

**Lucas Buri de Macêdo**

**PRECEDENTES  
JUDICIAIS  
E O DIREITO  
PROCESSUAL CIVIL**

**6.<sup>a</sup> edição**  
revista e atualizada

2025

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## AS BASES DA TEORIA DOS PRECEDENTES: AS TRADIÇÕES JURÍDICAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A ATUAL CONVERGÊNCIA

---

### 1.1. OS SISTEMAS E AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Conjuntos de normas que regulam uma sociedade formam o que chamamos de sistema jurídico.<sup>1</sup> Nesse sentido, é possível falar em sistema jurídico brasileiro, português, japonês, norte-americano, espanhol, etc.

É certo que cada sistema possui peculiaridades próprias. O direito é forjado a partir de determinada cultura, que o condiciona. Ainda que um texto normativo seja exatamente igual em dois ou mais diferentes sistemas, figurando como mera tradução recíproca (caso haja diferença entre línguas), ainda assim é bastante plausível que a norma apresente diferenças substanciais. O direito concretizado, judicial ou extrajudicialmente, carrega as marcas daqueles que lhe interpretam e aplicam, exaltando as diferenças que o texto omitiu.<sup>2</sup>

Mesmo tendo em mente a natural diferença entre os diversos sistemas jurídicos, existem características comuns no funcionamento de tais sistemas, permitindo agrupá-los sob o conceito de tradições jurídicas. As tradições jurídicas são, então, conceitos úteis para operar em abstrato com diversos sistemas jurídicos, a partir de dados comuns ou bastante semelhantes.<sup>3</sup>

- 
1. Nesse sentido: "Todo *sistema* de direito, todo Direito, supõe um círculo social a que pertença. O Direito de um círculo social é de tal círculo, e não de outro. O direito francês é só da França e de *até onde* vá o círculo francês (colônias, etc.)". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo I, p. 30. O termo é utilizado similarmente, MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1. Afirma o autor: "A legal system, as that term is here used, is an operating set of legal institutions, procedures, and rules. In this sense there are one federal and fifty state legal systems in the United States, separate legal systems in each of the other nations, and still other distinct legal systems in such organizations as the Europe Union and the United Nations". Igualmente: HEAD, John Warren. *Great legal traditions*. Durham: Carolina Academic Press, 2011, p. 5-7. DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117. GUTIÉRREZ, Consuelo Sirvent; COLÍN, Margarita Villanueva. *Sistemas jurídicos contemporâneos*. México: Harla, 1996, p. 5. VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. I, p. 29-30. Utilizando sistema no sentido, por nós compartilhado, de tradição: LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10-12. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: RT, 2001, p. 44. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 63-64.
  2. LEGRAND, Pierre. "The impossibility of 'legal transplant'". *Maastricht journal of European and comparative law*. Maastricht, 1997, n. 4, p. 115-117.
  3. GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2000, p. 3. É o mesmo sentido que se dá a "famílias jurídicas", conforme utilizado por DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo:

Ao redor do mundo, são identificáveis diversas tradições jurídicas; porém a identificação do número e da qualidade das tradições dependerá do critério utilizado para distingui-las e classificá-las. Nesse sentido, é possível dividir as tradições com base nos seguintes elementos: formação e influência histórica; teoria e estruturação das fontes do direito; metodologia dominante do raciocínio jurídico; os princípios estruturais do sistema, tanto os jurídicos como os filosóficos, políticos e econômicos; utilização de conceitos específicos.<sup>4</sup>

Para o Direito ocidental, a mais significativa dessas divisões é a que se faz entre *common law* e *civil law*, as duas tradições predominantes e mais influentes, que partem de alguns desses elementos, como será discutido adiante.

Esta pesquisa dedica-se a demonstrar como a doutrina dos precedentes obrigatórios, típica do *common law*, foi recepcionada no Brasil, país tradicionalmente descrito como de *civil law*. Antes de o tema central ser abordado, é necessário superar alguns óbices macroscópicos, relativos à incompatibilidade entre essas tradições. O presente capítulo se destina a esse propósito.

## 1.2. O CIVIL LAW

### 1.2.1. Formação e extensão

Para compreender a tradição de *civil law*, a mais antiga e influente do ocidente, é indispensável que se faça referência à antiguidade, mais especificamente ao direito romano, pois é lá que essa tradição possui seus fundamentos. O próprio nome a ela atribuído “deriva do *jus civile*, o direito civil da república romana e do império romano”.<sup>5</sup>

É importante esclarecer que o nascimento da tradição de *civil law*, também denominada de romano-germânica ou romano-canônica,<sup>6</sup> não se dá necessariamente no direito romano. Quanto a esse ponto, são dois os posicionamentos.

É possível rastrear as origens de *civil law* até Roma, com o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Essa obra, precursora das codificações, foi aplicada em vários períodos da

---

Martins Fontes, 2002. Igualmente: MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 1. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 64-66.

4. GUTIÉRREZ, Consuelo Sirvent; COLÍN, Margarita Villanueva. *Sistemas jurídicos contemporâneos*, cit., p. 6. Sobre tais critérios e importante panorama das divisões feitas por diversos autores, ver DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*, cit., p. 121-131. Ver também: VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 37-44.
5. APPLE, James G.; DEYLING, Robert P. *A primer on civil-law system*. Disponível em: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/\\$file/CivilLaw.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CivilLaw.pdf/$file/CivilLaw.pdf), consultado em 7.10. 2013.
6. Apesar de ser comum o uso, inclusive feito adiante por nós, desses nomes como equivalentes, eles não o são. Explicamos: o termo “*civil law*” remete ao *Corpus Iuris Civilis*, publicado entre 529 e 534, referindo-se basicamente à experiência românica; os outros dois nomes pressupõem outros dados históricos, especificamente a influência do direito germânico do *usus modernus*, que se consolida por volta do século XVI, e da ordem jurídica pré-canônica e do direito canônico, sobretudo nas áreas de família, sucessões, crime e processo, que muito influenciam o direito europeu já no século XI e especialmente no XII. Sobre esses pontos, ver WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 15-18, 67-69 e 225-229.

história europeia.<sup>7</sup> A grande obra de JUSTINIANO é constituída da compilação de um grande complexo de textos jurídicos, determinada em 528 d.C., tendo por objetivos renovar o direito romano, tido como em estado de decadência, e garantir-lhe maior certeza jurídica.<sup>8</sup> MERRYMAN divide a tradição de *civil law* em três subtradições, sendo a primeira a de direito romano (imperial), tendo na compilação justiniana, portanto, seu momento inaugural.<sup>9</sup>

