

AS ORIGENS HISTÓRICAS DO CIVIL LAW E DO COMMON LAW

Estefânia Maria de Queiroz Barboza¹**Resumo**

O artigo estuda, a partir de referenciais teóricos diversos, o histórico do *common law* inglês, trazendo o desenvolvimento do *equity*, enquanto conjunto de regras supletivas ao lado do crescimento do direito jurisprudencial naquele sistema. Também estuda os limites do *common law* à suposta supremacia do Parlamento britânico. Do mesmo modo, o artigo traz a racionalidade do direito jurisprudencial naquele país como forma de dar estabilidade e segurança jurídica ao sistema. Examina o desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos, partindo-se da aparente oposição ao direito inglês ao estabelecer forte limitação ao Parlamento pelo sistema de checks and balances com primazia do Poder Judiciário para controlar a compatibilidade das leis em relação a uma Constituição escrita e suprema. Também enfrenta o desenvolvimento histórico do sistema de *civil law*, que teve em sua origem a preocupação com a completude do sistema jurídico a ser realizado por meio da codificação, como um modo de garantia de segurança jurídica e previsibilidade do sistema. Conclui que, a partir do séc. XX, os Sistemas vêm se aproximando a partir dos direitos humanos positivados nas Constituições escritas europeias, ou servindo de limites aos distintos Parlamentos estatais.

Palavras-chave: Common Law Inglês – Common Law americano – Supremacia do Parlamento – Supremacia da Constituição – Codificação – Segurança Jurídica

INTRODUÇÃO

Em tempos de um novo Código de Processo Civil que traz em seus dispositivos², ou em sua alma, uma tentativa de aproximação ao sistema de precedentes, típico dos países de tradição do *common law*, se torna importante enfrentar em que medida esta tradição, em paralelo à tradição do *civil law*, desenvolveram-se ao longo da História.

Quando se fala nos grandes sistemas do direito contemporâneo, cabe ressaltar que não existem apenas³

¹ Doutora em Direito pela PUCPR, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School (York University). Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER. Vice-Presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. Parecerista da Revista DireitoGV. Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. E-mail: estefaniaqueiroz@uol.com.br

² Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (2015). Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Confirmam-se os seguintes artigos: 311, 489, 496, 926 (*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*), 927, 988, 1042 entre outros.

³ Existem ainda outras concepções da ordem social e do Direito, como os Direitos Socialistas, o Direito Muçulmano, que se liga estritamente à religião, o Direito da comunidade Hindu, Direitos do Extremo Oriente como o Direito Chinês e o Direito Japonês.

os sistemas de *civil law* e *common law*, mas para o presente artigo interessam apenas estes.

É importante salientar que as questões culturais influenciam as tradições legais e, por isso, interessam muito mais as tradições legais do *civil law* e *common law*, do que propriamente os sistemas. Enquanto cada país tem um sistema de direito próprio, quando se fala numa tradição, pode-se apontar características em comum de cada uma destas tradições.⁴

Quando se tem uma tradição legal, segundo Merryman (2007, p. 2), não se está a falar num conjunto de regras de direito sobre contratos, família ou crimes. Na verdade, o conjunto de regras decorrerá da própria tradição, entendida como atitudes sobre a natureza do direito historicamente enraizadas, sobre o papel do direito na política e na sociedade, sobre a organização e operacionalidade de um sistema legal. Desse modo, a tradição legal coloca o sistema jurídico numa perspectiva eminentemente cultural.⁵

O presente artigo não tem um único referencial teórico, na medida em que buscou uma investigação bibliográfica ampla para chegar nas conclusões propostas.⁶ Isso porque, foram utilizados, para além de uma bibliografia específica da História do Direito, referenciais teóricos do direito constitucional comparado, que permitissem uma compreensão mais ampla das características dos referidos regimes.

Destarte, num primeiro momento, estudar-se-á o histórico do *common law* inglês, especialmente o desenvolvimento do *equity*, enquanto conjunto de regras supletivas ao lado do crescimento do direito jurisprudencial naquele sistema. Também serão estudados os limites do *common law* à suposta supremacia do Parlamento britânico. Do mesmo modo, o artigo traz a racionalidade do direito jurisprudencial naquele país como forma de dar estabilidade e segurança jurídica ao sistema.

Por outro lado, examinar-se-á o desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos, partindo-se da aparente oposição ao direito inglês ao estabelecer forte limitação ao Parlamento pelo sistema de checks and balances e ao mesmo tempo dando primazia ao Poder Judiciário para controlar a compatibilidade das leis em

Para saber mais, consultar: DAVI, 1986, p. 141-272; p. 407-552. Para uma visão mais detalhada a respeito dos sistemas de direito contemporâneo e os Estados que os adotam, consultar: JURIGLOBE, 2010.

⁴ *In a world organized into sovereign states and organizations of states, there are as many legal systems as there are such states and organizations.* (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 1).

⁵ *"A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspectives."* (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 2).

⁶ No mesmo sentido que Clèmerson Merlin CLÈVE assumiu a "utilização de conceitos oriundos não apenas de uma mesma teoria ou corrente teórica. Não nos preocupamos, nesse sentido, com a coerência limitadora; ao contrário, faremos uso da contribuição de autores que, considerados sob uma ótica orgânica e totalizadora, são inconciliáveis. É que arriscamos o uso de parte do universo conceitual deste autor, parte daquele, e parte daquele outro". CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 185.

relação a uma Constituição escrita e suprema.

Em paralelo, também será analisado o desenvolvimento histórico do sistema de *civil law*, que teve em sua origem a preocupação com a completude do sistema jurídico a ser realizado por meio da codificação, como um modo de garantia de segurança jurídica e previsibilidade do sistema.

