMENTO DA COMUNICAÇÃO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS

Os séculos XX e XXI foram e são cenário de um fenômeno sem precedentes em termos de escala e impacto: a globalização. Nas palavras de Octavio Ianni (2006, p. 13):

A descoberta de que a terra se tornou mundo, de que o globo não é mais apenas uma figura astronômica, e sim o território no qual todos encontram-se relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos — essa descoberta surpreende, encanta e atemoriza.

Neste contexto de encurtamento de distâncias geográficas e comunicativas, é visível que também as diferentes culturas têm maior oportunidade de “conversar” entre si, de dialogar, de efetuar empréstimos e trocas, por assim dizer. Como ainda nos diz Ianni (2006, p. 119):

Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global [...]. E o signo por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação [...].

O Direito, sendo também um fenômeno cultural, como demonstra toda a área da antropologia jurídica (VILLAS BÔAS FILHO, 2017), não escapa a essa comunicabilidade intensificada. Tendo isso em vista, é de se esperar que os ordenamentos jurídicos nacionais acabem por se tornar ordens cada vez mais matizadas, mais híbridas. Instituições e figuras típicas do direito de outros Estados começam a ser enxertadas, transplantadas para ordenamentos além das próprias fronteiras nacionais. Como ressalta Rodolfo Sacco (2001, p. 296):

[Á]reas sempre maiores do direito são edificadas em sede não nacional e, especialmente, supranacional e multinacional. Isto é verdadeiro para o mundo inteiro [...]. As normas européias [em particular] são criadas com aportes extraídos tanto de material continental quanto de material inglês — e às vezes o modelo é americano.

Tradicionalmente, no Ocidente, os sistemas jurídicos de cada nação são

agrupados dentro de dois grandes grupos de elevada notoriedade: o *civil law*, ou “sistema jurídico romanístico”, e o *common law*, como atesta Mario Losano (1988, p. 321-324). Todavia, o supracitado incremento da comunicação entre ordenamentos jurídicos nacionais — e entre sistemas jurídicos, conseqüentemente — leva o direito de cada Estado a transbordar para além da linha demarcatória do *civil law* e do *common law* “puros”.

Alan Uzelac (2010, p. 396) aponta que “as duas grandes famílias jurídicas do *civil law* e do *common law* estão convergindo, indubitavelmente. Sob alguns aspectos, não é sequer claro se suas diferenças são ainda significativas para qualquer propósito prático”¹. Pode-se notar, portanto, a possibilidade e mesmo a tendência do ordenamento jurídico dos mais diversos Estados a deixar de estar dentro do *common law* ou do *civil law*, para então ingressar dentro de uma terceira família jurídica: a dos sistemas mistos entre *common law* e *civil law*. Membros de alta notoriedade desse grupo peculiar são a África do Sul; a Escócia; o estado da Louisiana, nos Estados Unidos da América; Malta; a província do Québec, no Canadá; e as Filipinas (UNIVERSIDADE DE OTTAWA, 2018).

O Brasil, a seu turno, tem importado algumas instituições jurídicas que são típicas do *common law* — por exemplo, a ideia de precedentes vinculantes, semelhante ao *stare decisis*, que adentrou o direito positivo brasileiro com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (PUGLIESE, 2016, p. 97). Uma demanda que surge com alta obviedade é determinar qual o grau de hibridismo que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta na contemporaneidade. Teria o Brasil já ingressado na família dos sistemas jurídicos mistos entre *common law* e *civil law*?

2 METODOLOGIA

Em se tratando de tema de pesquisa que lida majoritariamente com a comparação entre diversos ordenamentos jurídicos (em específico) e entre diversos sistemas jurídicos (em geral), surge uma necessidade à qual não se pode escapar: a de empregar os instrumentos básicos do estudo comparatista em Direito, ou seja, de utilizar a metodologia do Direito Comparado.

¹ Tradução livre de: “The two great legal families of civil law and common law are undoubtedly converging. In certain aspects, it is not even clear whether their differences are still significant for any practical purpose”.

Algumas obras de referência podem servir de primeiro guia ao campo do Direito Comparado. No “Oxford Handbook of Comparative Law” (REIMANN, ZIMMERMAN, 2008), por exemplo, Nils Jansen (in: REIMANN, ZIMMERMAN, 2008, p. 305-388) discorre sobre a relação entre “conhecimento comparado”, em sentido amplo, e “Direito Comparado”, em sentido mais estrito. O Direito Comparado pode ser visto como um tema jurídico particular dentro do grande campo de estudos das disciplinas comparativas. Segundo Jansen (in: REIMANN, ZIMMERMAN, 2008, p. 306)²:

[Disciplinas comparativas] exploram as semelhanças e diferenças entre diversos fenômenos sociais ou culturais. Tal pesquisa sempre consiste em duas etapas, as quais devem ser claramente diferenciadas quando as analisamos. O comparatista deve primeiro compreender e descrever o fenômeno estrangeiro, antes de prosseguir e formular um sistema de semelhanças e diferenças que sirva como base para análise posterior. É somente neste segundo estágio que a comparação ocorre: este estágio é — junto com a análise de transferências ou “transplantes” — um dos dois métodos principais de pesquisa internacional e intercultural.

Em outra obra de referência, o “Cambridge Companion to Comparative Law” (BUSSANI, MATTEI, 2012), Mathias Reimann (in: BUSSANI, MATTEI, 2012, p. 13-34) estabelece relações entre o Direito Comparado e as disciplinas a ele adjacentes. Eis o que diz Reimann (in: BUSSANI, MATTEI, 2012, p. 14)³:

Provavelmente, a característica mais definidora do Direito Comparado é que ele faz juristas locais olharem para além de seu próprio sistema, em direção a outros. Neste aspecto, o Direito Comparado está proximamente relacionado a outros quatro campos: o estudo do Direito estrangeiro [...], Direito Internacional Privado [...], Direito Internacional Público [...], e, hoje, Direito Transnacional [...]. A diferença mais fundamental é a que separa o Direito Comparado de todos os outros: o Direito Comparado é um método de estudar Direito e um conjunto de conhecimento acadêmico acumulado,

2 Tradução livre de: “[Comparative disciplines] explore the similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena. Such research always consists of two ‘steps’, which should be clearly distinguished in analysis. The comparatist must first understand and describe the foreign phenomenon before proceeding to formulate a system of similarities and differences which can serve as a basis for further analysis. Only at this second stage does comparison come into play: it is — alongside the analysis of transfers or ‘transplants’ — one of the two main methods of international and intercultural research”.

3 Tradução livre de: “Probably the most defining feature of comparative law is that it makes domestic lawyers look beyond their own system to others. In this regard, comparative law is closely related to four other fields: the study of foreign law [...], private international law [...], public international law [...], and, today, transnational law [...]. The most fundamental difference is one that separates comparative law on the one hand from all the rest on the other: comparative law is a method of studying law and a stock of academic knowledge, while the other ‘international’ disciplines consist (at least largely) of positive legal rules”.

enquanto as outras disciplinas “internacionais” consistem (em larga medida) de normas jurídicas positivas.

Similarmente, Rodolfo Sacco (2001, p. 24) afirma que é um pressuposto para a comparação o reconhecimento da existência de uma pluralidade de modelos jurídicos — todavia, não é este mero reconhecimento a finalidade do comparatista. Para Sacco, se a comparação “concentra a sua atenção sobre esses múltiplos modelos, o faz para estabelecer em que medida os modelos são idênticos, e em que medida são diferentes”.

Pode-se, aqui, retomar Nils Jansen, acima aludido, como marco teórico para o método comparatista. Qual o significado de “comparação”, de “similaridade” e de “diferença”? Para Jansen (in: REIMANN, ZIMMERMAN, 2008, p. 310), afirmar simplesmente, por exemplo, que duas pessoas quaisquer “são similares” é um enunciado quase sem significado: tais afirmações, via de regra, querem realmente dizer que tais pessoas compartilham de uma mesma qualidade, ou que se comportam de maneira análoga.

Assim, segundo Jansen, “proposições verdadeiramente comparativas, em sua forma mais simples, delimitam uma relação triádica entre dois objetos e uma determinada qualidade, o *tertium comparationis*”. Em essência, portanto, e ainda conforme o mesmo autor (JANSEN, in: REIMANN, ZIMMERMAN, 2008, p. 336, grifos no original)⁴:

Comparação é o processo de construir relações de similaridade e dessemelhança. Enquanto a comparação *classificatória* reflete e *categoricamente* aplica um *tertium comparationis*, a comparação *qualificatória* relaciona-se a um *tertium comparationis* ‘T’ compartilhado. Aqui, a avaliação da semelhança baseia-se no grau de ‘T’ dos objetos comparados. *Comparações complexas* são avaliações de semelhança familiar baseadas em um apanhado de comparações classificatórias e qualificatórias.

Há uma maneira de tornar compreensíveis (e factíveis de realização) as comparações complexas. Ordinariamente, o grande número de operações diferentes envolvidas as inviabilizaria. Todavia, sempre conforme Jansen (in: REIMANN,

4 Tradução livre de: “Comparison is the process of constructing relations of similarity and dissimilarity. Whereas *classifying* comparison reflects and *categorically* applies a *tertium comparationis*, *qualifying* comparison relates to a *shared tertium comparationis* T; here judgments of similarity are based on the compared objects’ degree of T. *Complex comparisons* are judgments of family-similarity based on a bundle of classifying and qualifying comparisons”.

ZIMMERMAN, 2008, p. 336-337)⁵:

Comparações complexas podem ser racionalizadas pela formulação de *tertia comparationis* na forma de tipologias de tipos ideais. Tais tipologias estruturam a descrição de similaridades e dessemelhanças e, portanto, permitem que tanto peculiaridades individuais quanto generalidades comuns sejam levadas em conta enquanto graus de desvio ou correspondência para com um padrão comum.

A partir disto, o caminho metodológico a ser percorrido para responder à hipótese proposta — teria o ordenamento jurídico brasileiro se tornado um sistema misto entre *common law* e *civil law*? — torna-se claro. É preciso que se descreva o tipo ideal de um sistema jurídico misto entre *common law* e *civil law*, tal qual exposto na literatura especializada, para então utilizar esse tipo ideal como *tertium comparationis* na comparação com o Brasil. Elaborado este tipo ideal, poder-se-á analisar se o sistema brasileiro converge ou diverge dele, e em que grau.

3 OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GERAL — DEFINIR O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM OS SISTEMAS JURÍDICOS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW E ELABORAÇÃO DE TIPO IDEAL

Há literatura especializada — estrangeira, quase exclusivamente — que já se debruçou sobre os ordenamentos jurídicos identificados como pertencentes à família dos sistemas jurídicos mistos entre *common law* e *civil law*. Assim, após revisão da metodologia básica de direito comparado, e após a definição das características elementares dos sistemas do *common law* e do *civil law*, perseguir-se-á uma definição do que são e como funcionam os sistemas jurídicos mistos, híbridos.

