I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO

HISTORICAL CONTRAPTS AND APPROXIMATIONS OF THE COMMON LAW LEGAL MODEL IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM: CURRENT PROGRAMMATIC CHANGE IN THE JURISDICTIONAL SYSTEM IN THE BRAZILIAN

Ana Luiza Novais Cabral [1]
Sidiney Duarte Ribeiro [2]

Resumo

O modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Extrai-se que o modelo civil law não se encontra estanque no tempo e, para suprir embates normativos, adota maleabilidade com novas propostas estruturais. Para chegar às aproximações e contrapontos entre os sistemas jurídicos atuais, o historicismo se torna fundamental para o apontamento constante do atual modelo híbrido brasileiro. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, serão observados importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Histórico do constitucionalismo, Histórico dos sistemas jurídicos, Constitucionalismo brasileiro, Influência de modelos, Introdução de novos institutos

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian legal model, previously considered to be highly inflexible, has currently assumed a hybrid form with the introduction of institutes brought from other systems, mainly the common law. It is extracted that the civil law model is not stagnant in time and, to meet normative conflicts, it adopts malleability with new structural proposals. To arrive at the approximations and counterpoints between the current legal systems, historicism becomes fundamental for the constant pointing of the current Brazilian hybrid model. Using a theoretical-legal methodology with deductive reasoning, important factors that directly influence the introduction of new institutes in Brazilian constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History of constitutionalism, History of legal systems, Brazilian constitutionalism, Influence of models, Introduction of new institutes

---

[1] Advogada. Doutoranda em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

[2] Advogado. Mestrando na área Democracia, Constituição e Internacionalização da Linha de Pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

As constantes mudanças que ocorrem no mundo, principalmente após a alta globalização, colaboram para o surgimento de influências recíprocas entre Estados. Os sistemas de direito, cujos representantes mais emblemáticos são os modelos *common law* e *civil law*, antes isolados conforme o contexto histórico no qual foram construídos, apresentam aproximações e progressivas hibridizações.

Mesmo que a escolha de um sistema de direito represente uma sistematização social, moral, política e religiosa, atualmente, com a troca permanente entre os países, não se consegue obter um sistema completamente puro.

Com o advento das teorias clássicas, a separação dos poderes se tornou um poderoso meio para a ruptura com a monarquia despótica e a definição categórica das atribuições de cada poder, mesmo que as teses não os definissem como harmônicos e independentes.

Por meio do neoconstitucionalismo, a divisão das atribuições trouxe à baila o modelo contemporâneo atualmente utilizado com as atribuições definidas de forma que os poderes se apoiem reciprocamente. Destarte, como no Brasil os poderes políticos Legislativo e Executivo são apáticos e omissos, houve uma ascensão do Poder Judiciário, e mecanismos transportados do sistema *common law* permitiram um desempenho com grandiosa projeção.

Decerto, atualmente, mesmo que o nascedouro do Direito brasileiro tenha cunho descritivo no sistema *civil law*, na sua atual estrutura encontra-se um sistema misto ou híbrido com fortes tendências do *common law*, no qual se dá uma quebra de paradigmas e se desenha uma nova realidade.

Para tanto, no primeiro capítulo, descrevem-se os atuais sistemas de direito existentes adentrando-se em pontos históricos dos sistemas *common law* e *civil law*, traçando suas características e fatores que os aproximam. O segundo capítulo resta a traçar o historicismo do modelo *civil law* ou romano-germânico como base do constitucionalismo brasileiro. Por fim, o último capítulo retrata como a influência do sistema *common law* impactou diretamente o modelo jurídico pátrio com a introdução de vários institutos em prol de celeridade e acesso jurisdicional.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o sistema atual misto ou híbrido, por meio da introdução de institutos do modelo *common law*, impacta diretamente no acesso o modelo atual, haja vista que seus mecanismos propiciam maior celeridade e alargamento distributivo igualitário à obtenção completa dos direitos e garantias fundamentais.

A metodologia utilizada para a solução do problema é a descritiva, tendo em vista que retrata fatos, teses e teorias acerca do histórico dos modelos jurídicos que influencia diretamente no atual constitucionalismo brasileiro. A técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, a fim de garantir o melhor entendimento da questão indicada.

2 HISTÓRICOS E CONTEMPORANEIDADE DOS MODELOS JURÍDICOS E SUAS DIFERENTES FACES TRAÇANDO O PADRÃO DO CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

A capacidade de convivência em sociedade transformou a parcimônia comunitária em entraves de opiniões jurídicas tendo em vista as divergências de compreensões sobre determinados valores. Não havendo um direito maior que regulasse ou definisse o cotidiano de um determinado grupo, as discordâncias claramente apareciam com perguntas triviais do que poderia ser considerado correto ou errôneo em situações peculiares. Com esse propósito, nasce a acepção precípua do Direito como um sistema de regras impostas que regem e regulam um meio social, conduzindo a um senso comum.

A compreensão do Direito positivo advém das acepções modernas de fontes do Direito, sendo aquele compreendido como o conjunto de regras e princípios regulamentados numa determinada época. A intensa movimentação do homem em torno de sistemas de regras proporciona o nivelamento do direito em algo comum a todos daquele grupo determinado. Assim, retrai conflitos sociais e disparidades comportamentais face à penalidade imposta àquele que comete ato contrário a determinada norma na coletividade.