Noutro sentido, aponta-se a origem dessa tradição com o início das universidades no continente, sendo a primeira a Universidade de Bologna,<sup>10</sup> no século XI, seguida de várias outras universidades por toda a Europa, que assumiram o papel de centros difusores de cultura e do pensamento científico.<sup>11</sup> Apesar de se tratar de um momento diverso, o trabalho das universidades não esteve dissociado do direito romano: os acadêmicos trabalhavam a partir do *Corpus Iuris*, fazendo glosas ao seu texto à margem das páginas, com o intuito de construir um novo sistema jurídico.<sup>12</sup> Ainda assim, pode-se afirmar que é a “*rivoluzione universitaria*”, que, a partir de uma profunda modificação na formação dos juristas, “*fornirà i caratteri profondi della tradizioni di civil law come tradizione dei doctores, cioè come tradizione giuridica dotta, che non lavora solo sulla regola, ma sulle categorie concettuali, che permettono al giurista di inquadrare il mondo*”.<sup>13</sup>

De toda forma, parece que a questão da origem da tradição de *civil law* é um falso problema. São duas as razões: primeiramente, depende do preenchimento conceitual do que é *civil law*, levando ou não em conta fatores como a contribuição do direito canônico ou do germânico, fatores esses que alteram a data de sua formação se contabilizados; mais importante, parte do pressuposto de uma tradição

- 
7. “Justinian’s texts have been viewed from different perspectives by different peoples at different periods in European history. The revival of Roman law started in Italy, which remained the focus of its study and development through the later middle ages. In the sixteenth century, with the advent of humanism, France took over the leading role. In the seventeenth century, it was the turn of the Netherlands to give a new vision to the discipline and in the nineteenth century German scholarship transformed the subject yet again. In each period different aspects were emphasized” (STEIN, Peter. *Roman law in European history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 1-2. No mesmo sentido: BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 30-31).
  8. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 34-36. No mesmo sentido: MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 7. O autor ainda acrescenta uma interessante observação: “On publication of the *Corpus Juris Civilis*, Justinian forbade any further reference to the works of jurisconsults. Those of their works that he approved were included in the *Corpus Juris Civilis*, and henceforward reference was to be made to it, rather than to the original authorities. He also forbade the preparation of any commentaries on his compilation itself”.
  9. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 6.
  10. Sobre a influência e funcionamento da “*Scuola di Bologna*”, ver MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 29-33.
  11. Assim, DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 35. Afirma o autor: “A época em que surge, do ponto de vista científico, o sistema de direito romano-germânico é o século XIII. Até essa época, existem, sem dúvida alguma, elementos com a ajuda dos quais o sistema será constituído; mas parece prematuro falar de sistema e, talvez mesmo, de direito. Um primeiro período começa no século XIII, com o renascimento dos estudos de direito romano nas universidades”. Igualmente: VARANO, Vicenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 114-115.
  12. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 36.
  13. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 40-41. Sobre o tema, amplamente: SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa – Dal medioevo all’età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 125-130.

“pronta” ou “já formada”, o que é inexato, uma vez que a ideia de *civil law* serve para a representação de vários sistemas jurídicos que estão em constante transformação.

A despeito da sua origem, há importantes eventos históricos que definiram as características atuais dos sistemas romano-germânicos. São elas: o direito romano imperial, a filosofia católica e o movimento de codificação.<sup>14</sup>

O direito imperial romano foi extremamente bem acolhido na Europa continental, tido como a própria “razão escrita”,<sup>15</sup> mediante o estudo nas Universidades do *Corpus Juris Civilis*,<sup>16</sup> sobretudo do Digesto – cinquenta livros contendo fragmentos das obras dos principais juristas.<sup>17</sup> Com efeito, as bases jurídicas dos romanos foram absorvidas com profundidade pelo que hoje é o Ocidente: a eficácia do direito como técnica de exercício de poder e a sua aspiração irrestrita de vigência e aplicação em relação a todos, a burocracia e organização administrativa e financeira do Estado e a própria perspectiva do direito como ciência especializada e diferenciada.<sup>18</sup> Esse fenômeno, denominado renascimento ou recepção do direito romano, se dá a partir do século XII, tendo inicialmente ocorrido na Itália e gradualmente se expandido para a França, Espanha e Portugal, a seguir na Holanda e, por fim, se deu na Alemanha. É dessa experiência que resulta o *jus commune*, o direito comum reconhecido em alguns países da Europa continental, contraposto ao direito costumeiro local.<sup>19</sup> Nesse sentido, o estudo do Digesto – também chamado de *Pandectas* – é realizado ao longo da história; v.g. no século XIX na Alemanha, buscou-se o *usus modernum Pandectarum*, ou seja, a adaptação do direito justinianeu à sociedade alemã de então, o que caracteriza a conhecida escola pandectista.<sup>20</sup>

14. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 15-16. O autor enumera os dois primeiros fatores, mas o terceiro que traz é o “pensamento iluminista”, enquanto o que se traz neste trabalho é o movimento de codificação. Teve-se por bem tratar do racionalismo dentre as características e do movimento de codificação dentro os fatores históricos de definição da tradição jurídica romano-canônica.
15. “Os juristas medievais, na sua ingênua e ilimitada admiração pelo direito romano – como de resto por tudo aquilo que era romano: basta lembrar o Virgílio de Dante – pensavam que a sabedoria jurídica romana não tivesse elaborado simplesmente um direito próprio de uma determinada *civitas*, mas tivesse enunciado normas jurídicas fundadas na natureza e na razão; assumiam, assim, o direito romano como uma espécie de direito natural, que, nos confrontos do direito natural, assim como é geralmente entendido, apresentava a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa”. (BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*, cit., p. 31).
16. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 8-9. O autor explica a ascensão do direito romano imperial em momento posterior na Europa: “There was several reasons for this attention to the *Corpus Juris Civilis* and neglect of other available bodies of law. First was the conception of knowledge characteristic of medieval Europe that ‘we are dwarfs on giants shoulders’. The ancient wisdom of the giants was contained in great books: the Bible, the works of church fathers, Aristotle’s works. The great law book was the *Corpus Juris Civilis*, and specially the *Digest*. Its content was Roman law, the law of the Empire and the Church (because the Church lived under Roman law). As such it had the authority of both the pope and the temporal emperor behind it. This made it far superior in force and range of applicability to the legislation of a local prince, the regulations of a guild, or local custom”. Em seguida Merryman expõe a segunda razão: o reconhecimento do alto nível intelectual da obra (p. 9).
17. LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 36-37.
18. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 16-17.
19. Assim: VARANO, Vicenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 112-113. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 103-106. STEIN, Peter. *Roman law in European history*, cit., p. 1-2.
20. LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 37. Ver também DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 44-45.