Com base no rol das características encontradas, poder-se-á verificar de que maneira, exatamente, os sistemas mistos são mistos: quais características adotam de um e de outro modelo? Qual dinâmica assumem os elementos tomados de

5 Tradução livre de: “Complex comparisons may be rationalized by formulating *tertia comparationis* in the form of ideal-type typologies. Such typologies structure the description of similarities and dissimilarities and thus allow both individuals peculiarities and general commonalities to be accounted for as degrees of deviation from or correspondence with a common standard”.

empréstimo, por assim dizer, quando trabalham em conjunto? Descritos de forma ordenada, sistêmica, poder-se-á justamente elaborar um tipo ideal do sistema jurídico misto, a ser usado de *tertium comparationis* com o Brasil.

3.2 OBJETIVO ESPECÍFICO — POSICIONAR O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A afirmação corrente é a de que o Brasil pertence ao *civil law* (LOSANO, 1988, p. 326-327; PUGLIESE, 2016, p. 24). De fato, a preponderância que se dá no Direito brasileiro à lei positiva e aos Códigos, sua história como colônia de um país europeu continental, e o fato de ser um país latinoamericano, todos esses são fatores que induzem a classificar o Brasil como um país inequivocamente dentro do *civil law*.

Todavia, como já mencionado anteriormente, alguns desenvolvimentos relativamente recentes permitem matizar a posição brasileira no grande esquema das famílias jurídicas globais: como exemplos, pode-se mencionar a adoção dos precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, e a “aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* no âmbito da Jurisdição Constitucional” (BARBOZA, 2011, p. 16). Tendo isto em vista, cabe reenquadrar o Brasil dentro do sistema de *civil law* e buscar os elementos híbridos que há dentro do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando definir se este passou a integrar a família dos sistemas jurídicos mistos ou não.

4 TRÊS TRADIÇÕES JURÍDICAS: CIVIL LAW, COMMON LAW E SISTEMAS JURÍDICOS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW

A elaboração e descrição de tipos ideais de sistemas jurídicos pode ser realizada ao se empregar a noção de “tradição jurídica” — esta noção originou-se “quando acadêmicos combinaram perspectivas comparativas e históricas, debruçando-se sobre as grandes culturas jurídicas do mundo, tal qual moldadas por seu desenvolvimento”⁶ (REIMANN, in: BUSSANI, MATTEI, 2012, p. 23).

6 Tradução livre de: “when scholars combined comparative and historical perspectives by looking at the great legal cultures of the world as they are shaped by their development”.

Como foi dito acima, os tipos ideais “estruturam a descrição de similaridades e dessemelhanças” (JANSEN, in: REIMANN, ZIMMERMAN, 2008, p. 336-337). Analisar tradições (ou famílias) jurídicas é analisar noções, atitudes e comportamentos jurídicos historicamente consistentes, reiterados no tempo. Para René David, Camille Jauffret-Spinosi e Marie Goré (2016, p. 16), a noção de família jurídica serve de recurso para “avaliar semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes direitos”⁷. Assim, cada família/tradição jurídica servirá de tipo ideal a ser utilizado na comparação.

Passa-se, portanto, à descrição da família jurídica do *civil law* e da família jurídica do *common law* para, então, conceituar e descrever a família jurídica dos sistemas mistos entre *common law* e *civil law*. Quanto ao *civil law* e ao *common law* em específico, utilizar-se-á a visão de um observador exterior, tanto quanto possível: desta forma, a obra de referência majoritariamente empregada aqui para descrever o *civil law* foi escrita por um jurista do *common law*. Similarmente, em sentido reverso, as obras de referência majoritariamente empregadas para descrever o *common law* foram escritas por juristas do *civil law*.

4.1 A TRADIÇÃO JURÍDICA DO CIVIL LAW

4.1.1 Percurso histórico da formação do civil law

As origens do *civil law* remontam ao direito romano — de fato, essa tradição jurídica é denominada, por vezes, de “família jurídica romano-germânica” (DAVID et al., 2016, p. 17). Segundo Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 6), o *civil law* é algo como um mosaico jurídico, com diversas subtradições jurídicas dentro de si, como o direito privado romanístico, o direito canônico, o direito comercial, a tradição jurídica revolucionária iluminista e a doutrina jurídica (ou ciência do direito). Em decorrência do papel introdutório desta descrição que se faz da formação histórica do *civil law*, é a análise de apenas três dessas subtradições que se faz necessária: a subtradição do direito privado romano, a subtradição jurídica revolucionária iluminista e a subtradição da doutrina jurídica.

7 Tradução livre de: “on y recourt [à la notion de famille de droits] pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits”.

A subtradição do direito privado romano (“Roman civil law”, nas palavras de Merryman e Pérez-Perdomo) é a mais velha dentre as que conjuntamente compõem o *civil law*, e remonta diretamente ao direito romano quando de sua compilação e codificação pelo emperador Justiniano no século VI d.C., em seu *Corpus Juris Civilis*. Ainda conforme os mesmos autores, a ideia de “direito privado” dentro do *civil law* refere-se a áreas jurídicas específicas: “direitos da personalidade, direito de família, de herança, direitos da propriedade, responsabilidade civil, enriquecimento ilícito, contratos e os remédios jurídicos através dos quais os interesses dentro de tais categorias são judicialmente protegidos”⁸ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 6).

Os três primeiros livros das *Institutas* de Justiniano (“Das Pessoas, Das Coisas”, “Das Obrigações”) e os grandes códigos civis do século XIX lidam todos com estas mesmas áreas de direito material. Segundo Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 6), uma marca distintiva do *civil law* é a crença de que estas categorias de direito material (ou seja, o “direito privado”) guardam relação entre si, formando o conteúdo fundamental do sistema jurídico. Todavia, os elementos de direito privado romano que subsistem até hoje no *civil law* não são iguais aos da época de Justiniano, evidentemente.

Após sua “vulgarização” com a queda do Império Romano do Ocidente, o direito romano — em particular sua manifestação no *Corpus Juris Civilis* — foi retomado na Itália, em Bolonha, a partir do século XI. Em pouco tempo, Bolonha e outras universidades italianas assumiram um papel central para o direito no Ocidente. “Homens vinham de toda a Europa para estudar direito à maneira das universidades italianas. O direito estudado era o *Corpus Juris Civilis*, e a linguagem comum de estudo era o latim”⁹ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 10).

Ao retornar para seus países de origem, aqueles que haviam estudado na Itália levaram consigo sua educação jurídica de base romanística, influenciando seus sistemas jurídicos nacionais. Nas palavras de Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 11)¹⁰:

8 Tradução livre de: “the law of persons, the family, inheritance, property, torts, unjust enrichment, and contracts and the remedies by which interests falling into these categories are judicially protected”.

9 Tradução livre de: “Men came from all over Europe to study law as taught in the Italian universities. The law studied was the *Corpus Juris Civilis*, and the common language of study was latin”.

10 Tradução livre de: “By one means or another, the Roman civil law was received throughout a large

De uma forma ou de outra, o direito privado romano foi recepcionado através de grande parte da Europa ocidental, nas nações que agora abrigam a tradição do civil law [...]. O direito privado romano é a epítome da mais velha, mais contínua, mais detalhadamente estudada e (na opinião dos juristas do civil law) mais básica parte da tradição do civil law.

Se foi com estas raízes que o direito privado se desenvolveu na tradição do *civil law*, foi em outro solo que o direito público cresceu. O Ocidente foi tomado de assalto no século XVIII por uma grande revolução, e não apenas no sentido de uma reviravolta sociopolítica súbita e repentina — uma revolução intelectual também estava em curso. Conforme relata Michel Vovelle (2007, p. 17):

[U]ma ampla corrente de ideias [...] toma conta da Europa. De Nápoles a Milão [...]. Vozes importantes também se fizeram ouvir da Inglaterra à Alemanha. Na França, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot, cada um com seu estilo, fizeram ressoar a voz da filosofia. Contra a intolerância religiosa e em defesa das liberdades, contra o arbítrio do absolutismo e em defesa de um regime político em que os cidadãos, protegidos por uma Constituição, participam da administração do Estado.

É nesta revolução intelectual que estão as origens fundamentais do direito público na tradição do *civil law*, com impacto crítico sobre a organização e a administração do sistema jurídico, e também sobre as regras de direito tanto material quanto processual. Ela se compunha de variadas correntes e de múltiplos vetores: direito natural, separação de poderes, racionalismo, estatismo e nacionalismo. Estas diferentes forças acabaram por determinar a orientação específica que a tradição do *civil law* assumiu (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 19)¹¹:

A ênfase na separação de poderes [...] limitou o juiz a um papel processual relativamente reduzido. A teoria dos direitos naturais levou a uma ênfase exagerada em direitos individuais de propriedade e de contratação, e a uma distinção agudíssima entre direito público e privado. Glorificação do Estado, nacionalismo e racionalismo combinaram-se para produzir uma teoria peculiar ao civil law quanto ao que é o direito e para determinar a forma e o

part of Western Europe, in the nations that are now the home of the civil law tradition [...]. Roman civil law epitomizes the oldest, most continuously and thoroughly studied, and (in the opinion of civil lawyers) most basic part of the civil law tradition”.

11 Tradução livre de: “The emphasis on separation of powers [...] limited the judge to a relatively minor role in the legal process. The theory of natural rights led to an exaggerated emphasis on individual rights of property and contract and to an oversharpe distinction between public and private law. Glorification of the state, nationalism, and rationalism combined to produce a peculiar civil law theory of what law is and to determine the form and style of the basic codes”.

estilo dos códigos básicos.

Essa “teoria peculiar ao *civil law*” quanto à ontologia do direito levou a uma estrutura sua própria das fontes do direito. Antes de se definir os elementos básicos da tradição do *civil law* e de se esboçar seu tipo ideal, contudo, faz-se necessária a análise da terceira subtradição jurídica acima aludida: a subtradição da doutrina jurídica.

Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 57) chegam a afirmar que “[o] professor-doutrinador é o verdadeiro protagonista da tradição do *civil law*. O *civil law* é um direito dos professores”¹². O protagonismo dos estudiosos, dos acadêmicos, dos doutrinadores nesse sistema jurídico é um fenômeno também muito antigo. Os jurisconsultos romanos — especialistas em direito que não detinham um cargo oficial, mas aconselhavam pretores e juízes — são responsáveis por grande parte das seções mais importantes do *Corpus Juris Civilis*, especialmente o Digesto (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 58).