Faz-se necessária uma diferenciação entre o Direito natural e o Direito positivo, sendo certo afirmar que o primeiro é um comportamento estanque da própria natureza humana valorizando como sua fonte a razão, no qual a mera normalidade funcional da vida traz como essência o direito, não necessitando de uma norma jurídica determinada imposta por meio de poder competente. Em outros termos, o Direito positivo possui como bem maior a justiça e a norma que rege a sociedade, e o Estado é um limitador do direito de todos por meio de seus regulamentos (MIRANDA, 2003, p. 15-18).

Desmembrando os dois conceitos, o Direito natural, em linhas gerais, significa as várias formas de direito estabelecidas pela razão humana por meio de sua natureza íntima, na qualidade do ser propriamente dito. Para o Direito natural, os seres humanos devem fazer

parte de uma curvatura natural de fatores que lhes dá estabilidade e harmonia para viver em grupo.

Com o atributo dos sistemas jurídicos, nasce a relevante inspiração do Direito positivo, no qual se imprime ao peculiar órgão ou colegiado a incumbência de normatizar os padrões daquele grupo. Entende-se, assim, por Direito positivo "o conjunto de normas jurídicas formalmente aprovadas e efetivamente aplicadas para regular as relações econômicas numa certa sociedade" (LOSANO, 2007, p. 6).

A competência legislativa do órgão ou colegiado advém dos aspectos culturais e/ou sociais proeminentes de uma determinada sociedade. Assim, certa norma que não é mais utilizada ou que perdeu sua eficácia entra em desuso e, posteriormente, o setor competente legiferante realiza nova norma apta a regular a realidade atual do grupo, havendo sempre a adequação social como diretriz.

A doutrina indica como fontes do Direito as leis, os costumes, as jurisprudências e a própria doutrina. São considerados fontes diretas (imediatas) a lei e os costumes, em razão de interferirem diretamente na própria formação do Direito; e como fontes indiretas (mediatas) a jurisprudência e a doutrina, ponderadas como fatores elucidativos do Direito.

Contudo, esses conceitos demonstram-se ultrapassados, razão por que outros institutos são cada vez mais adotados. O Direito é descrito como forma complexa, pois envolve não somente a norma em si, mas princípios e valores que elevam sua importância. Por conseguinte, "a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vem a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático)" (STRECK, 2011, p. 66-67).

A multiplicidade dos sistemas de direitos leva em consideração as possíveis fontes em que determinadas regras foram postas naquele grupo delimitado. Tais acepções podem ser derivadas de princípios culturais, religiosos, costumes locais, direitos comparados e outros, sendo que as diversas formas de sistemas jurídicos existentes tomam um parâmetro que não necessariamente os tornam similares ou idênticos.

As diversas formas de se harmonizar uma coletividade traçam um modelo mais adequado e seguido por um grupo, sob pena de imposições negativas e correções sociais, o qual tem o intuito de uniformizar as atitudes dos membros que pertencem àquele sistema. Não necessariamente é a lei a fonte primária de um sistema jurídico, podendo as regras derivarem de outros parâmetros julgados mais aptos. Portanto, "os diferentes direitos comportam, cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem as suas regras, categorias no interior dos

quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo" (DAVID, 2002, p. 16).

Visualizar a importância dos vários sistemas jurídicos contemporâneos se torna matéria reflexiva para que a comparação não se torne árdua. O mundo atual é interligado em razão, principalmente, das relações comerciais e econômicas, fruto de articulações e comunicações constantes entre os vários países. Portanto, saber o sistema jurídico utilizado naquele território produz uma integração nos pontos jurídicos convergentes.

Considerando a posição de Guido Fernando Silva Soares, a comparação dos sistemas jurídicos contemporâneos é realizada sob os seguintes fundamentos: primeiramente, um sistema jurídico é derivado de outro, ou seja, o Direito não está estagnado no tempo, sendo que a adoção de sistemas por determinada sociedade é originária de um sistema jurídico mais antigo, tomando este como referência. Em segundo plano, a comparação dos sistemas vigentes se faz importante em razão dos vários sistemas mundiais em concomitância (SOARES, 2000, p. 19).

A comparação dos sistemas jurídicos atuais tem como finalidade precípua a "importante tarefa de auxiliar o aplicador do Direito, a fazer valer, num sistema jurídico determinado, os efeitos de um instituto jurídico desconhecido neste e que necessitam ser reconhecidos, sob pena de denegação de justiça" (SOARES, 2000, p. 19-20).

As várias formas de sistemas jurídicos contemporâneos são uma realidade advinda de fatos históricos, políticos, econômicos, religiosos, culturais, geográficos, dos direitos comparados e outros que adentram a realidade daquele território. Existe clara influência de uma nação em relação à outra, sendo o Direito comparado a maneira mais utilizada na difusão de sistemas jurídico.

Cada Estado se apropria de um sistema que ajusta a adequação daquela sociedade contrapondo às regras impostas, visando desempenhar a integração do grupo. A diversificação dos sistemas jurídicos atuais não é válida sob a ótica de superioridade dos Estados, pois cada um deles detém a forma mais conveniente e oportuna de normatizar seus mandamentos, não se podendo opinar que um sistema jurídico seja maioral ou imponente perante outro.