A filosofia católica influencia fortemente o pensamento continental, especialmente de uma forma velada. Primeiramente, a recepção do direito romano clássico é, de certa forma, indireta, pois é fortemente caracterizada pela sua adaptação aos valores e princípios cristãos, fortes no último período romano, o que o modificou e, em certos pontos, até mesmo o descaracterizou.<sup>21</sup> Além disso, e de forma mais importante, tem-se grande influência pelo forte domínio que a Igreja exerceu durante todo o medievo nos aspectos morais e éticos, e “na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde, na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes dessa relação”.<sup>22</sup> De toda forma, está bastante claro que a Igreja é importante para a tradição de *civil law*: muitos aspectos do direito canônico são incorporados pelo direito romano, mediante as modificações realizadas pelos imperadores cristãos e – especialmente nas áreas de direito de família e de sucessões, direito penal e direito processual<sup>23</sup> – pelo *jus commune*.<sup>24</sup> No âmbito normativo, os valores do cristianismo ainda guardam grande influência: percebe-se que a “Revelação cristã reconhece a cada ser humano a condição de filho de Deus e atribui-lhe, por isso, um valor eminente”, e é nesse âmbito que se concebe a dignidade da pessoa humana, compreendida como próprio fundamento do direito e consagrada em diversos sistemas jurídicos, servindo como alicerce de mais um sem número de outras normas.<sup>25</sup>

Outro ponto de extrema importância histórica para a tradição romano-canônica é a codificação do direito, que tem seu marco com o Código Napoleônico.<sup>26</sup> O

- 
21. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 77-79. São interessantes as anotações de Merryman: “The study of canon law was joined with the study of the Roman civil law in the universities of the civil law world. Students studied “both law”. The degree conferred on a student who had completed the full course of study was *Juris Utriusque Doctor*, or *Doctor of Both Laws*, referring to the civil law and the canon law. Because the two were studied together in the universities, there was a tendency for them to influence each other; and the canon law, as well as the Roman civil law, helped in the formation of the *jus commune* that was subsequently received by European states” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 11-12).
  22. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 17-18.
  23. Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 12.
  24. “Su questa base si forma la tradizione medievale che identifica la grandezza di Roma con la Roma Cristiana. Il basso impero non appare come decadenza, ma splendore, in quanto importa addermazione della fede cristiana in tutti i campi” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952, v. I, p. 11).
  25. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 113-114. Perceba-se que o próprio direito brasileiro consagra o princípio, no art. 1.º, III, da CF/88. Não é diferente no direito francês, vide o CC, art. 16, no Direito alemão, vide art. 1, n. 1, da Lei Fundamental alemã, e no direito português, conforme art. 1.º da Constituição portuguesa. Sobre o ponto, destacando sua influência para o conceito da dignidade humana: OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais I*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 550-560.
  26. O Código Napoleônico inicia o movimento codificador, apesar de existirem precursores, como o código austríaco. Há quem entenda que o próprio *corpus iuris civilis* fosse um código, ocorrendo, no entanto, uma evolução terminológica no século XIX, levando a uma nova definição do que seja um “código”, assim DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 123-124. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 81. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 126-127. A originalidade da codificação francesa está na ideologia, que é tão marcante nesse movimento. Sobre a evolução política da revolução francesa, com importantes destaques de sua influência no direito constitucional francês, ver CAENEGEM, Raoul C. Van. *Il diritto costituzionale occidentale*. Roma: Carocci, 2003, p. 195-202.

código pode ser definido como “um livro de normas jurídicas, organizado segundo um sistema” e “caracterizado pela unidade da matéria vigente por todo o Estado, dirigido a todos os súditos ou sujeitos à autoridade política estatal”, sendo marcante também que “revoga todo o direito precedente sobre a matéria por ele disciplinada e, portanto, não pode ser integrado com material jurídico anteriormente vigente e destinado a longa duração”.<sup>27</sup> Trata-se de momento definidor na história recente dessa tradição, tendo o intuito também de acabar com a fragmentação e multiplicidade de regras jurídicas (advindas especialmente dos costumes), que constituíam sério problema para sua aplicação.<sup>28</sup> A codificação está estreitamente ligada ao racionalismo,<sup>29</sup> na medida em que busca dar trato científico, sistemático e exato ao direito,<sup>30</sup> tendo como “pressuposto interno mais geral” a convicção, própria do iluminismo, de que a atuação *racional* dos governantes ou da comunidade para modificar os costumes ou o direito, de uma forma geral, tem aptidão de criar, por si só, uma sociedade melhor.<sup>31</sup> Os códigos, portanto, têm esse aspecto revolucionário, na medida em que são verdadeiros “pré-projectos de um futuro melhor”, buscam romper com a tradição e os costumes, eliminando a história e criando uma verdadeira ruptura com o passado.<sup>32</sup> O movimento de codificação também constituiu uma afirmação de superioridade do Legislativo sobre o Judiciário, refletindo a desconfiança social em relação aos juízes por sua posição política.<sup>33</sup> Realmente, a codificação foi um instrumento histórico para reduzir a importância do Judiciário, como observa VAN CAENEGEM, expondo a desconfiança que se tinha nos juízes e a perspectiva dada à legislação:<sup>34</sup>

- 
27. No original: “Un libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema (...) e caratterizzate dall'unità di materia, vigente per tutto lo Stato (...), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente sulla materia da esso disciplinata e perciò non integrabile con materiali giuridici previgenti, e destinato a durata lungo”. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Mulino, 1976, l.
28. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 66. Igualmente: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, p. 206.
29. “A ligação do juracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 365-366). Igualmente, tratando da substituição do texto sagrado do *corpus* Justiniano pelo texto sagrado, baseado nos princípios racionais do Iluminismo, dos códigos, LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 58. Reconhecendo a ligação e concluindo por sua influência na criação do sistema burocrático de organização judiciária: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, cit., p. 87-88.
30. CORDEIRO, António Menezes. “Introdução à edição portuguesa”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXV.
31. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 366.
32. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, cit., p. 367-368. Similarmente: VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 129.
33. “L'intervento del Principe si affermò solo molto tardi, nel 1700. Il primo esempio è dato dal Codice estense del 1771, altrove si ebbero progetti e velleità mai realizzati; fu la Rivoluzione francese, con i suoi référé législatif, seguita dai codici del XIX secolo, ad affermare la superiorità del potere legislativo su quello giudiziario” (Pier Giuseppe Monateri; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 70). Mais na frente, o autor justifica: “Il diritto era emerso con la legge, le legge era opera non di professori o di magistrati che non avevano alcun mandato di agire in nome della nazione, ma era opera del legislatore, l'unico rappresentante del popolo sovrano” (p. 90).
34. CAENEGEM, R. C. Van. *Judges, legislators & professor: chapters in European legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 152-153. Tradução livre: “A codificação foi historicamente uma arma contra o judiciário, ou a casta dos *noblesse de robe*, que detinha seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que nunca haviam sido escritos em

Codification was historically a weapon against the judiciary, or the caste of the *noblesse de robe* who owned their offices and invoked nebulous that were nowhere written down. It served also against the doctors of law who bandied about learned quotations from books that were thousand years old or from other doctors who buried justice under heavy tomes, full of contradictions and fit only to lead the common man astray. Complaints about Roman law in the enlightened eighteenth century are eloquent witnesses to this criticism. In contrast to all this, legislation by elected representatives, issued in the form of codes, was the dearest wish of the people. The legislation of the French Revolution was the most eloquent expression of this sentiment. It was aimed against privilege and discrimination, for freedom from personal subjection and legal equality and even, in some phases of the Revolution, for economic equality, the abundant production of material goods and the sharing of wealth. Legislation stood for popular law, for innovation; Roman law and Parliaments stood for immobility and the *ancien régime*.