Ainda segundo os mesmos autores, é possível entender a relevância dos doutrinadores na tradição do *civil law* ao se analisar como futuros juristas recebem sua educação em direito (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 60-61)¹³:

Historicamente, juristas do *civil law* obtinham sua educação em universidades, através de professores de direito, e a partir do século XVIII o método empregado foram as palestras de professores. Os tratados sistemáticos das escolas jusnaturalista e de direito internacional não cediam espaço para a discussão de casos ou para debates. [Os tratados] apenas tinham de ser explicados. O mesmo aconteceu quando o direito foi codificado e os códigos ocuparam o centro do ensino, no século XIX. A autoridade do professor-palestrante (e, frequentemente, autor de livros) era suprema. A ciência jurídica — originalmente uma inovação alemã, posteriormente adotada em outros ordenamentos jurídicos nacionais — acentuou o caráter sistemático do direito e da doutrina jurídica. No século XX, livros mais curtos (cursos e manuais) deram tratamento sistemático a

12 Tradução livre de: “[t]he teacher-scholar is the real protagonist of the civil law tradition. The civil law is a law of professors”.

13 Tradução livre de: “Historically, civil lawyers were educated at the university by law professors, and from the eighteenth century onward, the method was the professors’ lectures. The systematic treatises of the school of natural and international law do not leave room for the discussion of cases or for discussion at all. They just have to be explained. The same happened when the law was codified and the codes occupied the center of teaching in the nineteenth century. The authority of the professor-lecturer (and frequently book author) is supreme. The legal science, originally a German innovation that was later adopted by other civil law jurisdictions, accentuated the systematic character of law and legal scholarship. In the twentieth century, shorter books (précis or manuals) gave systematic treatment to specific branches of the law and gradually replaced the old treatises. Across these changing forms, the literature produced by the professor-scholars tends to give the image of law as a well-organized system of norms”.

ramos específicos do direito e gradualmente suplantaram os velhos tratados. Através dessas formas em mutação, a literatura produzida pelos professores-doutrinadores tende retratar o direito como um sistema bem-organizado de normas.

A influência dos professores, dos doutrinadores e dos acadêmicos é, assim, enorme. Eles esculpem a matéria-prima formal do direito em um modelo ideal de sistema jurídico, alterando a forma que assume a tradição jurídica do *civil law*. Nenhum operador do direito escapa de ser influenciado pela doutrina, quer seja legislador, administrador, juiz ou advogado. É este modelo ideal do sistema jurídico que é ensinado pelos professores aos estudantes de direito. “Assim, embora a doutrina não seja uma fonte formal do direito, ela carrega imensa autoridade” (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 62).

Após esta breve exposição do percurso histórico essencial do *civil law* em três das subtradições que o compõem, passar-se-á a expor seus elementos essenciais e à elaboração de um “tipo ideal” que sintetize esse sistema jurídico.

4.1.2 O “tipo ideal” do civil law e seus elementos

Leontin-Jean Constantinesco, em seu “Tratado de Direito Comparado”, diz que nem todos os elementos contidos dentro de um dado ordenamento jurídico têm a mesma importância. Segundo o autor, há elementos fungíveis e elementos determinantes: estes últimos “exprimem, individualmente e, sobretudo, conjuntamente, os sistemas de princípios e de valores e as finalidades teleológicas da ordem jurídica em questão” (CONSTANTINESCO, 1998, p. 332). São estes elementos determinantes que identificam o ordenamento jurídico sob análise, que lhe conferem individualidade e *determinam* sua estrutura básica, sua morfologia.

São estes elementos determinantes que permitem, em última instância, a classificação de diferentes ordenamentos jurídicos sob as mesmas categorias, sob um mesmo modelo ou família. Constantinesco (1998, p. 341-342) sumariza a questão:

[Q]uaisquer que sejam as diferenças, duas ordens jurídicas devem ser consideradas como tipologicamente aparentadas e classificadas no mesmo sistema quando os seus elementos determinantes se assemelharem. Vice-versa, qualquer que seja a sua semelhança, dois ordenamentos serão sistemas jurídicos distintos se seus elementos determinantes se opuserem

uns aos outros.

O mesmo autor enumera alguns dos elementos que considera determinantes em um ordenamento jurídico: concepção de direito, papel do direito, relação entre o direito e realidade, concepção de Estado, papel do Estado, fontes do direito e sua hierarquia, interpretação das leis e do direito, noções e categorias jurídicas fundamentais (CONSTANTINESCO, 1998, p. 335-336). Neste estudo, como áreas de contraposição entre as tradições do *civil law* e do *common law*, concentrar-se-á fundamentalmente em dois destes elementos determinantes: as fontes do direito e sua hierarquia, e a interpretação das leis e do direito.

Quanto às fontes do direito, historiadores do direito apontam que as grandes mudanças que se operaram no século XVIII e suas consequências jurídicas foram, em verdade, o ponto culminante de um longo processo histórico que se iniciou no século XIV, no despertar da Renascença. Paolo Grossi (2005, p. 49) afirma que, do século XIV em diante, os detentores da soberania estatal progressivamente compreenderiam a importância potencial do direito para o embate político.

Desta forma, o Estado soberano buscará sempre mais controlar a esfera jurídica. Ainda segundo Grossi (2005, p. 43-45), “[o] Príncipe se torna sempre mais um legislador; conseqüentemente, o direito se torna sempre mais legislativo”. A codificação do direito é onde desembocará esta tendência. Similarmente, Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 23) relatam que “o positivismo de Estado, tal qual expressado no dogma da soberania absoluta interna e externa do Estado, conduziu a um monopólio estatal na produção do direito”¹⁴.

A forte ênfase que se dará à separação de poderes no mundo pós-revolucionário demandará que os poderes Legislativo e Judiciário tenham divisões bem demarcadas entre si. Pode-se notar, logo, que (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 23, grifo nosso)¹⁵:

[A] familiar teoria de common law do stare decisis — isto é, do poder e da obrigação dos tribunais de embasarem suas decisões em decisões prévias — é obviamente inconsistente com a separação de poderes tal qual

14 Tradução livre de: “state positivism, as expressed in the dogma of the absolute external and internal sovereignty of the state, led to a state monopoly in lawmaking”.

15 Tradução livre de: “[T]he familiar common law doctrine of stare decisis — that is, the power and obligation of courts to base decisions on prior decisions — is obviously inconsistent with the separation of powers as formulated in civil law countries and is therefore rejected by the civil law tradition. Judicial decisions are not law”.

formulada nos países de civil law e é, portanto, rejeitada pela tradição do civil law. Decisões judiciais não são lei.

As fontes do direito adotadas pelos sistemas jurídicos ortodoxos de *civil law* estariam, logo, limitadas somente à legislação, aos regulamentos e aos costumes. Estas fontes do direito também são dispostas em uma estrutura hierárquica, na ordem em que foram mencionadas acima: “[u]ma lei prevalece sobre um regulamento que lhe seja contrário. Tanto uma lei quanto um regulamento prevalecem sobre um costume que lhes seja inconsistente”¹⁶ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 24).

O advento do constitucionalismo adicionou um novo nível hierárquico a esta estrutura das fontes do direito, visto que constituições escritas exigem rigidez funcional e não deve ser possível alterá-las através do processo legislativo ordinário. As fontes do direito na tradição do *civil law* se tornam, então, em ordem hierárquica descendente, a constituição, a legislação, os regulamentos e o costume. Mais de uma razão levou à rejeição das decisões judiciais como fonte do direito: aceitá-las como fonte parecia ser uma posição inconsistente com o dogma da separação de poderes, e havia uma forte desconfiança revolucionária quanto aos juízes.

A revolução limitou vigorosamente os poderes judiciais. Cabe apontar que “[a] doutrina do *stare decisis* foi rejeitada. Uma expressão extrema do dogma da separação dos poderes legislativo e judiciário foi a concepção de que juízes não deveriam interpretar leis que fossem incompletas, conflitantes ou incertas”¹⁷ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 36) — juízes deveriam sempre buscar soluções na própria legislação, nas leis em si.

Conseqüentemente, “[n]a teoria, ao menos, ainda que o mais alto tribunal tivesse já se pronunciado quanto à questão e indicado uma perspectiva clara quanto à solução devida, a vara judicial mais baixa naquele ordenamento jurídico poderia decidir de forma diferente”¹⁸ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 47). Neste ponto da exposição, já estão disponíveis os materiais necessários para delimitar um

16 Tradução livre de: “[a] statute prevails over a contrary regulation. Both a statute and a regulation prevail over an inconsistent custom”.

17 Tradução livre de: “[t]he doctrine of *stare decisis* was rejected. An extreme expression of the dogma of separation of the legislative and judicial powers was the notion that judges should not interpret incomplete, conflicting or unclear legislation”.

18 Tradução livre de: “[i]n theory, at least, even though the highest court has already spoken on the question and indicated a clear view of its proper resolution, the lowest court in the jurisdiction can decide differently”.

tipo ideal de sistema jurídico da tradição do *civil law*, o que se faz no quadro abaixo.

QUADRO 1 — TIPO IDEAL DE SISTEMA JURÍDICO DO *CIVIL LAW*

<p>Percurso histórico</p>	<p>Os sistemas de <i>civil law</i> recebem forte influência do direito privado romano e tem o direito civil ou direito privado como elemento nuclear do ordenamento jurídico.</p> <p>As revoluções do século XVIII e XIX e o iluminismo marcaram profundamente os sistemas jurídicos de <i>civil law</i>, em especial quanto à sua concepção de separação de poderes e ao papel que atribuem aos juízes.</p> <p>Os professores e doutrinadores de direito têm grande relevância na sistematização e compreensão do direito.</p>
<p>Fontes do direito e sua hierarquia</p>	<p>Após o constitucionalismo, as fontes do direito na tradição do <i>civil law</i> são, em ordem hierárquica descendente, a constituição, a legislação, os regulamentos e o costume.</p>
<p>Interpretação das leis e do direito</p>	<p>O <i>stare decisis</i> é rejeitado. Juízes não devem interpretar autonomamente lacunas ou contradições normativas, e devem buscar soluções na própria legislação, nas leis em si.</p>

4.2 A TRADIÇÃO JURÍDICA DO COMMON LAW

4.2.1 Percurso histórico da formação do common law

A tradição jurídica do *common law* tem em si algo da própria geografia da Inglaterra, seu local de origem. A Inglaterra é uma ilha separada do continente europeu pelo mar, e também seu sistema jurídico manteve-se insular, apartado dos sistemas da Europa continental. Muito embora o direito inglês não seja o único exemplo de *common law* no mundo contemporâneo, “ele ainda é hoje, para muitos países, um modelo, a partir do qual se pode tomar distância no que concerne vários detalhes e certos assuntos, mas que é ainda em geral respeitado e levado em

consideração”¹⁹ (DAVID et al., 2016, p. 243).