Utilizando a premissa do Direito comparado, percebe-se que existem diversos sistemas jurídicos, no entanto a técnica usada num sistema determinado se amolda a vários outros e, assim, nenhum sistema jurídico é completamente isolado ou absoluto. Por conseguinte, "o agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipo, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo" (DAVID, 2002, p. 22).

As uniões dos sistemas jurídicos contemporâneos nos três principais grupos se amoldam somente para fins didáticos, facilitando a compreensão dos aspectos similares e distinguindo os contrapontos dos mais relevantes modelos existentes. Os aspectos históricos traduzem uma influência decisiva para utilização de um sistema jurídico determinado num conjunto de pessoas, no entanto os conceitos, regras e técnicas dos institutos contemporâneos são díspares, os quais se amoldam adequadamente à realidade daquela sociedade.

De forma simplificada e com base num estudo do Direito comparado, os principais modelos de sistemas de Direito modernos são agrupados em: sistema romano-germânico ou *civil law*, sistema *common law* e sistema de direito socialista. A compilação dos vários grupos existentes no Direito contemporâneo em famílias é uma forma de limitar a compreensão de modelos efetivos. No entanto, "não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer" (DAVID, 2002, p. 22).

Assim, os modelos jurídicos contemporâneos foram definidos nos três sistemas descritos, podendo-se afirmar que essas famílias não refletem somente a realidade do mundo atual, mas a congregação das importâncias que estes representam efetivamente em razão da sua vigência em comparação com outros sistemas.

> 1º) o sistema romano-germânico, que os autores do sistema da *Common Law* denominam *Civil Law*, no qual se encontra o Direito Brasileiro;
> 2º) o sistema da *Common Law*, que conforme será esclarecido mais adiante, não deve ser confundido com "sistema inglês" (porque se aplica a vários países, embora nascido na Inglaterra), nem com "britânico" (adjetivo relativo a Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica), nem com anglo-saxão (porque esse adjetivo designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país);
> 3º) o sistema dos direitos socialistas, que compunham a denominada Europa do Leste, capitaneados pela URSS, até a Queda do Muro de Berlim e o esfacelamento daquela (SOARES, 2000, p. 25).

Dessa forma, os modelos jurídicos acima descritos não representam a totalidade dos sistemas efetivos atualmente, no entanto eles refletem os mais relevantes. Este trabalho se aterá ao sistema *civil law* ou romano-germânico como o objeto de estudo em questão em prol de traçar o modelo atual do constitucionalismo brasileiro e a influência que o sistema *common law* exerce na mutação de institutos naquele introduzidos.

3 O HISTÓRICO DO MODELO SISTEMÁTICO ROMANO-GERMÂNICO OU *CIVIL LAW* COMO BASE REFERENCIAL DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A família romano-germânica ou sistema *civil law* tem como fonte primária do Direito a lei escrita que advém de base jurídica da antiga Roma. Historicamente esse sistema foi criado visando regular a relação dentro do grupo baseado em regras de condutas atreladas à moral e à justiça.

Antes de sua criação propriamente dita, a religião trazia forte aspecto no regramento da sociedade. A expansão do cristianismo elevou a possibilidade de os pontífices normatizarem as condutas morais de um povo. O peso da religião nos regramentos do território era percebido principalmente pelas imposições e pelo medo. Assim, o povo, com receio de punições divinas, não questionava o que lhe era dado como o correto.

> O monopólio jurídico dos pontífices foi quebrado com a era republicana e imperial. A atividade judiciária foi transferida para os leigos e passou a abranger novas matérias. O elemento característico dessa expansão é o empirismo: caso a caso, os juristas adaptavam os costumes herdados (mores) aos novos problemas e as decisões dos tribunais tornavam-se, assim, outra grande fonte do direito. Com a estratificação de costumes e desusos o direito romano vai se gerando por si só, com uma mínima intervenção estatal representada pelas *leges*, que em geral se limitam a assimilar o direito já existente. É típica a legislação penal romana, em que o Estado – assumida a função de pacificador – estabelece as regras de procedimento. A concretude do jurista romano gera assim um direito que poderíamos chamar modular ou aberto: o direito pode desenvolver-se em qualquer direção para se adaptar a novas situações (LOSANO, 2007, p. 33).

O nascedouro do sistema romano-germânico tem suas origens nos séculos XII e XIII na Europa Ocidental no período descrito como Renascentista em razão do empenho de universidades, ganhando destaque o estudo do Direito, especialmente à época do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Antes desse período, o Direito era considerado essencialmente consuetudinário, passando, posteriormente, à dominação de esparsas e poucas leis bárbaras que perduraram até o século XII.

Justiniano, grande imperador bizantino, em 528 d.C. ordenou que as disposições por ele herdadas fossem organizadas formalmente. Assim, compilando as regras da época, surgia a possibilidade de unificação em um texto legislativo que resumisse a realidade daquele território, o que ganhou o nome de *Digesto*, formado por 50 livros com os principais fragmentos normativos.