Como bem observam MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, não é a existência de códigos que conota ser determinado sistema *civil law* ou *common law*, mas sim a utilização da codificação como expressão de uma determinada ideologia.<sup>35</sup> Busca-se eliminar todo o direito anterior, criando uma aversão ao historicismo, a partir da ideia de que o código é o início e o fim dos estudos de determinada matéria.<sup>36</sup> Há a pretensão de eliminar a complexidade do direito, trazendo clareza e simplicidade, inclusive com o fim de tornar os juristas desnecessários – uma gritante utopia.<sup>37</sup> E pretendia-se que os códigos fossem completos, baseando-se na ideia de que todas as soluções estariam neles previstas. Assim, caberia ao

---

lugar algum. Ela serviu também contra os doutores do direito, que cogitavam sobre citações aprendidas de livros que possuíam mil anos de idade ou de outros doutores que enterravam a justiça sob pesados tomos, cheios de contradições e úteis somente para deixar o homem comum desorientado. Reclamações sobre o direito romano no iluminado século dezoito são eloquentes testemunhas desse criticismo. Em contraste a tudo isso, legislação feita pelos representantes eleitos, emitida em forma de códigos, era o mais querido desejo do povo. A legislação da Revolução Francesa era a mais eloquente expressão desse sentimento. Ela era dirigida em desfavor de privilégios e discriminação e buscava liberdade de sujeição pessoal e igualdade jurídica e, até mesmo, em algumas fases da Revolução, igualdade econômica, a abundante produção de bens materiais e a divisão da riqueza. Legislação representava a lei popular, a inovação; direito romano e parlamentos representavam a imobilidade e o *ancien régime*”.

35. *The civil law tradition*, cit., p. 27-28. Nota o autor: “The distinction between legislative and judicial production of law can be misleading. There is probably at least as much legislation in force in a typical American state as there is in a typical European or Latin American nation. (...) The amount of legislation and the degree of authority of legislation are not useful criteria for distinguishing civil law systems from common law systems”, e acrescenta, “Nor is the existence of something called a code a distinguishing criterion. California has more codes than many civil law traditions, but California is not a civil law jurisdiction” (p. 27).
36. Releva-se que não foi a codificação *per se* responsável por esse rompimento com a história, mas sim os juristas da época, da escola da exegese. Com efeito: “Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isso foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*, cit., p. 73. Ver também: SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 393).
37. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, John Henry. *The civil law tradition*, cit., p. 29.

legislador criar o direito e ao juiz aplicá-lo de forma técnica.<sup>38</sup> O movimento da codificação, portanto, guarda fortes laços com a estrita separação de poderes e é legítimo fruto da ideologia racionalista.<sup>39</sup>

A formação da tradição jurídica romano-canônica teve palco na Europa continental. Por efeito da empreitada colonizadora realizada por países como Espanha, Portugal, Holanda e França, ela é espalhada por todo o mundo: trata-se da mais disseminada tradição jurídica. A influência do *civil law* nas Américas é forte. A América do Sul, por exemplo, é composta exclusivamente por países caudatários dessa tradição. Da mesma forma, o movimento colonizador expande a tradição de *civil law* na África e Madagascar, como também na Ásia e Indonésia.<sup>40</sup> É evidente que os sistemas jurídicos de tais locais guardam grandes distinções em relação aos da Europa continental, entretanto é inegável a influência da formação jurídica romano-canônica em seus sistemas.

Tais pontos são essenciais para a compreensão precisa do *civil law* em seu sentido clássico, e, sobretudo, suas características, que serão analisadas a seguir.

### 1.2.2. Características tradicionais do *civil law*

Analisar-se-á, neste ponto, os “sintomas” dessa tradição: uma rígida tripartição de poderes; a função e o valor dos juízes e dos legisladores; as fontes do direito; a configuração do direito como ciência e o papel da doutrina; as categorias legais e o raciocínio jurídico; a divisão entre direito público e direito privado; e a divisão da “jurisdição” em ordinária e administrativa. Todas essas características se inter-relacionam, constituindo o todo que se entende como a clássica tradição de *civil law*. Muito embora elas sejam atribuídas à sua configuração, é notável que muitas dessas características clássicas já não são preponderantes ou mesmo existentes em vários ou mesmo na maioria dos sistemas dessa tradição.<sup>41</sup>

38. “Caratteristico del codice ottocentesco è anche il suo costituire uno strumento volto ad accreditare l’opera dei giuristi come meramente *tecnica*. È con il codice ottocentesco che si realizza quanto è considerato un cardine della tradizione giuridica occidentale, ovvero il divorzio tra diritto e politica, sottolineato dall’idea per cui l’attività dei giuristi non è mai creativa: è solo cognitiva e in nessun caso valutativa” (MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 81).

39. É a ideologia que subsidia a codificação que melhor representa a bipartição das tradições. Elucida o ponto a lição de Merryman e Pérez-Perdomo: “An entirely different set of ideals and assumptions is associated with the California Civil Code, or with the Uniform Commercial Code as adopted in any American jurisdiction. Even though such codes may look very much like a French or German code, they are not based on the same ideology, and they do not express anything like the same cultural reality. Where such codes exist, they make no pretense of completeness. The judge is not compelled to find a basis for deciding a given case within the code. Usually, moreover, such codes are not rejections of the past; they do not purport to abolish all prior law in their field, but rather to perfect it and, except where it conflicts with their specific purposes, to supplement it. Where some provision of a code or other statute appears to be in possible conflict with a deeply rooted rule of the common law, the tendency will be to interpret the code provision in such a way as to evade the conflict. ‘Statutes in derogation of the common law’, according to a famous judicial quotation, ‘are strictly construed’” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, John Henry. *The civil law tradition*, cit., p. 33. Nesse sentido: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 53-55).

40. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 77-81. LOSANO, Mario G.. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 301-305.

41. DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*, cit., p. 172.

O *civil law* é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por MONTESQUIEU. Para o jusfilósofo francês, seriam três os poderes, basicamente divididos em criar as leis e aplicá-las, sendo estes últimos dois: a aplicação de modo coletivo, com o fim de realizar políticas públicas e em prol da coletividade, e a aplicação no caso concreto: executivo e judiciário.<sup>42</sup> Certamente, essa caricatura está longe de representar a complexidade do que realmente se vivencia nos sistemas jurídicos, mas se deve reconhecer que a proposta possui ainda grande influência e se encontra nos fundamentos do pensamento dos juristas dessa tradição.<sup>43</sup> A partir da tripartição dos poderes, outorgou-se ao Legislativo toda a atividade produtiva do direito, e exercer jurisdição não seria mais do que enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de *la bouche de la loi*, exercendo um poder nulo.<sup>44</sup> Nessa perspectiva, ou o juiz julga em conformidade com a lei – em clara substituição ao Direito – ou julga arbitrariamente.<sup>45</sup> É de reconhecer que a “insistência na separação de poderes destinou-se a prevenir os abusos cometidos pelo soberano e igualmente a conter os excessos em que incorriam os magistrados do regime anterior”,<sup>46</sup> o que demonstra que esse modelo de tripartição, como não poderia deixar de ser, teve importante compromisso ideológico e finalístico com o seu tempo.

Essa primeira e importantíssima característica leva, necessariamente, à segunda: a função e o valor dos juízes e dos legisladores. Como já se disse, a partir da codificação e das concepções do positivismo legalista, desenvolveu-se o ideal de que *criar* o Direito seria tarefa exclusiva do legislador, vedada aos magistrados, que deveriam se limitar a simplesmente *aplicar a lei*.<sup>47</sup> Essa concepção parte do pressuposto de que

42. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92-94.

43. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, John Henry. *The civil law tradition*, cit., p. 16-19.

44. “Al potere giudiziario, che Montesquieu qualifica come ‘quase nullo’, spetta non già creare le regole ma di applicare la legge, in modo però differenziato: mentre nel regime della repubblica il giudice deve limitarsi ad una sua applicazione automatica e per così dire meccanica – celebre è l’espressione che assegna al magistrato la funzione di rappresentare semplicemente ‘la bocca della legge’: ‘la bouche de la loi’ – nelle monarchie al giudice è riconosciuto un ruolo maggiore, che lo abilita a fare ricorso anche allo ‘spirito della legge’” (SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 396). A ideia de mera declaração da *vontade concreta da lei* teve como grande defensor no processo o Giuseppe Chiovenda. Confira-se, por exemplo, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, especialmente v. 1, p. 4-5. O entendimento é hoje ultrapassado pela teoria do direito, especialmente pelas noções incorporadas da linguística e da hermenêutica, embora, fundamental notar, ele cumpriu um papel retórico estratégico relevante no tempo em que elaborado. Grave, todavia, é perceber que tal concepção do mestre italiano, ainda hoje, em um contexto histórico muito diverso e após tantas contribuições à percepção do direito, continua sendo sustentado por vários juristas, inclusive brasileiros.

45. Expondo o posicionamento e criticando-o: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., p. 97-98. Da mesma forma: ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26.

46. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação de tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 26.

47. É interessante o relato sobre a concepção francesa: “The only legitimate source of law is ‘the law’, which is equated with statutory law because, as stated in the Declaration of the Rights of Man of 1789, ‘the Law is the expression of the general will. Therefore (a) it is deductive, because the judgment is conceived as a syllogism; (b) it is principally legalistic, but it should be noted that, because of the importance of the ‘qualification juridique des faits’, courts tend to discuss, not the meaning of the statute, but the nature of the facts, in order to establish whether they can be subsumed under the categories of the law; this discussion tends to be substantive, although it is usually concise; (c) opinions are magisterial”

a lei seria completa e simples, portanto capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados, e mais: todo fenômeno jurídico se esgotaria na lei. Assim, as próprias lacunas legais deveriam ser resolvidas pelos juízes com base na vontade do legislador: “o dogma da onipotência do legislador implica, portanto, um outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da completude do ordenamento jurídico”.<sup>48</sup> Em algumas propostas de codificação, obrigava-se o julgador, em caso de omissão, contradição ou obscuridade da lei, a recorrer à assembleia legislativa para resolver o problema, afirmando radicalmente o princípio de que o juiz não poderia criar direito.<sup>49</sup>

O magistrado seria um mero funcionário público, de certa forma burocrático, que deveria basicamente receber os fatos e dar a sentença de acordo com a predisposição legal: o juiz seria um autômato, a simplesmente repetir o que o legislador já dissera.<sup>50</sup> O legislador, por sua vez, deveria criar o Direito, tratando em seus códigos de todas as situações da vida que porventura pudessem vir a juízo, de forma sistemática e precisa, o que edificaria todo o monumento jurídico, consagrando a vontade e os valores do povo.<sup>51</sup>

Assim, o *valor* da função judicial é mínimo na clássica configuração do *civil law*. É possível encontrar raízes ainda mais profundas para o status do juiz de tradição romano-germânica: em Roma, anteriormente ao império, os *iudex* não eram pessoas proeminentes e não possuíam muito poder, resolvendo contendas com base na fórmula previamente fornecida pelo *praetor*.<sup>52</sup> Com a revolução e a consagração da separação de poderes, a imagem dos juízes não passa da de “operadores de uma máquina construída pelo legislador”.<sup>53</sup> Aliás, com a codificação, o mote era não só tornar institucionalmente irrelevantes os juízes, mas também todos os demais juristas práticos: a obra do legislador seria resposta suficiente para a sociedade. Enquanto os juízes, como se disse antes, representavam o *ancién régime*, o legislador

(TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. “Precedent in France”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 107).

48. BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico*, cit., p. 74.

49. FARALLI, Carla. “Certeza del derecho o “derecho a la certeza”?”. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Vol. 4, 2003, p. 57.

50. CAENEGEM, Raoul C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 89-90.

51. Trata-se do “otimismo característico do Racionalismo”, na busca da certeza jurídica, cf. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação de tutela nos processos declaratórios*, cit., p. 20-21.

52. Nesse sentido, veja-se a seguinte passagem de clássica obra-prima: “Si potrebbe anche dire, trasferendo all’ordinamento romano un concetto tutto próprio allo Stato moderno, che l’appello al principe valse anche al mantenimento dell’uniformità della giurisprudenza forense; ma, se questo potrebbe dirsi esattamente in teoria, in pratica nello Stato romano non fu fortemente avvertito il bisogno di una tale uniformità né di un mezzo istituito per mantenerla. La interpretazione giudiziaria, principalmente perché le sentenze dei giudici romani non contenevano ampia motivazione, non assunse mai in Roma quella importanza che essa di fatto se non di diritto ha assunto modernamente; quantunque anche nelle Fonti si parli di una *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, certo è che il precedente *giudiziario* non ebbe mai in Roma, neppur soltanto in pratica, l’efficacia di creare il diritto, come l’ebbero i *responsa prudentum* ossia il precedente *dottrinario*: contro qualunque tentativo di attribuire a una decisione giudiziaria una efficacia che trascendesse i limiti del caso deciso, espressamente ammoniva Giustiniano che *non exemplis, sed legibus iudicandum est*” (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* (volume I). *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1976, v. 6, p. 82).

53. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 35-37.

era o herói da revolução: representava a ascensão do povo ao poder e a renovação das ideias e, portanto, nada mais racional do que lhe atribuir, com exclusividade, a criação do Direito.<sup>54</sup>

Com efeito, percebe-se que a partir da Revolução Francesa buscou-se atribuir, mediante uma retórica estratégica,<sup>55</sup> um *autor único e indiscutível* para o sistema jurídico, “o povo”, que exercia sua vontade por meio da produção das leis, por isso, vinculantes. Mais ainda: afirma-se que *todas as normas aplicadas* são advindas exclusivamente dessa fonte, e que para sua aplicação e interpretação bastaria um processo simples para averiguar uma vontade verdadeiramente existente, mediante uma lógica infalível; conseqüentemente, a aplicação de normas respeitaria uma mecânica.<sup>56</sup> É notável que a opção pela descrição do funcionamento do Direito dessa forma tem por escopo a limitação dos poderes judiciais, exaltando o valor segurança jurídica.<sup>57</sup>

Essas características são muito importantes para definição das fontes do direito. A fonte do direito do *civil law* é, por excelência, a lei, e muitas vezes lei e Direito se confundem, construção da escola da exegese que ainda é influente, enquanto as outras fontes jurídicas – costume, doutrina e jurisprudência – são de importância secundária.<sup>58</sup> O direito poderia ser observado em sua completude na obra do legislador, o único que poderia legitimamente criá-lo. Com efeito, o positivismo legalista, que defendeu o Legislativo como único ente autorizado à produção do Direito, e reduzindo todo o fenômeno jurídico à lei, foi marcante na tradição romano-canônica, e ainda hoje se apresentam sequelas dessa ideologia.<sup>59</sup> Essa corrente resultou na desconsideração dos costumes<sup>60</sup> – pois é extraestatal – e da jurisprudência –, pois advém de órgão não autorizado – como fontes do direito.<sup>61</sup>

Nos sistemas de *civil law*, há intensa preocupação com a *ciência do direito*. Busca-se enunciá-lo a partir de conceitos. Tais conceitos seriam logicamente inferidos de outros, e deles vários novos conceitos poderiam ser deduzidos.<sup>62</sup> O trabalho, até mesmo prático, muitas vezes se limita a operar com conceitos abstratos,

54. VARANO, Vicenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 171.

55. Sobre a significação do termo: ADEODATO, João Maurício. *Teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

56. POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1950, p. 7-8 (Tradução do “Interpretations of legal history”, de 1946).

57. “En la teoría de la codificación el problema de la certeza del Derecho halla respuesta pues — tanto desde el punto de vista de la producción como desde el de la aplicación — en una jerarquía de las fuentes del Derecho, en cuyo punto más alto se encuentra la voluntad soberana (la ley) y en una posición subordinada la interpretación de los jueces, que no pueden ser, por decirlo con la expresión de Montesquieu, otra cosa que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley”. FARALLI, Carla. *Certeza del derecho o “derecho a la certeza”?*, cit., p. 58. No mesmo sentido: GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 205-206.

58. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Il modello di civil law*, cit., p. 92.

59. Ver, sobre isto, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., p. 89-94.

60. Sobre o tema: SEIXAS, Marcus. *Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática*. Salvador: Juspodivm, 2019.

61. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 148-149.

62. Sobre a trajetória histórica do *civil law* como direito científico e produzido dessa forma, tornando compreensível esse modelo, ver o elucidativo texto de CAENEGEM, Raoul C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 54-60.

negligenciando a facticidade e tentando elevar o que é feito em um caso concreto a uma conceptualização abstratizada: assim, os juristas acabam mais preocupados em encontrar teorias cientificamente aplicáveis do que em resolver problemas práticos com justiça.<sup>63</sup> Preocupa-se com a universalidade a partir da negativa dos fatos, daí a negligência da jurisprudência, que seria efeito de uma atividade prática e casuística, portanto não especulativa.<sup>64</sup> No fim das contas, busca-se aproximar o Direito da epistemologia das matemáticas.<sup>65</sup>

Nesse contexto, a produção doutrinária possui extrema relevância. É trivial que sentenças e votos sejam redigidos fazendo referência a obras de juristas renomados, acatando suas lições, e que leis sejam criadas com substrato em lições doutrinárias, senão por meio da própria convocação dos professores para sua redação. A doutrina desempenha um papel de extrema relevância no *civil law*: mesmo que seja reconhecida como fonte meramente subsidiária do direito, a formação dos estudantes do direito – que serão juízes, legisladores e operadores em geral – é fortemente marcada pelas lições doutrinárias, levando a toda uma prática jurídica fundamentada no trabalho dos professores de direito.<sup>66</sup>

Como se viu, as universidades foram decisivas para a formação dessa tradição, e muito do pensamento engendrado nesses centros marcam a configuração tradicional do *civil law*. Nesse sentido, pode-se dizer que a tradição romano-germânica foi fundada sobre uma comunidade de cultura, e mais, RENÉ DAVID chega a afirmar que ela “surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política”.<sup>67</sup>

Todo esse contexto leva a que o raciocínio do jurista de *civil law* seja marcado pelas categorias e conceitos legais.<sup>68</sup> Há uma quebra e separação estanque entre o raciocínio jurídico, baseado em um ato de conhecimento e valorativo, e a opção política por uma solução. A tradição de cientificidade leva à assunção de que os juristas devem raciocinar de forma dedutiva, e é defendido por muitos que a lógica subsuntiva é a forma de raciocínio adequada e suficiente para a aplicação da norma: caberia tão só elevar os fatos às normas, trabalhar os seus conceitos e classificações, chegando à conclusão dada pelo sistema.<sup>69</sup> Com isso em mente, a Constituição napoleônica reformou drasticamente o Judiciário francês, o “juiz do povo”, já que antes era

63. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 64.

64. ALPA, Guido. *Istituzioni di diritto privato*. Torino: UTET, 2002, p. 2.

65. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*, cit., p. 38-41.

66. “Legislators, executives, administrators, judges and lawyers all come under the scholars’ influence. Scholars mold the civil law tradition and the formal materials of the law into a model of the legal system. They teach this model to law students and write about it in books and articles. Legislators and judges accept their ideas of what law is, and, when legislators and judges make or apply law, they use concepts the scholars have developed. Thus, although legal scholarship is not a formal source of law, the doctrine carries immense authority” (MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*, cit., p. 60. No mesmo sentido: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 163-164. CAENEGEM, Raoul. C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 87. VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 189-190.).

67. DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, cit., p. 40-41.

68. Nesse sentido: GLENN, H. Patrick. *Legal traditions of the world*, cit., p. 128-129. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 55.

69. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 62-63.

eleito diretamente, é substituído pelos juízes profissionais, nomeados pelo primeiro cônsul – essas modificações essenciais na organização judiciária francesa se mantêm até hoje –; tais mudanças simbolizam bem a passagem da prática jurídica de uma atividade criativa para outra estritamente técnica.<sup>70</sup>

Realmente, desde os primeiros dias na faculdade de direito os *civil lawyers* são apresentados a conceitos que possuem grande importância para a tradição romano-canônica. Notoriamente, dois dos mais importantes deles são os que configuram a divisão máxima: Direito Público e o Direito Privado. Esses conceitos fazem-se presentes em todos os sistemas romano-germânicos. Eles ensinam que cada um dos ramos seja estudado a partir de princípios e regras distintas, baseados na ideia de que os interesses gerais, representados pelo Estado, e os dos particulares não teriam a mesma importância e, portanto, merecem estruturas, regimes e até jurisdições diferentes.<sup>71</sup> Certamente, uma das principais razões para a bipartição é o conceito de separação de poderes francês, que veda a apreciação dos atos da administração pelo Judiciário e impõe a diminuta intervenção do Estado na relação entre particulares. Tanto é verdade que fatores históricos são determinantes para tais conceitos que não têm reprodução no *common law*.<sup>72</sup>

Finalmente, com base na divisão dos poderes e na *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, há a tradicional divisão da jurisdição em administrativa e privatística ou ordinária. Nos países de *civil law*, tradicionalmente haveria uma repartição da jurisdição: não é possível aos juízes ordinários interferirem nas ações da Administração ou do Legislativo, que deveriam ter seus conflitos resolvidos em seu próprio seio, enquanto os particulares afirmariam suas ações perante o Judiciário comum.<sup>73</sup> Assim, haveria uma “jurisdição” administrativa e uma jurisdição comum, tudo baseado na ideia de tripartição de poderes e, conseqüentemente, na concepção de que não cabe aos juízes criar regras gerais, sendo-lhes proibido adentrar os campos destinados aos outros ramos do Estado.<sup>74</sup> Com efeito, o que se proíbe nesse modelo é o *judicial review*, ou seja, a revisão pelo judiciário dos atos do Estado, de

70. CAENEGEM, Raoul C. Van. *Il diritto costituzionale occidentale*, cit., p. 212. Sobre uma evolução histórica em perspectiva comparada da profissionalização dos juízes, ver CAENEGEM, Raoul C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 131-145.

71. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 85-87

72. VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*, cit., p. 147-150.

73. “A typical civil law nation will also have a set of administrative courts, entirely separate and exercising an independent jurisdiction. The basic reason is, again, the revolutionary doctrine of separation of powers. One of the complaints against the judiciary (i.e., the ordinary judiciary) in pre-evolutionary France was that the judges wrongly interfered with the administrative work of the government in a variety of ways. In England the courts had the power of *mandamus* (to compel an official to perform a duty) and *quo warranto* (to question the legality if an act performed by a public official). In France, by contrast, one objective of the revolutionary reforms was to deprive ordinary judges of any power to determine the legality of administrative action or to control the conduct of government officials. Just as the separation of the legislative and judicial powers denied judges any opportunity to interfere in the legislative process, so the separation of the administrative and judicial powers denied them that opportunity in the administrative process” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition*, cit., p. 88).

74. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*, cit., p. 103-104. Os autores demonstram que há diferenças substanciais entre a jurisdição ordinária e a “jurisdição” administrativa, valendo a pena citar diferenças no recrutamento e treinamento dos juízes.

uma forma geral, sejam os atos administrativos ou mesmo os atos do Legislativo (controle de constitucionalidade das leis).<sup>75</sup>

### 1.3. O COMMON LAW

#### 1.3.1. Formação e extensão

Diferentemente do *civil law*, no qual as duas rupturas históricas são características indispensáveis para sua compreensão, a tradição de *common law* é caracterizada por sua continuidade: é uma evolução histórica marcada por um elevado grau de constância.<sup>76</sup> Essa característica é especialmente atribuída ao direito inglês, que representou solitariamente essa tradição até o século XVIII, sendo nesse sistema, portanto, que ocorre a formação do *common law*. A continuidade histórica do direito inglês é dado extremamente relevante, e sua considerável estabilidade é motivo de orgulho para os juristas dessa tradição,<sup>77</sup> o que torna a análise histórica ainda mais importante para a compreensão do *common law*.<sup>78</sup>

O ano de 1066 é de extrema relevância para a Inglaterra, pois foi quando se deu a conquista da Inglaterra pelos Normandos. William, o Conquistador, impõe a vitória na Batalha de Hastings e passa a deter o poder sobre a ilha.<sup>79</sup> As reformas começaram logo: estabeleceu-se o feudalismo; a organização e política fiscais foram bastante melhoradas e fortificadas; à Igreja foi dado poder e, ao mesmo tempo, foi retirada sua ingerência no Estado, separando-se os tribunais canônicos dos estatais; a organização e registro das terras – condado por condado, vila por vila – foram feitos com rigor, esclarecendo e sedimentando os direitos da coroa e os recursos tributáveis, tudo no conhecido *Domesday Book*. O trabalho realizado nesse período, portanto, foi eminentemente de sistematização, ou seja, a grande contribuição dos normandos foi o espírito de administração inteligente, de governo organizado e de execução severa dos direitos reais, base determinante para a construção da tradição de *common law*. Apesar das reformas mencionadas, é importante destacar que os normandos tiveram grande tolerância com as leis e costumes ingleses, mantiveram

75. Sobre a formação do *judicial review* e sua situação na Europa, ver: CAPPELLETTI, Mauro; ADAMS, John Clarke. "Judicial review of legislation". *Harvard law review*. Cambridge, 1966, n. 6, vol. 79, p. 1207-1224. Sobre seu surgimento, ver também: PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 61-69.

76. A isso se adiciona uma tendência geral dos historiadores ingleses de observar e relatar as coisas como contínuas, ainda que haja diferenças expressivas, conforme Caenegem eles: "...were inclined to see every new phase in history not as an innovation, let alone a revolution, but as 'further adaptation' of old institutions" (CAENEGEM, Raoul C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 6-9).

77. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 355.

78. "Since the common law is a 'seamless web', every lawyer may have to take into account some precedent or some enactment going back any number of centuries (in fact, back to the time of Richard I, the limit of legal memory). This means that every jurist who wants to study the merits of a case in depth may have to hove across the centuries and become a legal historian, or should one say, a historical lawyer" (CAENEGEM, Raoul C. Van. *Judges, legislators & professors*, cit., p. 14).