As tendências históricas que levaram a este caráter único do ordenamento jurídico inglês — ou seja, do *common law* em si — podem ser reconduzidas a um acontecimento inaugural: a conquista da Inglaterra pelos normandos (GROSSI, 2016, p. 78). Segundo René David et al. (2016, p. 245), há quatro grandes períodos na história do direito na Inglaterra. O primeiro é o período antes da conquista normanda da Inglaterra, até o ano de 1066. O segundo é o período de 1066 até o advento da dinastia Tudor, o qual testemunhou a formação do *common law*.

O terceiro período, de 1485 a 1832, tem como sua particularidade o desenvolvimento da *equity* como um sistema jurídico paralelo ao *common law*. O quarto período se estende de 1832 em diante e corresponde ao período moderno do direito inglês. Quanto à conquista da Inglaterra pelos normandos, ressalta-se que ela estabeleceu no país um poder político centralizado e com estrutura unitária: “este centralismo não está limitado ao âmbito político, contudo, e também tem impactos diretos na esfera jurídica”²⁰ (GROSSI, 2016, p. 79).

O *common law* que será criado a partir da conquista normanda é *common*, *comum* pois se aplica a todos os homens livres no reino, através das cortes reais recém-criadas e estabelecidas em Londres. O novo direito comum gradualmente substitui o antigo direito consuetudinário local, já que as novas cortes ganham a preferência do povo, visto que ofereciam uma justiça mais eficiente. O recém-criado *common law* é também, na verdade, um tipo de direito consuetudinário, “mas em um sentido muito específico: o costume que é fonte deste direito não nasce do comportamento da população em geral, mas do comportamento dos próprios juízes”²¹ (LOSANO, 1988, p. 170).

Do ano 1100 em diante, excetuando-se a Escócia, este direito seria aplicado de forma uniforme em toda a Grã-Bretanha por juízes itinerantes que atuavam em nome do rei. O procedimento legal a ser seguido seria tentar obter uma ordem real escrita, um *writ*, obrigando o réu a se apresentar perante a corte, para então provar

19 Tradução livre de: “le droit anglais continue de nos jours, pour nombre de pays, à constituer un modèle, dont on pourra sans doute sur bien des points et en certain domaines s’écarter, mais que l’on continue, de façon générale à prendre en considération et à révéler”.

20 Tradução livre de: “questo centralismo non si limita alla sfera politica, ma investe direttamente anche quella giuridica”.

21 Tradução livre de: “[e]sso è dunque un diritto consuetudinario, ma in un senso particolare: la consuetudine che è fonte di questo diritto nasce non dal comportamento popolare, bensì da quello dei giudici”.

que quem se encontrava em erro era este réu, que ele não tinha razão. Era necessário que houvesse, contudo, “uma correspondência entre o tipo de *writ* e o pedido [...]. Se não houvesse um tipo de *writ* certo que fornecesse uma solução para o problema específico, a ação não poderia ser proposta (*‘no writ, no remedy’*)”²² (LOSANO, 1988, p. 173).

À primeira vista, este pode parecer ser um sistema jurídico demasiadamente rígido, levando eventualmente ao surgimento de injustiças. Os poderes que o rei possuía, todavia, evitavam tais problemas, pois ele tinha liberdade para criar *writs* conforme enxergasse necessidade (LOSANO, 1988, p. 173). A preferência que as pessoas passaram a demonstrar pelas cortes reais em desfavor das cortes locais, contudo, fez com que os senhores feudais, em um particular momento de poderio político, exercessem pressão sobre o rei Henrique III, em 1258, para que proclamasse as Provisões de Oxford. As Provisões restringiam todas as espécies de *writs* somente àquelas que já existissem antes de 1258.

Isto limitou o *common law* em sua evolução, e o rei Eduardo I tentou abrandar a rigidez do ordenamento jurídico com a proclamação, em 1285, do Estatuto de Westminster II, o qual admitia a possibilidade de novos tipos *writs* serem concedidos a litigantes, ainda que com algumas restrições (LOSANO, 1988, p. 173-174). O crescimento dos poderes do rei eventualmente conduziram à extinção das cortes feudais locais — com isto, “[a]o núcleo original do common law (constituído pelo direito penal e pelo direito da propriedade), adicionou-se o direito contratual e a responsabilidade civil extracontratual”²³ (LOSANO, 1988, p. 174).

Não obstante, desde a conquista normanda existia a possibilidade de se apelar diretamente ao rei contra decisões prolatadas pelas cortes reais. Segundo Mario G. Losano (1988, p. 174-175)²⁴:

22 Tradução livre de: “[v]i doveva essere una corrispondenza tra il tipo di *writ* e la richiesta [...]. Se non era previsto un certo tipo de *writ* che ponesse riparo ad una certa situazione, l’azione non era proponibile (*‘no writ, no remedy’*)”.

23 Tradução livre de: “[a]l nucleo originario del Common Law (costituito dal diritto penale e dal diritto della proprietà) si aggiunsero i contratti e la responsabilità extracontrattuale (*torts*)”.

24 Tradução livre de: “In seguito la decisione di questi casi venne delegata al Lord Cancelliere, che era ad un tempo il segretario e il cappellano del re: egli tendeva quindi a decidere i casi in base a norme più morali che giuridiche. Per questo la sua giurisdizione si chiamò di *equity*. L’essere svincolata dalle norme giuridiche impresso all’*equity* un forte impulso quando il Common Law venne frenato dalle Provisions of Oxford e dallo Statute of Westminster II: infatti per l’*equity* non valeva la restrizione sui tipi di *writs*. Questo sviluppo portò l’*equity* non soltanto a supplire, ma anche a entrare in concorrenza con il Common Law”.

A decisão quanto a estas apelações foi eventualmente delegada ao Lorde Chanceler, que era simultaneamente o secretário e o capelão do rei: ele tendia a decidir os casos com base em normas mais morais do que jurídicas. Por isso, sua atividade jurisdicional foi chamada de *equity*. Estar desatrelada das normas jurídicas concedeu à *equity* um forte impulso quando o common law foi freado pelas Provisões de Oxford e pelo Estatuto de Westminster II: de fato, para a *equity* não valia a restrição quanto aos tipos de *writs*. Esse desenvolvimento levou a *equity* não apenas a suplementar, mas também a entrar em concorrência com o common law.

Eventualmente, *common law* e *equity* foram unificados através do *Judicature Act* de 1873. Foi estabelecido que ambos os tipos de direito seriam aplicados pelos mesmos tribunais, os quais dariam, então preferência à *equity* quando houvesse algum conflito entre os dois direitos. Tratando-se tanto de *common law* quanto de *equity*, contudo, uma característica central permanece constante: acima de tudo, estas são espécies de direito criadas por juízes. Assim, passa-se à discussão quanto aos elementos do *common law* e quanto ao seu tipo ideal.

4.2.2 O “tipo ideal” do common law e seus elementos

Como se fez com relação à tradição jurídica do *civil law*, concentrar-se-á a análise do *common law* em dois dos elementos determinantes de um sistema jurídico: as fontes do direito e sua hierarquia, e a interpretação das leis e do direito. Quanto às fontes do direito, a tradição do *common law* é uma tradição de direito jurisprudencial, criado por juízes. Segundo David et al. (2016, p. 293), “[o] direito inglês, elaborado durante a história pelas Cortes de Westminster (*common law*) e pela Corte de Chancelaria (*equity*), não é somente por suas distantes raízes um direito jurisprudencial [...]. Ele é, de forma típica, um direito jurisprudencial (de *case-law*) [...]”²⁵.

Ao longo da história do *common law*, a legislação positiva sempre teve papel secundário. Losano (1988, p. 177) relata que “[a]s fontes do direito britânico são, em ordem crescente de importância, o costume, a lei e os precedentes judiciais”²⁶. Mesmo que tenha crescido recentemente a relevância atribuída à legislação de

25 Tradução livre de: “[l]e droit anglais, élaboré dans l’histoire par les Cours de Westminster (*common law*) et par la Cour de Chancellerie (*equity*), n’est pas seulement par ses origines lointaines un droit jurisprudentiel [...]. Il est, de façon typique, un droit jurisprudentiel (*case-law*) [...]”.

26 Tradução livre de: “[l]e fonti del diritto britannico sono, in ordine crescente di importanza, la consuetudine, la legge e i precedenti giudiziari”.

forma geral, o precedente ainda é a mais importante fonte do direito. Os juízes sempre interpretaram a legislação de forma restritiva, por exemplo, limitando seu alcance e sua interferência sobre o *common law*.

Na perspectiva de um *common lawyer*, o legislador está mal posicionado: por mais que ele busque elaborar leis mais e mais detalhadas, cada vez mais casuísticas, ele não está no lugar (privilegiado) do juiz. As disposições legislativas “não serão plenamente assimiladas ao sistema do direito inglês enquanto não forem repisadas e reafirmadas pelas cortes, nas condições normais de elaboração do *common law*”²⁷ (DAVID et al., 2016, p. 290). Quanto ao papel do precedente e das decisões judiciais no direito inglês, David et al. (2016, p. 302) asseveram o seguinte²⁸:

O papel da jurisprudência na Inglaterra não foi o de apenas aplicar, mas sim o de proclamar regras jurídicas [...]. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser obedecidas, sob pena de destruir qualquer certeza e de comprometer a própria existência do *common law*. A obrigação de se ater às regras que foram postas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é intrínseca à lógica de um sistema de direito jurisprudencial.

Desta forma, toda vez que um juiz se encontrar diante de um caso concreto, a primeira questão a ser levantada é se um caso análogo já não foi decidido anteriormente. Todavia, nem tudo que há em uma decisão judicial é capaz de criar um precedente. O que é verdadeiramente um precedente, com força vinculante, é apenas a sua *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é “[o] motivo pelo qual um juiz decidiu naquele sentido”²⁹ (LOSANO, 1988, p. 180), é “aquilo que é a base necessária para a decisão”³⁰ (DAVID et al., 2016, p. 304).

O que mais que esteja contido em uma decisão, mas não seja sua *ratio decidendi*, é denominado *obiter dicta*³¹, isto é, observações incidentais, aquilo que o juiz possa ter declarado sem absoluta necessidade. Todavia, em sua sentença, o juiz

27 Tradução livre de: “ne seront pleinement assimilées au système du droit anglais que lorsqu’elles auront été reprises et réaffirmées par les cours, dans les conditions d’élaboration normales de la *common law*”.