A codificação da era de Justiniano se mostrou superada por entraves religiosos e linguísticos. As modificações das obras de Justiniano ocorreram principalmente no Império Bizantino (843-1025), culminando na compilação dos "livros régios" de Leão VI. O declínio de Bizâncio se deu por volta de 1050 com a iminência da difusão islâmica, o que demandou forte apoio da igreja no combate da expansão do novo modelo. Assim, iniciaram-se a era das Cruzadas, a queda do Império Bizantino e o renascimento medieval do Direito romano.

> A civilização romano-bizantina entrega à alta Idade Média da Europa Ocidental um direito romano consolidado pela compilação justiniana numa forma sistemática que se apresenta como definitiva. Essa passagem de costume vivido a livro estudado condicionou a existência do direito romano até o século XX, porque tornou possível aplicar a ele o conjunto de técnicas interpretativas que a teologia cristã aplicava ao livro por excelência, a Bíblia (LOSANO, 2007, p. 49).

O sistema *civil law*, ao contrário do modelo *common law*, se desenvolveu independentemente de qualquer intenção política, por meio da revolução de novos pensamentos filosóficos e culturais angariados com o conhecimento social dos vários povos dominados.

Após sua expansão, o Direito romano teve uma evolução através das universidades, sendo que cada uma delas trazia métodos respectivos de acordo com a demanda de uma região. Os romanos foram os pioneiros na organização de suas leis em códigos (compilações de normas), retirando a regra jurídica a ser aplicada no caso concreto discutido e, em seguida, aplicando-a às novas lides surgidas. Essas escolas humanistas deram "uma contribuição sem precedentes para a ampliação e o aprofundamento do conhecimento do direito e do mundo antigos" (CAENEGEM, 2000, p. 81).

O estudo do Direito pelas universidades consiste em aplicar um método apto a exaltar as formas mais justas conforme a moral e os costumes de uma sociedade. Assim, os ensinamentos utilizados nas universidades dispõem que os parâmetros destes a serem seguidos devem estar de acordo com a forma mais justa de se chegar à solução adequada. Nesse período, o Direito e a moral se complementam, a ponto de serem confundidos.

A sustentação do Direito nas universidades é um conjunto do Direito canônico e do Direito romano, ficando em evidência a forte influência que a religião exercia à época. Assim, "a partir do século XIII, a lei tende a suplantar o costume, por natureza conservadora; é por via legislativa (leis dos reis, dos grandes senhores, das cidades) que as novas regras são, senão introduzidas, pelo menos confirmadas e generalizadas" (GILISSEN, 2013, p. 205).

Para se elevar as pequenas e restritas leis locais, formam-se concepções da necessidade de unificar o Direito de forma comum a todos daquele território, rechaçando aos poucos os costumes pontuais daquela zona. O Direito romano ocupou lugar de destaque nos estudos das universidades. Assim, "deste método de análise textual exegético nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores" (GALIO [s.d.], p. 3).

O Direito romano foi fundamental para a história jurídica de vários povos, pois foi com base nele que o sistema utilizado atualmente surgiu. É considerado ainda o marco divisório entre os modelos *common law* e o *civil law*. Assim como ocorrido no sistema *common law*, o sistema *civil law* foi disperso no mundo em razão da dominação e colonização dos povos, arraigando-se suas características, sendo que a expansão desse sistema foi utilizada para fazer referência às universidades dos países germânicos e latinos.

O desenvolvimento compassado do Direito romano-germânico faz surgir a concepção de *ius commune*, ou seja, "um monumento, edificado por uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça" (DAVID, 2002, p. 45).

Conforme disposto, o conceito de *ius commune* tornou-se uma forma de unificação do Direito advindo da junção do Direito romano medieval com o Direito canônico fortemente difundido à época, criando-se o Direito erudito (conhecido como *ius commune*). Assim, o sistema romano-germânico se traduziu como forma de aproximar os povos da Europa, distinguindo de cada qual suas peculiaridades e relacionando seus costumes similares em geral.

> A romanização significava, portanto, modernização. O direito romano parecia ser um sistema moderno, progressista, orientado para o futuro, enquanto o direito consuetudinário era tradicional, antiquado e ligado a um estágio de desenvolvimento que se tornava cada vez mais obsoleto. O direito romano tinha também a vantagem de ser ensinado e estudado nas universidades, as quais eram na baixa Idade Média centros por excelência do pensamento erudito (CAENEGEM, 2000, p. 101).

No momento em que as universidades propõem um novo modelo do Direito é que surge o divisor aparente entre o sistema *common law* e o sistema romano-germânico. A Inglaterra permaneceu ancorada em seus costumes e bases jurisprudenciais. Nos países continentais, a família romano-germânica prevalece forte por meio de seu método codicístico.

A difusão romano-germânica pela Europa e outros continentes se deu cabalmente através desse processo de codificação ao qual vários países se adaptaram rapidamente. O

modelo de codificação pressupõe o que vinha sendo estudado juridicamente pelas universidades. A compilação dos estudos em leis, a partir do século XIII, tornou a expansão do sistema romano-germânico adequada a outros povos.

Historicamente, algumas civilizações preocupavam-se com a necessidade de normatizar as regras da tribo para minimizar a distinção entre os interesses particulares e os princípios públicos aplicados a toda aquela coletividade que a eles (as regras) se submetem.

> O verdadeiro fantasma a ser evitado era, e de certa forma continua sendo, o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades racionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a "glosa judiciária" (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da "glosa erudita" (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito "costume judiciário" (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos) (SOARES, 2000, p. 28).