79. CAENEGEM, Raoul C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 8-9. O cognome "o Conquistador" é tido como inadequado, pois William "pretende reinar na Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, o Confessor, e não pelo direito da conquista" (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 357).

suas *Hundred Courts* e *County Courts*, e foi publicada uma carta régia expressamente acolhendo a aplicação do direito anterior para os nativos.<sup>80</sup>

Sobre a importância desses acontecimentos, são significativas as palavras de CAENAGEM.<sup>81</sup>

The events of 1066 were a cataclysm of first magnitude. They were much more than the mere accession of a new dynasty (not something new to the English) or even the massive dispossession and elimination of a native aristocracy: they created a split society, a country inhabited by two nations, the *Franci* and the *Anglici*, where a dominant minority introduced values, rules and a language different from those of the native masses. Led by the duke of Normandy, a band of knights accustomed to live in a feudal society, followed by clerics familiar with the latest papal ideas, came over from the Continent with a retinue of servants and traders and took over the kingdom of England, its churches and its landed wealth. They installed a military and quasi-colonial regime and covered the country with their proud, mighty castles and cathedrals. Eventually the country returned to a more normal state of affairs and the two nations and the two traditions amalgamated into one English country that was neither Anglo-Saxon nor Norman (nor Danish, nor Flemish, to name two minority groups that left their marks in certain regions). It was ruled by an English king, lived under a common law, and spoke one language. The history of England between 1066 and Magna Carta can be written in terms of this conflict and the ensuing synthesis, of which the kings were the architects.

A conquista e suas mudanças acabaram por gerar uma grave insegurança jurídica. Primeiramente, os costumes eram a principal fonte do direito e é notável que se trata de dado dificilmente aferível, gerando já algum grau de incerteza. Sobre-se a isso o fato de que dois grupos étnicos, com costumes distintos, passaram a coexistir: o direito costumeiro inglês manteve-se juntamente com o direito feudal recém-traído do continente. Complicando ainda mais, os anglo-saxões mantinham a justiça comum funcionando juntamente com a canônica, o que foi prontamente extinto com a conquista normanda, separando competências para a jurisdição sobre o direito dos comuns e sobre o direito canônico, ocupado em solucionar questões eclesiásticas e seguindo o direito comum a toda a cristandade. Finalmente, mais uma razão de insegurança: enquanto se preservaram as cortes locais, os assuntos da coroa, especialmente fiscais e criminais, compreensivelmente possuíam uma justiça

80. PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*. 5. ed. Little, Brown and Co., 1956, p. 11-14. O curto texto da carta é o seguinte: "King William greets in friendly wise William the bishop and the portreeve, and all the burgesses in London, both French and English. I let you wit that I will that you two be worthy of all the laws that you were worthy of in King Edward's day. And I will that every child be his father's heir after his father's day, and I will not endure that any man offer any wrong to you. God keep you".

81. CAENAGEM, Raoul C. Van. *The birth of the english common law*, cit., 1988, p. 4-5. É interessante o reflexo deste processo de união na língua inglesa: "The amalgamation of the two nations can also, of course, be observed in the development of the English language which after a massive absorption of French words emerged from the crucible of the Norman occupation as a very different tongue from that of Alfred the Great and Edward the Confessor". Sobre o tema, destacando a importância da língua inglesa para o *comon law*, ver, MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 38-40.

própria. Notavelmente, o sistema de justiça passava por uma crise no primeiro século após a conquista, gerada pela multiplicidade de costumes e competências, não sendo rara a intervenção do rei, por meio de um *royal writ*, ordenando ou proibindo algo.<sup>82</sup>

Tais problemas, aliados à administração criada pelos reis normandos,<sup>83</sup> acaba por gerar um movimento de centralização e especialização, conduzido pelos reis Henry I e Henry II, que culmina com a sedimentação, no século XIII, do Tribunal Real de Justiça (*King's Court* ou *Curia Regis*), vulgarmente designado *Court of Westminster*, tomando o nome do lugar onde se estabeleceram seus juizes, órgão de grande valor para a formação do *common law*.<sup>84</sup> Esse desenvolvimento foi paulatino. Inicialmente, a justiça real fez uso de grupos viajantes, conduzidos pelos *Justiciars*, que passaram a ser conhecidos como “juizes em deslocamento” (*justices in eyre*), tendo sido responsáveis por tornar o costume e prática da *King's Court* mais familiar e espalhá-los pela nação. Os *justices in eyre*, entretanto, acabam por se tornar decadentes, especialmente pelo abuso de suas funções mediante a constante aplicação de multas, resolvendo-se fixar os juizes do rei em um único lugar, Westminster. Àquela altura, ficava evidente, então, que seria necessária alguma medida de especialização na *Curia Regis*, passando a casa a deter ramificações, ainda que em linhas não estritamente funcionais. Assim, o *Exchequer*, mais velho departamento governamental, cuidava das finanças do reino; a criação legislativa foi atribuída especialmente ao Parlamento; a jurisdição foi confiada aos tribunais, a *Court of Common Pleas* e a *Court of King's Bench*; e deveres administrativos ao Conselho. É importante notar que o desenvolvimento desses corpos governamentais não foi criado com uma ideia de classificação e, muito menos, de separação de poderes, mas sim da evolução de linhas administrativas a partir de práticas preordenadas.<sup>85</sup>

Dessa forma, com o término do reinado de Henry III e o início do de Edward I, a Inglaterra já possuía quase todos os elementos para a configuração do sistema judicial atual.<sup>86</sup> A centralização e a especialização dos Tribunais Reais, tornando-os

82. CAENEGEM, Raoul C. Van. *The birth of the common law*, cit., p. 12-17. Ver também: SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 207-208. É importante destacar que, até o século XIX, os Tribunais Reais só são acessíveis em casos excepcionais.

83. “The secret is surely to be found in the permanence of the administration established by the Norman kings, which withstood all these shocks, grew, prospered and finally (as every administration must) became the parent of new law, and of new legal machinery” (PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*, cit., p. 20). De forma bastante sumária: “A unidade política da Grã-Bretanha (com exceção da Escócia) realizada por Guilherme, o Conquistador, teve como consequência direta também a unificação do direito. Esse direito unificado foi chamado “direito comum”, Common Law, porque substituiu os direitos particulares anteriormente em vigor. S. F. C. Milsom inicia com estas palavras a sua história do direito inglês: ‘O Common Law é o subproduto de um triunfo administrativo’” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*, cit., p. 324).

84. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 358-359. Há uma discussão entre os historiadores se a *Curia Regis* foi realmente criação dos reis normandos, dada a existência de uma corte real, já durante o período Anglo-Saxão, denominada Witan, todavia, as funções dessa assembleia seriam dificilmente descritas como judicial e não havia pretensão de se dizer nacional. Sobre isso, ver: PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*, cit., p. 143-144.

85. PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*, cit., p. 141-151. Vale lembrar que “King's Court” é empregado não propriamente no sentido de um tribunal com funções jurisdicionais, como se concebe atualmente a palavra “court”, mas simplesmente corte, no sentido de grupo de pessoas importantes que acompanham o rei.

86. PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the common law*, cit., p. 156.