28 Tradução livre de: “Le rôle de la jurisprudence n’a pas été seulement en Angleterre d’appliquer, mais bien de dégager les règles du droit [...]. Les règles que les décisions judiciaires ont posées doivent être suivies, à peine de détruire toute certitude et de compromettre l’existence même de la *common law*. L’obligation de s’en tenir aux règles qui ont été posées par le juges (*stare decisis*), de respecter les précédents judiciaires, est dans la logique d’un système de droit jurisprudenciel”.

29 Tradução livre de: “[il] motivo per cui il giudice ha deciso in quel senso (*ratio decidendi*)”.

30 Tradução livre de: “ce qui est le support nécessaire de la décision”.

31 *Obiter dicta* é expressão no plural; o singular é *obiter dictum*.

do *common law* não determina precisamente o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dicta*: a determinação do que é um e do que é outro cabe aos juízes posteriores, a quem se apresentará o precedente anterior como aplicável ao caso que julgam. Nas palavras de David et al. (2016, p. 304)³²:

Um juiz terá quase sempre a possibilidade de se desvincular do precedente invocado, porque ele poderá frequentemente estimar que os fatos justificadores da regra de direito aplicada ao primeiro caso são diferentes dos fatos da situação que ele tem de julgar presentemente; e que, como consequência, a decisão anterior não constitui um precedente obrigatório.

Esta é a técnica do *distinguishing* (ou da distinção), e ela é a técnica fundamental do direito inglês (DAVID et al., 2016, p. 305 e 319), permitindo que o direito se adapte e evolua, gradualmente. Aqui, já estão disponíveis os materiais necessários para delimitar um tipo ideal de sistema jurídico da tradição do *common law*, o que se faz no quadro na página seguinte.

32 Tradução livre de: “Un juge aura presque toujours la possibilité de s’écarter du précédent invoqué car il pourra le plus souvent estimer que les faits qui ont justifié la règle de droit dans la première affaire sont différents des faits de l’espèce qu’il a à juger ; qu’en conséquence l’arrêt antérieur ne constitue pas un précédent obligatoire”.

QUADRO 2 — TIPO IDEAL DE SISTEMA JURÍDICO DO *COMMON LAW*

<p>Percurso histórico</p>	<p>O <i>common law</i> evoluiu na Inglaterra, separadamente do direito continental europeu, com alguns grandes marcos históricos: conquista normanda da Inglaterra, desenvolvimento do <i>common law</i>, desaparecimento das cortes feudais locais, desenvolvimento paralelo da <i>equity</i>, fusão do <i>common law</i> e da <i>equity</i>.</p> <p>A jurisprudência teve sempre um papel dominante, deixando a legislação e o legislador em segundo plano.</p>
<p>Fontes do direito e sua hierarquia</p>	<p>Em ordem decrescente de importância, as fontes do direito são os precedentes judiciais, a lei e o costume.</p>
<p>Interpretação das leis e do direito</p>	<p>A lei é interpretada de forma restritiva, de forma a não afetar o <i>common law</i>. Juízes são obrigados a decidir casos análogos em conformidade com precedentes já estabelecidos. A técnica do <i>distinguishing</i> permite que extraia o verdadeiro precedente (<i>ratio decidendi</i>) de uma decisão, para verificar sua aplicabilidade ao caso concreto.</p>

4.3 A TERCEIRA FAMÍLIA JURÍDICA: SISTEMAS MISTOS ENTRE COMMON LAW E CIVIL LAW

4.3.1 Percurso histórico de formação dos diversos sistemas jurídicos mistos

A maior parte dos sistemas jurídicos mistos surgiu em localidades que foram, no passado, colônias eventualmente transferidas por suas metrópoles para a Grã-Bretanha ou para os Estados Unidos. É a influência destes dois países que deu origem aos elementos de *common law* que há nos sistemas mistos. Ao se olhar para seus elementos de *civil law*, porém, prontamente se pode perceber que “esses sistemas são de influência francesa, espanhola, holandesa ou italiana, e suas personalidades e estilos são bastante peculiares, em decorrência”³³ (PALMER, 2014,

³³ Tradução livre de: “these systems are French-, Spanish-, Dutch-, or Italian-influenced and their personalities and styles are quite distinctive as a result”.

p. 5).

A prosperidade e o declínio, a sorte e os infortúnios das grandes potências coloniais não foram as únicas causas de miscigenação entre sistemas jurídicos, contudo. Ao discorrer sobre os fatores que levaram à hibridez jurídica na África do Sul, na Escócia, na Louisiana, no Québec, em Porto Rico, nas Filipinas, em Botswana, em Malta e em Israel, Vernon Valentine Palmer (2014, p. 25-26) asseverou o seguinte (grifo nosso)³⁴:

Os nove ordenamentos mistos neste estudo encontram seu momento definidor em uma de quatro situações históricas. A primeira [destas situações] ocorreu durante a era colonial, quando um poder soberano de civil law transferiu uma possessão ultramarina a uma potência colonial de common law. **Transferências intercoloniais** foram bastante numerosas ao longo dos séculos XVIII e XIX e serviram de gatilho para a formação de misturas entre civil law e common law na África do Sul, no Québec, em Malta, nas Filipinas, em Porto Rico e na Louisiana. Uma forma ligeiramente diferente de adquirir um direito misto ocorreu ao fim do século XIX, **quando a lei do Cabo foi estendida, como um corpo, para os territórios adjacentes da Grã-Bretanha na África**. Assim, o direito já anteriormente misto do Cabo se tornou o direito comum da Botswana, da Suazilândia, do Zimbábue e da Namíbia. Uma terceira situação histórica se apresentou no início do século XVIII. **A Escócia adquiriu um sistema jurídico estruturalmente misto ao fundir sua soberania com aquela da Bretanha pelo Act of Union de 1707**. Uma quarta situação se desenvolveu, então, na segunda metade do século XX. O sistema jurídico de Israel foi hibridizado durante sua era de pós-independência, não por uma transferência de soberania, mas **em virtude de mudanças demográficas e culturais internas à sua própria sociedade**. Assim, a história demonstra haver múltiplas circunstâncias que podem gerar um sistema jurídico misto.

Esta citação pode ser resumida da seguinte maneira: existem essencialmente quatro formas historicamente observadas através das quais um ordenamento jurídico pode se tornar misto. Em um primeiro cenário, um determinado sistema jurídico deve ser dominado por uma metrópole colonial de *civil law*, para

34 Tradução livre de: "The nine mixed jurisdictions in this study trace their defining moment to one of four historical situations. The first occurred during the colonial era, when a civil law sovereign transferred an overseas possession to a common law colonial power. Intercolonial transfers during the eighteenth and early nineteenth century were quite numerous and served as the triggering event for fashioning civil law/common law mixtures in South Africa, Quebec, Malta, the Philippines, Puerto Rico, and Louisiana. A slightly different means of acquiring mixed laws occurred in the late nineteenth century, when the law of the Cape was extended, bodily, into surrounding British territories in Africa. In this manner the previously mixed laws of the Cape became the common law of Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe and Namibia. A third historical situation presented itself in the early eighteenth century. Scotland acquired a structurally mixed system by merging its sovereignty with that of Britain under the Act of Union of 1707. Then a fourth situation developed in the second half of the twentieth century. Israel's legal system was hybridized during the post-independence era not because of a transfer of sovereignty but because of an internal demographic and cultural shift within society itself. Thus, history reflects that there are various circumstances that prompt the birth of the mixed jurisdiction".

então ser transferido para uma metrópole de *common law* (esta última sendo ou os Estados Unidos, ou a Grã-Bretanha). Em um segundo cenário, um sistema jurídico deve estar sob domínio de um poder colonial — então, este poder impõe um sistema jurídico misto à possessão colonial.

Terceiro cenário, um ordenamento jurídico de *civil law* funde sua própria soberania com aquela de um Estado de *common law*, como a Escócia o fez. Quarto cenário, um sistema jurídico de *common law* escolhe realizar uma sobreposição do direito privado do *civil law* sobre uma base preexistente de *common law*, fundando um sistema jurídico misto “ao contrário”, como Israel o fez (PALMER, 2014, p. 38-39).

Dentre as quatro possibilidades historicamente atestadas, apenas as duas últimas parecem ter alguma possibilidade de acontecer novamente. Esses dois exemplos são o produto de escolhas, de algum modo, na medida em que entidades tão abstratas quanto nações podem escolher: “[d]e fato, pode-se dizer que Israel e Escócia livremente *escolheram* se tornar híbridos e o fizeram enquanto países independentes. Os outros exemplos usualmente agiram sob diferentes graus de compulsão”³⁵ (PALMER, 2014, p. 5).

Independentemente de suas variadas origens históricas, todos os sistemas jurídicos mistos supracitados apresentam características similares. As tradições do *common law* e do *civil law* aparentam, neste aspecto, se comportar da mesma forma que água e óleo quando misturados: sempre que se encontram em um único recipiente, o resultado é igual. A água fica por baixo, e o óleo vai para cima.

De forma similar, elementos de *civil law* e elementos de *common law* ocupam lugares específicos uns com relação aos outros no interior de cada ordenamento jurídico misto, como uma característica estrutural de tais sistemas. Caso outros ordenamentos jurídicos se tornem mistos-por-escolha, então, tal qual o fizeram Israel e Escócia, pode-se esperar que os elementos de *civil law* e os elementos de *common law* se acomodem no mesmo arranjo em que se acomodaram em ocasiões passadas, ou seja, que adotem disposições estruturais análogas.

35 Tradução livre de: “[i]ndeed, one might say Israel and Scotland freely chose to become hybrid and did so as independent countries. The others usually acted under varying degrees of compulsion”.

4.3.2 O “tipo ideal” de sistema jurídico misto entre common law e civil law

Como se fez com relação às duas tradições jurídicas anteriormente examinadas, concentrar-se-á a análise dos sistemas jurídicos mistos entre *common law* e *civil law* em dois de seus elementos determinantes: as fontes do direito e sua hierarquia, e a interpretação das leis e do direito. Todavia, antes que se inicie tal análise, é necessário expor algumas características peculiares aos sistemas mistos, sem as quais não é possível compreender o funcionamento de suas fontes do direito, nem sua maneira de interpretar as leis e o direito.

Sistemas jurídicos mistos, na acepção empregada neste estudo, possuem três características que lhes são próprias, de ordem qualitativa, quantitativa e estrutural. A primeira característica está relacionada à “qualidade” da mistura de elementos jurídicos. No estudo presente, sistemas mistos são aqueles “construídos sobre fundações duais, com matérias primas de common law e de civil law”³⁶ (PALMER, 2014, p. 8). Outras misturas de diferentes matérias-primas (direito indígena, direito religioso) podem ser encontradas alhures, e o são, mas o hibridismo em estudo presentemente é especificamente aquele entre elementos de *civil law* e de *common law*.