A rápida recepção desse modelo se dá através da técnica legítima de compilações de leis (processo de codificação), a qual dá à população uma sensação de segurança jurídica, antevendo os possíveis regramentos daquele grupo dispostos em escrituras. Antes da interferência desse sistema nos países conquistados pelos Romanos, os próprios grupos já dispunham de suas regras de condutas, de modo que essa recepção se tornou fácil e natural.

A codificação se dispõe como um movimento natural do sistema romano-germânico em razão do Direito que vinha sendo estudado e concretizado pelas universidades. O percurso da codificação de maneira uniforme e compassada levou aos países de colonização e dominação romana uma segurança em compilar tudo aquilo que fora importante nas relações sociais e morais daquele povo, transformando-se em norma.

> O direito romano começou a afetar de modo crescente a vida e a prática jurídicas da Europa em geral. O grau de romanização variava muito de país a país, mas nenhum escapou completamente a sua influência. Portanto, o direito romano das universidades medievais modelou e orientou o desenvolvimento do direito por toda a Europa (CAENEGEM, 2000, p. 95).

O modelo de codificação utilizado pelo sistema romano-germânico constitui a principal causa de sua ampla expansão pela Europa e outros países. Seu fácil acesso e recepção fez com que o modelo fosse acolhido de forma mais pacífica entre os povos. No entanto, nem tudo ocorreu perfeitamente harmônico no modelo de codificação relatado. Em alguns casos, a ideia das universidades fora deixada de lado, transferindo o fim principal da

codificação, que era o direito à justiça, em simplesmente aparecimento de novas normas por meio dos textos.

Como dito, a rígida compilação em códigos trouxe aspectos positivos (segurança jurídica) e negativos (demasiado legalismo). Ademais, "a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, pois traz de maneira declarada a estatalidade do direito" (GALIO [s.d.], p. 6).

Deparando-se com as posições afirmativas das codificações, pode-se ver uma modernização em detrimento daqueles povos não estruturados numa norma posta. As vantagens das compilações apresentadas por meio do direito escrito traz uma segurança jurídica maior do que as regras somente consuetudinárias; o direito é comum a todos, reconhecendo que as normas são iguais para todos daquele povo; o direito escrito é mais completo que os direitos locais anteriormente utilizados, baseados nos costumes naquela área que regiam seu modo de viver; é mais evoluído, em razão de ter sido elaborado de acordo com os aspectos sociais da época (GILISSEN, 2013, p. 203).

A Revolução Francesa, ocorrida no século XIX, traz um declínio da monarquia e a ascensão burguesa, demonstrando um importante marco histórico encarregado de realizar um novo modelo jurídico. Como o poder passou da realeza aos burgueses, houve uma quebra no antigo modelo, necessitando que novas ideias fossem dispostas à satisfação da nova classe dominante. Assim, a lei retrata o principal refúgio das garantias do povo, ocorrendo grandes mudanças no judiciário em face da necessidade de o julgador basear suas fundamentações na norma posta.

Naquele período, os cargos do judiciário eram comprados ou herdados e, portanto, havia uma determinada proteção à monarquia. Após a revolução, teorias como a de Montesquieu e Rousseau ganham forças ao criticar a posição dos julgadores que detinham a concentração dos poderes, entendendo a lei escrita como a vontade popular sob a qual deveriam ser guiadas as decisões, sendo o "juiz a boca da lei".

O retrato da revolução traduz-se numa transição das decisões discricionárias dos julgadores para resoluções vinculantes às leis determinadas pelos legisladores. Nesses termos, "esta nova ciência intencionava garantir a igualdade, uma vez que a lei era igual para todos e era também a vontade da nação, por isso os magistrados ao aplicar tão somente a letra da lei, não teriam como proteger seus interesses" (GALIO [s.d.], p. 5).

Nesses termos se enquadra o Brasil, colonizado por Portugal, que recebeu as concepções jurídicas do sistema romano-germânico, em que, a rigor, a fonte de direito primordial é a lei (Direito positivado ou codificado).

Assim fica claro que, aparentemente, o modelo adotado no Brasil é o romano-germânico ou *civil law*. No entanto, este estudo demonstra aspectos peculiares do sistema adotado atualmente no país, quebrando o paradigma principiológico utilizado por décadas.

4 CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO *COMMON LAW* NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO

Do histórico dos sistemas *common law* e *civil law*, percebe-se que os dois modelos jurídicos não se encontram totalmente confrontantes, podendo-se, em muitas vezes, visualizar interferências recíprocas e peculiaridades. Conforme fora descrito, o sistema *common law* é fruto de uma evolução histórica alheia às vias legislativas, possuindo como precedentes os fatos sociais, morais e costumeiros da época. O sistema *civil law*, amparado numa lei com fator pouco flexível, destaca sua ligação através das vias legislativas como razão argumentativa, antecedendo o aparecimento do problema, em que uma norma descreve aquele caso concreto na qual o juiz deverá fundamentar sua decisão.

Todavia, nos primórdios, não havia a distinção entre eles, sobrevindo dos mesmos aspectos principiológicos, havendo uma divisão e diferenciação somente em época histórica posterior de acordo com sua dominação territorial e pragmática.

> Assim é possível afirmar que nunca existiu uma barreira indevassável e intransponível entre as duas tradições jurídicas, bem como permite esclarecer que possível relação entre os dois sistemas existiu desde sempre, não se tratando de fenômeno recente apto a justificar modismos como uma espécie de *commonlização* de nosso direito ou a instituição do sistema de precedentes em nosso ordenamento (ABBOUD *et al*, 2015, p. 270).

O *common law* se diferenciou do *civil law* nos séculos XIII e XIV, baseando-se, o primeiro, na oralidade (regras não escritas), e o segundo em procedimentos escritos (compilações de leis). Assim, no modelo *common law* a resolução de lides era destinada aos juristas por meio de precedentes, quando no modelo *civil law*, aos juízes, solucionando por meio da lei (norma) o problema imposto.

O modelo *common law* não se resume a um sistema livre de codificação, pois ela existe como uma forma secundária numa base principiológica, mas se usam nas decisões dos litígios os precedentes judiciais. Já no modelo *civil law* com tradições no Direito romano, a lei detém posição privilegiada em detrimento das outras fontes do Direito existentes. Nesse último, "os juristas, ao interpretarem a lei, recorrem à história legislativa, artifício que não é utilizado na mesma medida pelos juristas da *common law*, justamente porque a legislação não é considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito" (ABBOUD *et al*, 2015, p. 272).

A aplicação de lei ou precedentes decorre simplesmente de fatos e tradições históricas, e não propriamente de uma melhor ou pior fonte do Direito aplicável ao caso concreto. Extrai-se do que foi descrito que não há hierarquia entre as fontes modernas do Direito, mas somente um melhor desempenho de acordo com o sistema utilizado e escolhido como o adaptável àquela realidade.

Entrementes, as constantes transformações surgidas na sociedade trouxeram correlações entre os sistemas. Estes, nos tempos remotos eram taxativamente discrepantes, atualmente em alguns países encontram-se relacionados em diversos aspectos, ampliando, ainda mais, a atuação dos juízes nos casos concretos.

> Hoje vai se formando consenso em torno da ideia de que a clássica dicotomia entre as duas famílias jurídicas está sendo gradualmente substituída ou superada por outro ambiente, no qual o que conta é o critério que, em modo prevalecente (portanto: nem absoluto nem excludente), orienta a resolução das pendências judiciais, a saber: (i) a norma legal ou, então, (ii) o precedente judiciário (MANCUSO, 2014, p. 52).

A constante e intensa integração globalizada dos países compartilha necessidades, tendências sociais e morais, interesses e costumes, o que faz com que o distanciamento entre os dois modelos se torne cada vez menor através de uma gradativa aproximação, crescendo a possibilidade de operar o sistema *common law* com legislações, e o aumento de fruição de precedentes no sistema *civil law*.

A progressiva aproximação dos modelos está cada vez mais aparente nos sistemas jurídicos mundiais, que são conceituados como mistos, híbridos ou de meio-termo. Tendo em vista a globalização e as informações compartilhadas, os regimes passam progressivamente a apresentar dogmas parecidos e, até certo ponto, confluentes, afrouxando seus parâmetros rígidos e concretos. "As influências mútuas demonstram que o momento é de desconstrução de paradigmas" (MORETO, 2012, p. 17).

No sistema *common law*, a aproximação progressiva é verificada em razão da importância que determinadas leis vêm tomando. O Direito inglês continua sendo fruto de precedentes judiciais, no entanto não se pode afirmar a exclusão total de legislação. Muito pelo contrário, existe a necessidade de normatizar determinados padrões que trouxeram a importante utilidade da lei.

> Essa relativização da polarização entre *civil law* e *common law* se deve, dentre outros fatores, ao contemporâneo fenômeno da globalização das economias e massificação das sociedades, que vai convertendo o planeta numa sorte de aldeia global, fenômeno que, naturalmente, repercute nas culturas e nos Direitos dos diversos países. Isso tem dificultado, senão já inviabilizado, o preciso enquadramento de um dado ordenamento numa ou noutra daquelas famílias jurídicas; corolariamente, análoga dificuldade enfrenta quem se proponha a diagnosticar se um dado país conta ou não com um vero sistema de precedentes (MANCUSO, 2014, p. 342-343).

Nesses termos, em 1999 foi instituído na Inglaterra o Código de Processo Civil, transparecendo a quebra de paradigmas no qual havia a afirmação de ser um Direito somente jurisprudencial. Assim, os ainda muito utilizados precedentes são baseados na legislação escrita codificada, tendo em si a base na qual se extraem seus princípios básicos.

Com as constantes modificações dos modelos, a associação entre ambos está desfazendo algumas de suas tradicionais características, transferindo influências orais ao sistema *civil law*, e legislativas ao sistema *common law*. Sendo assim, ocorre uma mistura das famosas famílias com tendência na aplicação de um Direito comparado.

Nesse sentido, ocorre uma confluência entre as duas famílias do Direito, demonstrada também no Brasil, no qual a cada dia a jurisprudência vem tomando maior relevância na fundamentação de sentenças pelos magistrados, além de dar a esses uma importante discricionariedade na utilização das decisões judiciais. Portanto, a jurisprudência no Direito brasileiro caminha como uma tendência progressiva na utilização como uma forte fonte do Direito.