Em segundo lugar, há um aspecto quantitativo à miscigenação jurídica em tais sistemas. Pode-se dizer que não há sistemas jurídicos verdadeiramente puros — todo e qualquer ordenamento possui elementos híbridos. Todavia, a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais possui vínculos óbvios e sólidos com uma única das duas grandes famílias do *civil law* e do *common law*, apenas. Em sistemas jurídicos mistos, por sua vez, para cada instituto, princípio ou regra, há duas possibilidades de vinculação a uma família jurídica.

Posto de outra forma, ao se olhar para o ordenamento jurídico francês, por exemplo, não é comum se perguntar se o elemento a ser analisado é proveniente do *common law* ou do *civil law*. Supõe-se (e com razão) que os elementos do direito francês são de *civil law*; uma norma com origem no *common law* dentro do direito francês é uma exceção. No Québec, todavia, é perfeitamente natural se perguntar se uma determinada norma tem origem no *common law* ou no *civil law*, pois há grandes quantidades de elementos oriundos de ambas as tradições jurídicas.

36 Tradução livre de: “which are built upon dual foundations of common law and civil law materials”.

É uma questão quantitativa: sistemas jurídicos “puros” possuem pouquíssimos elementos importados, e quase todos os institutos, princípios e regras pertencem a uma única família jurídica. Sistemas jurídicos mistos são claramente bijurídicos, e é possível perceber quando se faz uma transição interna entre áreas da tradição do *civil law* e áreas da tradição do *common law* (PALMER, 2014, p. 9). Em suma, sistemas mistos têm uma alta quantidade de elementos cujas origens são obviamente diferentes, de tal maneira que há claras fronteiras jurídicas internas. Não existem tais fronteiras em sistemas jurídicos “puros”.

Em terceiro lugar, existe uma clara divisão estrutural nos sistemas mistos. Em todos os exemplos existentes, seus componentes de *civil law* encontram-se limitados ao âmbito do direito privado. Há clara distinção em tais sistemas, então, entre o direito privado (continental europeu, com origens de *civil law*) e o direito público (anglo-americano, com origens no *common law*) (PALMER, 2014, p. 9-10). Explicando com maior riqueza de pormenores esta terceira característica, de ordem estrutural, Vernon Valentine Palmer fornece os seguintes detalhes (2014, p. 9-10, grifo nosso)³⁷:

Para o observador casual, **o âmbito do direito privado pode assemelhar, em muitos dos sistemas mistos, ter a aparência externa de um sistema de civil law “puro”**. Tal âmbito contém os direitos da personalidade, o direito de família, de propriedade, das sucessões, o direito das obrigações — que os juristas de civil law concebem como englobando a área de contratos, negócios jurídicos e de responsabilidade civil [...]. **Em contraste com o âmbito privatista, o direito público de um sistema misto aparentará ser tipicamente anglo-americano**. As tradições britânica e estadunidense evidentemente diferem em muitos aspectos no que concerne à forma constitucional, mas o direito público concordará, em linhas gerais, quanto aos princípios da separação dos poderes, da independência judicial, do *judicial review* sobre a atuação estatal, do devido processo legal, da liberdade de expressão, e da garantia de não ser submetido a prisão e revista arbitrários.

Neste ponto, é importante ressaltar que os métodos através dos quais os juízes chegam a suas decisões são determinados pelo direito processual. O direito

37 Tradução livre de: “To the casual observer, the private law sphere may, in many mixed jurisdictions, have the outward appearance of a “pure” civil law. It contains the law of persons, family law, property, succession law, and obligations which the civilians conceive to embrace all of contract, quasi-contract, and delict [...]. In contrast to the civilian sphere, the public law in a mixed jurisdiction will appear to be typically Anglo-American. British and American traditions differ of course in many respects as to constitutional form, but this law will broadly agree upon the principles of separation of powers, the independence of the judge, judicial review of governmental acts, due process of law, free speech, and freedom from arbitrary search and arrest”.

processual é uma parte do direito público, certamente, já que disciplina “a atuação dos órgãos e agentes jurisdicionais, que integram o Poder Público e exercem poder estatal” (WAMBIER, TALAMINI, 2016, p. 47). Ao se referir às transferências intercoloniais aos britânicos e aos estadunidenses, anteriormente mencionadas, Luiz Muñiz Argüelles (in: PALMER, MATTAR, KOPPEL, 2016, p. 37) afirma (grifo nosso)³⁸:

Por diversas razões, portanto, **os britânicos e os estadunidenses escolheram respeitar o direito privado local e concentrar seu imperialismo jurídico sobre o direito público — isto é, sobre o direito constitucional, administrativo e processual, e sobre a organização judiciária**, arenas onde batalhas políticas por maior controle seriam travadas.

Similarmente, eis o que relata Michele Graziadei (in: REIMANN, ZIMMERMANN, 2008, p. 453, grifo nosso)³⁹:

Por múltiplas razões históricas, [os sistemas jurídicos mistos] encontram-se geralmente endividados para com seu legado de civil law no que concerne seu direito privado, e **endividados para com seu legado da tradição jurídica anglo-americana no que concerne seu direito público e constitucional, incluindo aí o direito processual e a organização judiciária**.

Considerando que o direito processual é direito público, portanto, é possível estimar que juízes e tribunais em sistemas jurídicos mistos atuariam da mesma forma que fariam em um sistema de *common law* “puro”: juízes raciocinariam “proximamente de caso a caso”⁴⁰ e iriam “construir um *corpus* jurídico que vincularia juízes no futuro a decidir casos similares de forma similar, através da doutrina do *stare decisis*”⁴¹ (MERRYMAN, PÉREZ-PERDOMO, 2018, p. 34). Mesmo que a realidade dos sistemas mistos não possua sempre contornos tão claros, o precedente judicial de fato exerce uma função relevante em tais ordenamentos.

38 Tradução livre de: “For diverse reasons, therefore, the British and Americans chose to respect local private law and concentrate their legal imperialism on public law — that is, on constitutional and administrative law and on judicial organization and procedure, the arenas where political battles of control were to be fought”.

39 Tradução livre de: “For a variety of historical reasons, [mixed jurisdictions] are often indebted primarily to their civilian heritage for the foundations of their private laws and to the Anglo-American legal tradition for their constitutional and public law, including court structure and procedure”.

40 Tradução livre de: “closely from case to case”.

41 Tradução livre de: “build a body of law that binds subsequent judges, through the doctrine of stare decisis, to decide similar cases similarly”.

Aqui, passa-se a examinar com maior detalhismo as fontes do direito e sua hierarquia nos sistemas jurídicos mistos. O precedente assume diferente importância em sistemas mistos conforme a perspectiva empregada, a depender da adoção de um ponto de vista prático ou de um ponto de vista teórico. Palmer (2014, p. 55) afirma que “se generaliza com precisão ao afirmar que a jurisprudência pode ser vista como uma fonte de direito *de facto* em todos os sistemas jurídicos mistos”⁴². O mesmo autor ainda relata que “poucos negam a imensa utilização de decisões judiciais na educação jurídica, na busca pelo direito aplicável e na interpretação da lei positiva”⁴³ (PALMER, 2014, p. 55).

Na prática, portanto, o precedente é uma fonte do direito nos sistemas mistos, em oposição aos sistemas ortodoxos de *civil law* que negam à *case law*, à jurisprudência um verdadeiro *status* de expressão autônoma do direito. Pontos problemáticos surgem no deslocamento a um nível mais teórico. O papel do precedente dentre as fontes do direito e na teoria do direito é um tema fortemente debatido nos sistemas mistos. A doutrina não chega a um consenso ao apontar qual lugar a jurisprudência deveria ocupar dentre as fontes do direito reconhecidas, se é que deveria ocupar algum lugar — especialmente porque “em alguns ordenamentos há um claro desencontro entre a teoria e a prática”⁴⁴ (PALMER, 2014, p. 55).

Sistemas codificados em especial, como o Québec, Porto Rico, Malta ou a Louisiana, tendem *a priori* a negar que a jurisprudência seja uma expressão autônoma do direito, ainda que a observação da prática implique que a força normativa do precedente não é de maneira alguma reduzida pela ausência de um *status* formal de fonte do direito. Sistemas de *civil law* não-codificado, contudo, como a Escócia, a África do Sul e o Botswana, abertamente acolhem os precedentes judiciais como uma fonte explícita do direito, hierarquicamente inferior somente à lei em si.

A despeito destes debates teóricos, a posição geral nos sistemas mistos é a de que a força do precedente “assenta-se em algum ponto entre o legado original do *civil law*, que atribuía pouco ou nenhum valor às decisões judiciais enquanto fonte do direito, e a perspectiva ingressante, anglo-americana, que encara tais decisões

42 Tradução livre de: “it is an accurate generalization to say that the jurisprudence may be called a *de facto* source of law in all the mixed jurisdictions”.

43 Tradução livre de: “few deny the immense reliance upon judicial decisions in legal education, law finding, and statutory interpretation”.

44 Tradução livre de: “in a number of jurisdictions there is a clear gap between theory and practice”.

como o direito em si, como a própria lei”⁴⁵ (PALMER, 2014, p. 57). Uma das características mais marcantes dos sistemas jurídicos mistos está na obediência vertical ao precedente, isto é, à observância de decisões anteriores dos tribunais superiores pelos tribunais inferiores. Conforme Vernon Valentine Palmer (2014, 63, grifo nosso)⁴⁶:

Se colocarmos Malta de lado, o efeito vertical do *stare decisis* é geralmente estrito em sistemas mistos. **Os tribunais inferiores observam um dever quase-absoluto de obediência aos precedentes dos tribunais superiores.** Uma decisão única (e não uma série de decisões) já é suficiente para impor tal obrigação, mesmo nos sistemas codificados onde ideias de civil law quanto ao precedente ainda estejam em circulação.

Neste ponto, estão disponíveis já as informações necessárias para a elaboração de um “tipo ideal” parcial dos sistemas jurídicos mistos entre *common law* e *civil law*, disponível na página seguinte.

45 Tradução livre de: “falls somewhere in the middle between the original civilian heritage which attributed little or no value to judicial decisions as legal sources and the incoming Anglo-American view which treated decisions as the law itself”.

46 Tradução livre de: “If we put Malta to one side, the vertical effect of stare decisis is generally strict in the mixed jurisdictions. The lower courts observe a quasi-absolute duty of obedience to the precedents of the highest courts. A single decision as opposed to a series is sufficient to impose this obligation, even in codified systems where civilian ideas of precedent may still be in circulation”.