A intensa codificação no sistema *civil law* vem perdendo prestígio em contraposto às novas demandas sociais. “Este fator associado a uma produção legislativa cada vez mais densa, porém com menos qualidade, dá margem a interpretações, divergências e incertezas jurídicas” (GALIO [s.d.], p. 14).

A codificação exacerbada vista no sistema *civil law*, mais especificamente no Direito brasileiro, traz a problematização interpretativa das normas. Em muitos casos, as normas são descritas como “cláusulas abertas” para englobar a maior quantidade de casos possíveis numa mesma regra. No entanto, essa premissa dá azo a compreensões diversas entre os julgadores,

sendo muitas vezes incoerentes com o respectivo Tribunal ou incongruentes com outras normas infraconstitucionais, ou até mesmo com a própria Constituição Federal.

> Ainda não conseguimos acautelar-nos contra o fetiche da lei. Acreditamos que a lei resolva tudo. Bastaria, contudo, uma consistente reflexão para saber que não é assim. Os romanos já afirmavam, com inegável razão: "*Summumius, summa injuria*" - ou seja, o excesso de direito conduz à mais profunda injustiça. E um escritor francês, Jean Cruet, chegou a escrever um livro, A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis, com epígrafe eloquente: "Sempre se viu a sociedade modificar a lei; nunca se viu a lei modificar a sociedade" (NALINI, 2014 [s.p.]).

Como a legislação não acompanha as mudanças sociais, várias normas são cláusulas abertas que dão azo ao juiz à realização de eventuais interpretações. Resta claro que inúmeras quantidades de leis não são capazes de suprir a demanda diante dos casos concretos. Assim, existe uma evolução constante de pensamentos jurídicos aptos a resolver a lide por meio de jurisprudências. Essas cláusulas com conceitos vagos e indeterminados faz depender do órgão julgador a compreensão aparente daquela norma para aplicação no fato, operando, consequentemente, em divergências de entendimentos.

O Brasil vem se intensificando com modernas técnicas, aproximando, em alguns aspectos, do sistema *common law* na constante uniformização do entendimento jurisprudencial. No entanto, quanto a sua formação, existem diferenças entre os precedentes advindos do sistema *common law* e a utilização dele no modelo *civil law*:

> Enquanto no direito inglês, tipicamente consuetudinário, as normas positivas que determinam a vinculação a um precedente decorrem do próprio sistema da *common law*, pois são os próprios precedentes que determinam sua vinculação. No direito brasileiro, país originário do sistema romano-germânico, só se admitiu a existência de súmulas vinculantes após a positivação desse instituto em normas escritas, como na Constituição e em leis federais. Assim, a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre da cultura existente no país, mas apenas de uma importação de um instituto bem-sucedido em um direito estrangeiro (OLIVEIRA, 2014, p. 20).

A utilização do Direito comparado para uma reforma processual traz à sociedade padrões de agilidade e segurança jurídica, contrapondo a um procedimento rígido, pouco flexível, demasiadamente prolixo e com celeridade processual desarrazoada. Uma quantidade significativa de legislações, nos dias atuais, não dá à população o sentimento de certeza de que seu direito será atendido, mas de entraves na busca da justiça.

O extremo tecnicismo não se porta capaz de atender às mudanças sociais ocorridas, tornando a legislação ultrapassada e pouco eficiente. Nesses termos, “finalmente, os juristas

‘caíram na real’, tomando pé da realidade, para acreditar que, de fato, a legislação não é perfeita, e que possui lacunas, diversas vezes insuperáveis” (PEREIRA, 2015, p. 11).

Nesse ínterim, surge o constante e cada vez mais utilizado precedente servindo como segurança jurídica em contrapartida de legislações incoerentes ou arcaicas. Entrementes, ao contrário do sistema *common law*, no modelo *civil law* “o precedente é formado por expressar a opinião pessoal do julgador e não por expressar qual foi a melhor solução para um caso concreto” (OLIVEIRA, 2014, p. 14).

No *civil law*, o precedente possui o caráter persuasivo apto a orientar os tribunais inferiores, não necessariamente obrigando-os a terem o mesmo entendimento. A jurisprudência, em regra, não surte efeitos vinculantes, mas apresenta caráter de guia para as compreensões sobre aquela determinada questão.

A exaltação do precedente no Direito nacional teve seu apogeu com a instituição de súmulas vinculantes através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. É por meio dela que os tribunais tentam resolver os dissonantes entendimentos sobre um mesmo assunto.

Os precedentes no sistema *common law* são definidos para se usar a semelhança dos casos de igual maneira em outros fatos concretos. Nota-se que, quando se trata de precedente, é utilizada a expressão “semelhança”, pois um caso fático não será idêntico a outro. Quando há vinculação do entendimento jurisprudencial, os órgãos definem com retidão como se dará a decisão daquele julgamento, ocorrendo uma transparência de propósitos e uma segurança nos próprios Tribunais.

Aparentemente, no Direito brasileiro vem ocorrendo uma mutação do tradicional sistema jurídico existente, deslocando-se para um meio-termo entre as famílias *civil law* e *common law*, trazendo a jurisprudência a um patamar diferenciado nas fontes do Direito corriqueiras.

> Hoje não se pode afirmar, peremptoriamente, que no *common law* o precedente judiciário reina absoluto, sem restrições ou condicionamentos, como também não se pode afirmar que no *civil law* a norma legal reina soberana, afastadas outras fontes jurígenas. Em verdade, em cada qual dessas famílias o parâmetro valorativo dos atos e condutas é tomado em termo de *predominância*, e não de exclusividade, sendo cada vez mais evidente o ambiente de aproximação e integração. Assim é que no *common law* a norma legal (*Statute*) beneficia de prestígio crescente, ao passo que no *civil law* é o precedente judiciário que vai galgando espaços cada vez mais generosos e expressivos (MANCUSO, 2014, p. 68).

Conforme todo o exposto, a tendência de chegar ao Brasil um sistema híbrido ou misto se faz cada vez mais presente. Até porque não se pode inferir que um país em que se valoriza principalmente o precedente é necessariamente considerado um país residente no

sistema *common law*. Na mesma esfera, que um país precipuamente legalista seja filiado ao *civil law*.

Poderá perceber que, alguns mecanismos usados no sistema *common law* foram primordiais para dar celeridade nos procedimentos judiciais da família *civil law*. Tais institutos, além de primar por agilidade, tendo em vista que o poder judiciário encontra-se abarrotado em detrimento a alta judicialização, caso outro também propiciou um acesso à justiça adequado e igualitário.

O que se espera simplesmente é uma convivência harmônica entre os dois modelos dentro do mesmo território, sendo esse um facilitador da justiça agregando correntes filosóficas que, mesmo podendo ser consideradas convergentes, sigam com coerência os parâmetros legais num fim comum, qual seja, o bem social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, nesta época de intensa globalização, é preciso redefinir alguns conceitos para adequação do cenário da nova contemporaneidade. A teoria clássica da divisão dos poderes encontra-se defasada, haja vista que as atribuições se interpenetram de forma harmônica. No entanto, com a quebra de determinados paradigmas, sobretudo com a exaltação do Poder Judiciário e sua propulsão em detrimento dos outros, o contexto de um novo Estado se redesenha.

No presente artigo, foram apresentados os principais sistemas jurídicos existentes no mundo, sendo as maiores e mais influentes famílias: o *civil law*, derivado dos países de culturas romano-germânicas, e o *common law*, advindo dos países de culturas anglo-saxônicas. A aproximação destes sistemas no Direito ocidental passou de mera tendência a realidade no ordenamento jurídico pátrio.

O Brasil adota, em sua estruturação, o sistema *civil law* ou romano-germânico através de um histórico de alta demonstração codicística e com uma tendência legislativa forte e aparente. Por meio da grande interação cultural e econômica mundial, os países inclinam-se a modificações em detrimento dos parâmetros apresentados e assim ocorreu um grande movimento evolutivo em que o sistema *civil law* tende a se aproximar da família *common law*.

Com isso, vários sistemas vislumbrados na contemporaneidade não são propriamente puros, tendo angariado ingerências uns dos outros. O Brasil, verificando aspectos peculiares do sistema *common law* que poderiam ser utilizados na família *civil law*, se rende e traz para

si algumas características que possam auxiliar e melhorar o bom andamento processual e sua possível celeridade, sempre em busca da mais sonhada justiça ao caso concreto.

A mudança no paradigma do sistema *civil law* do Brasil vem, cada vez mais, por meio da utilização de outros parâmetros (fontes) com interferência da família *common law*. É o caso das jurisprudências, que estão assumindo crescente importância no país.

Percebe-se que os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* não estão isolados ou recusando mútuas interpenetrações; ao contrário, quando certo instrumento tende a dar um bom andamento processual, obter maior celeridade, minorar custos e dar amplo acesso à justiça, este é estendido e transportado às novas realidades.

Não se pode atualmente afirmar que o Brasil se encontra no sistema *civil law* puro, da forma como fora composto em seu criadouro, em que seu Direito se situava somente na norma posta. Outros mecanismos estão em igualdade com as legislações que foram devidamente transportados de outros sistemas, principalmente o *common law*, grande influenciador no ordenamento jurídico brasileiro. A afirmação de que o país possui o seu norte somente na lei é incorreta. A crescente utilização do Poder Judiciário como suporte dos outros poderes é exemplo claro do que está sendo dito.

Em que pese haver críticas e benefícios, certo é que afirmar que o sistema do país é *civil law* puro se torna incorreto. Dessa forma, com a *"commonlização"* da família brasileira, os sistemas de direito se fundem e inovam em algo mais apto à realidade contemporânea.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas *Civil Law* e *Common Law***: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em: 19 abr. 2017.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução António Manuel Hespanha; Manuel Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

HUME, David. **Ensaios morais, políticos e literários**. Tradução João Paulo Monteiro; Sara Albieri; Pedro Galvão. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2002.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro.** Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 10 jul. 2017.

NALINI, José Renato. Muito direito, pouca justiça. **Jornal O Estado de São Paulo**, 3 set. 2014. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,muito-direito-pouca-justica-imp-,1553961>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria Geral do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v. 6, n. 10, p. 43-68, Jan.-Jun 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. **A aproximação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* e sua influência ativista nas instituições dos sistemas de justiça brasileiras**. In: CONPEDI. Anais do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS. Florianópolis, 2015. p. 5-21. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y75l2>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common Law*. Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.