QUADRO 3 — TIPO IDEAL DE SISTEMA JURÍDICO MISTO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

<p>Percurso histórico</p>	<p>Os sistemas jurídicos mistos entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> são, frequentemente, fruto do passado colonial de seus países. Historicamente, eles surgiram de quatro formas: transferências intercoloniais, imposição do sistema misto por uma metrópole à sua colônia, fusão de soberanias nacionais, e sobreposição voluntária de sistemas jurídicos por parte de um Estado.</p> <p>Em qualquer hipótese, o resultado prático é o mesmo: o direito público de um sistema misto é de <i>common law</i>, e o direito privado é de <i>civil law</i>. Há hibridez tanto qualitativa, quanto quantitativa e estrutural.</p>
<p>Fontes do direito e sua hierarquia</p>	<p>Em ordem decrescente de importância, as fontes do direito são a lei, os precedentes, os regulamentos e o costume.</p>
<p>Interpretação das leis e do direito</p>	<p>Há obediência vertical aos precedentes anteriores, ou seja, cortes inferiores devem observar os precedentes de cortes superiores. A jurisprudência tem um papel importante na interpretação do direito positivo e, quando não é uma fonte formal do direito, é uma fonte <i>de facto</i>.</p>

5 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 Percurso histórico de formação do direito brasileiro

O Brasil é ordinariamente visto como um país pertencente à tradição do *civil law*. Merryman e Pérez-Perdomo (2018, p. 1), por exemplo, afirmam que “a França, a Alemanha, a Itália e a Suíça possuem seus próprios ordenamentos jurídicos, assim como a Argentina, o Brasil e o Chile. É verdade que todos estes países são frequentemente chamados de nações ‘de civil law’, e nós tentaremos [...] explicar o porquê faz sentido agrupá-los de tal modo”⁴⁷. De forma similar, Mario G. Losano (1988, p. 325-327) fornece dois mapas, um primeiro agrupando os diferentes

⁴⁷ Tradução livre de: “France, Germany, Italy and Switzerland have their own legal systems, as do Argentina, Brazil and Chile. It is true that they are all frequently spoken of as ‘civil law’ nations, and we try [...] to explain why it makes sense to group them together in this way”.

sistemas jurídicos de todo o globo sob quatro categorias diferentes, e então um segundo mapa categorizando a variedade de sistemas jurídicos existentes nas Américas do Sul, Central e do Norte. Em ambos os mapas, o Brasil encontra-se sob a categoria de “sistema jurídico romanístico” (“sistema giuridico romanistico”).

A história do *civil law* brasileiro evidentemente não é, contudo, a mesma história do *civil law* continental europeu. O direito brasileiro é profundamente marcado pelo período colonial do país. Boris Fausto (2015, p. 38) reitera a afirmação usual: a história do Brasil colônia vai do ano 1500, com a chegada de Cabral, até a Independência, em 1822. Em traços largos, pode-se observar a história da colonização brasileira pelas atividades econômicas desenvolvidas no Brasil em períodos diversos. Primeiramente, a exploração do açúcar, com base no “latifúndio monocultor e exportador de base escravista” (CARVALHO, 2015, p. 24). A partir do século XVII, também a exploração do ouro passou a ter importância. A pecuária também teve relevo, desde os primórdios da colonização, como atividade econômica subsidiária (CARVALHO, 2015, p. 25).

A partir do século XV, portanto, com o início das grandes empreitadas coloniais, “os europeus levaram o seu direito para outras zonas do mundo” (HESPANHA, 2012, p. 277). Este não foi, contudo, um processo puramente unilateral, de imposição do direito europeu e de sujeição passiva dos povos colonizados. A expansão do direito europeu foi “fenômeno muito complexo, em que as transações jurídicas se efetuam nos dois sentidos, em que a violência se combina com a aceitação” (HESPANHA, 2012, p. 277-278). Especialmente no caso lusitano, o império ultramarino português se constituiu de forma mais flexível, pragmática. Nas palavras de António Manuel Hespanha (2012, p. 283, grifo nosso):

Em suma. Ao contrário do que acontecia com os impérios clássicos, como o da Espanha, fundado sobre o domínio homogêneo de um território e integrado numa estratégia régia de reputação da Coroa, **o império português obedecia a uma lógica mais pragmática e económica, fundada sobre a autonomia e a modularidade das partes componentes, sobre uma economia dos custos políticos assente num aparente não-governo e sobre uma pluralidade de fontes de regulação, desigualmente hegemônicas** pela regulação do direito metropolitano.

Desta forma, vigorava no império, em princípio, o direito português, tal qual disposto “nas *Ordenações*, legislação real e doutrina vigentes no real” (HESPANHA,

2012, p. 285). Todavia, este direito não era aplicado automaticamente, nem de forma genérica, independentemente das circunstâncias de cada situação fática que se apresentasse. Em realidade, o direito português e o direito indígena em cada território ultramarino eram compatibilizados através de dois princípios: “o da personalidade do direito e o da ligação entre direito e soberania territorial. O primeiro predominava nas questões de estatuto pessoal, o segundo nas questões relacionadas com o estatuto político ou com os bens imóveis” (HESPANHA, 2012, p. 287).

Quanto ao direito no Brasil colonial, Hespanha (2012, p. 296) relata que o direito metropolitano passou por metamorfoses, sendo “apropriado pelas comunidades locais e suas elites, bem como [...] adaptado às circunstâncias locais pelos tribunais e juízes da terra”. Pode-se dizer que há uma grande permanência do direito colonial português no ordenamento brasileiro — conforme afirma José Reinaldo de Lima Lopes (in: WOLKMER, 2012, p. 535), o processualista Tulio Ascarelli dizia só ter sido capaz de entender o sistema jurídico brasileiro após ter estudado as Ordenações Filipinas. Todavia, ainda que se leve em conta as transformações brasileiras operadas sobre o direito português, eis o que diz Lopes (in: WOLKMER, 2012, p. 535-536):

Entre 1500 e 1822 as formas aqui implantadas foram essencialmente as portuguesas. Estas nunca foram totalmente uniformes, e os 300 anos de vida colonial acompanharam o surgimento do Estado moderno, em oposição permanente às instituições judiciais e legais do sistema corporativista.

Cabe lembrar que, na Europa, o Estado Nacional foi sendo gradativamente construído e também gradativamente foi monopolizando a produção jurídica, pondo-se como fonte única de todo o direito, fenômeno este a que já se aludiu acima. Esta centralização do poder engendrou um período revolucionário, também já citado, com propósitos explicitamente constitucionais. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Thiago dos Santos Acca (2019, p. 263-264, grifo nosso):

Exigir constituições significava tornar claras as relações de poder dentro do Estado, definindo funções, competências etc. Junto com as constituições vieram as declarações de direitos, logo em seguida incorporadas nas próprias constituições. O constitucionalismo organizou-se, portanto, como uma disciplina jurídica do Estado, garantido a estrutura do poder político e

seus limites em face dos cidadãos. [...] **[T]ambém os antigos domínios ou reinos de Portugal e Espanha na América tiveram que constituir-se. Aqui, porém, o Estado não estava pronto, já que em última instância os centros das monarquias não estavam em território americano.**

O Estado-nação não estava pronto na América, pois os centros das monarquias não estavam neste continente. Há uma particularidade da história brasileira, neste quesito. Em 1808, escapando às guerras napoleônicas, a família real portuguesa transfere-se para o Brasil. Lilia Moritz Schwarcz e Heloisa Murgel Starling (2015, p. 182) atestam o inusitado do acontecimento: “[o] que estava acontecendo era realmente novo, não tinha como haver sido imitado: a colônia transformava-se em sede da metrópole”. Junto a esta reviravolta, “o processo de construção do Estado Nacional no Brasil veio no emaranhado do constitucionalismo, do liberalismo, do nacionalismo e do fim do regime colonial que se processava nas primeiras décadas do século XIX” (LOPES et al., 2019, p. 264).

Foram transplantadas as instituições de Portugal, numa tentativa de reproduzir a estrutura administrativa lusa no Brasil, numa complexa operação “tanto de sobreposição e fusão quanto de adequação, tudo de acordo com as Ordenações” (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 182). Embora houvesse já instituições no Brasil quando aqui aportou a família real, a transferência da corte para o outro lado do Atlântico complexificou a situação. Além, “tantas mudanças ampliavam, de quebra, as condições de autonomia local” (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 182). Essa autonomia, cada vez maior, levaria eventualmente à própria independência do Brasil (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 222):

[O] Sete de Setembro representa um momento simbólico destacado de um longo processo de ruptura iniciado até antes da vinda da corte, e que levou, ao fim e ao cabo, a uma solução monárquica, implantada bem no meio das Américas. Cercado de repúblicas por todos os lados, o Brasil colocaria no centro do poder um rei, ou melhor, um imperador, para espanto e desconfiança dos vizinhos latino-americanos [...]. O evento é expressão visível de uma série de tensões e arranjos que se colavam à crise do sistema colonial e do absolutismo, tão característicos do fim do período moderno. Era todo o Antigo Regime que se desintegrava, e com ele as bases do colonialismo mercantilista.

Nesse período, um grande impulso é dado ao direito brasileiro. Os primeiros cursos jurídicos do Brasil são criados em 1827, em Olinda e São Paulo (LOPES et al., 2019, p. 299). Após formadas as primeiras turmas de juristas brasileiros, começa

o grande florescer da cultura jurídica nacional, no Segundo Reinado (de 1840 a 1889). É durante o Império que o arcabouço jurídico nacional começará a ser efetivamente construído. Aqui, a adesão ao modelo de *civil law* já é evidente. Tinha-se como necessária a elaboração de códigos, por exemplo — a Constituição de 1824 determinava a elaboração de um Código Civil e de um Código Criminal. Embora este último tenha sido publicado já em 1830, foi necessário “esperar quase um século para a promulgação de um Código Civil. No direito privado, durante o Império e início da República vigiam as *Ordenações Filipinas* e legislação esparsa, que foram reunidas na *Consolidação das Leis Civis* por Teixeira de Freitas” (LOPES et al., 2019, p. 302).

O advento da República no Brasil também traz consigo marcas de uma cultura jurídica de *civil law*, com uma visão restritiva da atividade judicial. Conforme afirmam Lopes et al. (2019, p. 424):

Se hoje é possível conceber a atividade do Poder Judiciário também como foro de discussão de políticas públicas, a função judicante era então majoritariamente concebida como adjudicação em face de disputas individuais: ao Estado-juiz só era dado intervir quando duas partes, incapazes de chegar a um bom termo em torno de uma disputa juridicamente relevante, o provocassem para resolver o impasse.

Após este panorama de alguns pontos centrais do desenvolvimento do direito brasileiro, passar-se-á à conclusão, onde será discutido o posicionamento atual do sistema jurídico brasileiro entre as grandes famílias jurídicas, em face de alterações legislativas recentes.

6 CONCLUSÃO — O POSICIONAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Recentemente, o Brasil passou por uma grande mudança em seu direito processual civil, em virtude da promulgação, em 2015, de um novo Código de Processo Civil. Este Código de Processo Civil trouxe consigo várias novidades, especialmente com relação a uma das maiores diferenças entre sistemas jurídicos da tradição do *civil law* e da tradição do *common law*: ele introduziu a ideia de *stare decisis* no direito brasileiro pela via legislativa, estabelecendo obediência obrigatória de varas e tribunais inferiores a “precedentes vinculantes” dos tribunais superiores,

criando também maior inércia para que os tribunais possam revogar precedentes oriundos de decisões anteriores.

Com relação a este enxerto legislativo do *stare decisis* no direito brasileiro, um dos dispositivos mais importantes do CPC/2015 é seu artigo 927, que identifica quais tipos de precedentes são agora vinculantes para juízes e tribunais. O mesmo artigo também estabelece diretrizes quanto à maneira de atuação de juízes e tribunais perante precedentes: o que fazer quando um tribunal superior modifica ou revoga um precedente (efetua o *overruling*)? Quando e como um tribunal pode modificar ou revogar um precedente? Por sua importância para o tema presente, uma transcrição completa do referido artigo 927 segue abaixo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

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

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

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

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

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

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

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

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O que foi afirmado acima deve, agora, ser recapitulado: em um mundo altamente globalizado, é natural a expectativa de que sistemas jurídicos nacionais tornem-se gradualmente mais e mais mistos, híbridos. Institutos jurídicos estão sendo transplantados, enxertados em sistemas jurídicos estrangeiros. O *stare*

decisis, contudo, não foi introduzido no direito processual civil brasileiro sem que houvesse uma razão. Esse transplante específico ocorreu porque essa ferramenta do *common law* parecia apta a resolver um antiquíssimo impasse do direito brasileiro: a ausência de segurança jurídica, ou melhor, a insegurança jurídica.

O Código de Processo Civil de 2015 é acompanhado de uma “exposição de motivos”, uma declaração dos objetivos e propósitos da nova legislação. Alguns trechos dessa declaração revelam muito das razões para a adoção do *stare decisis* (BRASIL, 2015, p. 27):

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos [...]. Prestigiou-se [...] tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e estabilize.

Assim, atribuir força vinculante aos precedentes era algo visto pelos doutrinadores brasileiros (e também por aqueles responsáveis pela redação do novo CPC) como uma solução para os problemas da insegurança e incerteza jurídicas no Judiciário brasileiro. A incapacidade do mero texto legal para criar segurança jurídica tornou-se mais e mais um fato a ser reconhecido e enfrentado. Foi nesse contexto que o *stare decisis* foi introduzido no direito brasileiro, ainda que através da legislação. Advogados, juízes, juristas como um todo, todavia, nada obstante sua educação jurídica de *civil law*, teriam de aprender (e ainda tem de aprender, em muitos aspectos) a como trabalhar com esse instituto de *common law* recém-transplantado.

Com relação ao que se espera dos juízes brasileiros em termos de comportamento futuro ao decidir, William Soares Pugliese (2016, p. 96) afirma:

A princípio, estas regras apenas contribuem para que a fundamentação das decisões seja mais completa, mas seus efeitos vão muito mais além [...]. Arguiu-se que, a partir de fatos considerados pela lei como materiais, é possível identificar o entendimento do tribunal a respeito de uma determinada matéria. Assim, concluiu-se que a partir da explicitação dos fatos e das soluções jurídicas dos casos (*ratio decidendi*) os juízes conferem materialidade às leis. Sustentou-se que o magistrado brasileiro deve identificar os fatos relevantes alegados pelas partes e, a partir deles, solucionar o caso aplicando a norma prevista em lei. Com isso, a decisão resolve o caso e também preenche as lacunas deixadas pelas normas.

A despeito desse transplante de *common law*, todavia, é possível atestar com firmeza que o Brasil não ingressou, repentinamente, na família dos sistemas jurídicos mistos entre *common law* e *civil law*. O ordenamento jurídico brasileiro permanece dentro da tradição jurídica do *civil law*, por uma série de razões. Primeiramente, pela própria história do direito brasileiro. Como relatou-se anteriormente, a maior parte dos sistemas jurídicos mistos adquiriram sua hibridez em virtude de transferências intercoloniais, de uma metrópole de *civil law* para uma metrópole de *common law*.

Antes da independência, nas poucas vezes em que parcelas do território brasileiro passaram a outras mãos que não as portuguesas — durante o experimento da França Antártica, por exemplo (KECHICHIAN (ed.), TERZIAN, 2009, p. 19), ou durante as invasões holandesas (FAUSTO, 2015, p. 74) —, as nações invasoras (e potenciais metrópoles) pertenciam à Europa continental e, portanto, ao berço da tradição do *civil law*, mesmo que esta não estivesse ainda plenamente desenvolvida. O Brasil nunca fundiu sua soberania com aquela de uma nação de *common law*, como fez a Escócia, nem jamais foi uma nação de *common law* que adotou voluntariamente o *civil law*, tal qual o fez Israel. Há pouca semelhança histórica, portanto, com os demais ordenamentos jurídicos híbridos.

Além, previamente relatou-se que sistemas mistos possuem três aspectos distintivos principais: um aspecto qualitativo, um aspecto quantitativo e um aspecto estrutural. Qualitativamente, sistemas jurídicos mistos são construídos sobre bases de *civil law* e de *common law*. O Brasil atende a este requisito, realmente. Quantitativamente, sistemas mistos são claramente bijurídicos: há um grande número de regras e de institutos que podem ser atribuídos tanto à tradição do *common law* quanto à tradição do *civil law*. O Brasil não atende a este critério quantitativo.

Quase todo o direito brasileiro pertence à tradição do *civil law*. Seu modelo de controle de constitucionalidade tem, de fato, origem estadunidense, embora não exclusivamente, e o *stare decisis* foi recentemente introduzido em seu direito processual: quase todo o mais é de proveniência continental europeia, isto é, do berço da tradição do *civil law*. Há muito pouco do *common law* no Brasil para que o critério quantitativo seja atendido.

Quanto ao aspecto estrutural, já que o Brasil não alcança o padrão quantitativo mínimo dos sistemas mistos, não há nem pode haver fronteiras estruturais óbvias dentro do direito brasileiro. Quase todo o direito brasileiro é de *civil law*. Em sistemas mistos, como relatado acima, há uma clara distinção interna entre o direito privado (continental europeu) e o direito público (anglo-americano).

Há ainda outros elementos que vinculam o Brasil à tradição do *civil law*. A importância da doutrina, por exemplo, é um destes elementos. Além, a hierarquia das fontes do direito não foi gravemente alterada pelo Código de Processo Civil de 2015: primeiramente as leis constitucionais, e então as demais leis continuam no topo da hierarquia das fontes. Por mais que agora os juízes e tribunais estejam vinculados a decisões anteriores, o precedente tem um papel apenas subsidiário, inserindo-se no ordenamento sob as leis e sob os regulamentos.

Uma capacidade eclética parece ser uma marca do *civil law* latinoamericano, na verdade. René David et al. (2016, p. 18) afirmam: “[a]ssim, na América Latina, se assiste a um certo ‘ecletismo’, a experiências jurídicas que não permitem a integração sem nuances dos Estados da região à família do *civil law*”⁴⁸. A adoção pelo Brasil do modelo difuso de controle de constitucionalidade e sua importação do *stare decisis* pela via legislativa podem ser vistas sob a perspectiva desse ecletismo. Talvez esse pragmatismo eclético seja uma das coisas mais brasileiras que há. Nas palavras de Oswald de Andrade, em seu Manifesto Antropófago:

Só me interessa o que não é meu. Lei do homem. Lei do antropófago.

48 Tradução livre de: “[a]insi, en Amérique latine, on assiste à un certain « éclectisme », à des expériences juridiques qui ne permettent pas d’intégrer sans nuances les États de cette région dans la famille des droits civilistes”.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLES, Luis Muñiz. Mixed Jurisdictions: The Roads Ahead, in: PALMER, Vernon Valentine; MATTAR, Y. Mohamed; KOPPEL, Anna. **Mixed legal systems, east and west**. Sem edição. Farnham; Burlington: Ashgate Publishing, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011.

BRASIL, Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo (orgs.). **The Cambridge companion to comparative law**. Sem edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Sem edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille; GORÉ, Marie. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 12 ed. Paris: Dalloz, 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14 ed., 2 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

GRAZIADEI, Michele. Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Sem edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. 1 ed., "Biblioteca Universale Laterza". Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2016.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milénio. Sem edição. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

JANSEN, Nils. Comparative Law and Comparative Knowledge, in: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Edição "paperback". Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 305-338.

KECHICHIAN, Melissa (ed.); TERZIAN, Françoise. **A Presença Francesa no Brasil:** de Villegaignon ao século XXI. Sem edição. São Paulo: Editora Conteúdo, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

LOSANO, Mario G. **I Grandi Sistemi Giuridici:** introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei. 2 ed. Torino: Einaudi, 1988.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition:** An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 4 ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2018.

PALMER, Vernon V. (org.). **Mixed Jurisdictions Worldwide:** The Third Legal Family. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PALMER, Vernon Valentine; MATTAR, Y. Mohamed; KOPPEL, Anna. **Mixed legal systems, east and west.** Sem edição. Farnham; Burlington: Ashgate Publishing, 2016.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a civil law brasileira:** interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. Sem edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

REIMANN, Mathias. Comparative law and neighbouring disciplines. In: BUSSANI, Mauro (ed.); MATTEI, Ugo (ed.). **The Cambridge Companion to Comparative Law.** Sem edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 13-34.

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (orgs.). **The Oxford Handbook of Comparative Law.** Sem edição. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado.** Tradução de Véra Jacob de Fradera. Sem edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil:** uma biografia. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

UNIVERSIDADE DE OTTAWA. JuriGlobe — World Legal Systems: Research Group. Mixed Legal Systems. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/sys-mixtes.php>>. Acesso em: 12/11/2018.

UZELAC, Alan. Survival of the Third Legal Tradition? **Supreme Court Law Review,** sem local, v. 49, 2ª série, p. 377-396, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Antropologia jurídica. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed.

São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/42/edicao-1/antropologia-juridica>>. Acesso em 11 nov. 2018.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa explicada à minha neta**. Sem edição. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.