O objetivo do artigo não é enfrentar um problema específico relacionado aos diferentes sistemas, mas descrever⁷ as características históricas dos mesmos para que suas racionalidades jurídicas sejam compreendidas. O interesse e importância nesta compreensão se justifica na medida em que a aproximação dos sistemas no século XX, a partir da adoção dos direitos humanos como limites aos distintos Parlamentos estatais⁸, quer seja previstos em documentos escritos ou não escritos, tem levado à uma maior migração de ideias constitucionais⁹.

COMMON LAW INGLÊS

As origens do *common law* remontam à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066,¹⁰ com a Batalha de Hastings, que levou à centralização do governo (KELLY, 2006, p. 5), incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal (MERRYMAN et al., 2007, p. 50).¹¹

Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juízes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos,

⁷ Neste sentido Valcke (2012, p.25) esclarece: “In contrast with the many instrumental approaches to comparative law described above, I like to think of my work as comparative law ‘for its own sake’. That is, rather than enlisting foreign legal systems as sources of data that are useful for some extraneous purpose (improving domestic law, harmonizing laws across jurisdictions, disproving a particular theory about law, or whatever), I aim to look at those systems for the sole purpose of understanding them – understanding their various elements, how these elements interact with one another, what particular form of reasoning is deployed in each system, what juridical values and conception(s) of justice animate the systems at a more fundamental level. Rather than study those systems in terms of their relative efficiency, or from the perspective of what they can contribute to domestic law, to international harmonization, or to particular theories about the nature of law, I seek to understand those systems *on their own terms*.”

⁸ Conferir Weinrib (2006), Hirschl (2010) e Barboza (2014), ao defenderem um modelo de constitucionalismo liberal comum adotado no pós-guerra.

⁹ Sobre Migração de ideias constitucionais ver: Freire (2014) e Choudry (2006).

¹⁰ Quando se fala em direito inglês não se pode confundir com direito britânico, nem com direito do Reino Unido, é o direito do Reino da Inglaterra, o qual faz parte Galles e a Ilha de Wight. Para saber mais, ver: CRISCUOLI, 1994, p. 1-2.

¹¹ No mesmo sentido: DAVI, 1986, p. 285.

em oposição aos costumes locais (MERRYMAN et al., 2007, p. 50).¹² Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Mais tarde, o *common law* passou a fazer contraste com o *statute law* e com a *equity* (DESCHEEMAER, 2007, p. 635).

O *common law* passou a ter regras procedimentais rígidas, bem como remédios preestabelecidos; entretanto, aqueles que não estivessem satisfeitos com as decisões poderiam recorrer ao Rei para que ele reformasse a decisão, uma espécie de perdão realizado pelo Chefe do Executivo atualmente (MERRYMAN et al., 2007, p.50).

Ainda, paralelamente ao *common law*, também se desenvolveu, no direito inglês, um conjunto de regras jurídicas chamado *equity*. Merryman explica que aqueles que não aceitavam as decisões podiam peticionar para o Rei, pedindo-lhe uma reconsideração a respeito, uma espécie de perdão. Com o aumento destas petições foi necessária a indicação de um tipo de Conselheiro do Rei (*chancellor*) que atuava como a “consciência do Rei”, a quem foi dado o poder de decidir diferente do direito (tal como definido pelas decisões do *common law*), no interesse da justiça, criando-se assim um Tribunal paralelo ao *common law*, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*) (MERRYMAN et al., 2007, p. 295-297). Quando o Chanceler entendia que a petição estava suficientemente fundamentada, ele expedia uma ordem (*writ*) ao xerife ou lord local.¹³

O direito inglês desenvolveu-se especialmente no campo processual, com um sistema de *writs*, de ações judiciais sob a forma de ordens do rei. Dessa maneira, em caso de litígio era necessário encontrar o *writ* adequado ao caso, sendo o processo considerado mais importante do que o direito substantivo: *remedies precede rights* (GLISSEN, 1986, p. 210-211). Só poderia fazer valer seus direitos se fosse encontrado o remédio processual adequado (HESPANHA, 2005, p. 182-183).

Do ponto de vista político, ressalta Hespanha que a *equity* foi apoiada pelos interesses absolutistas dos últimos Tudors e Stuart, que buscavam apoiar-se no direito romano e contrapor-se ao *common law*, especialmente às suas limitações impostas à atividade legislativa do rei ou do Parlamento (HESPANHA, 2005, p. 183).

Assim, por alguns séculos, dois sistemas jurídicos existiram lado a lado na Inglaterra, as Cortes de Justiça e o *common law*, de um lado, e a Corte de Equidade (ou Jurisdição do Chanceler) e a Equidade, de outro lado. Geralmente a *equity* acabava por funcionar de modo supletivo ao *common law*, quando não havia um remédio

¹² A respeito da distinção entre precedentes e costumes: “Finally, perhaps the most decisive evidence that precedent and custom are different forms of legal authority is the common law itself, for [...] the common law existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent.” (Cf. DUXBURY, 2008, p. 9).

¹³ Talvez isso explique uma maior preocupação pelo *common law* com a justiça do que meramente com as questões formais. Nesse sistema, os valores da justiça e da equidade eram pensados para garantir a segurança jurídica e estabilidade.

adequado ou mesmo de modo a aprimorar aquele sistema, quando este não atendia aos anseios sociais (MERRYMAN et al., 2007, p. 51). Desse modo, não contrariava explicitamente as soluções do *common law*, mas estabelecia outras soluções consideradas mais justas às partes. A *equity* era, por sua vez, inspirada no direito canônico e romano e seu processo era escrito e secreto, diverso do *common law*, que era oral e público.

Com o passar do tempo, o Chanceler, que passa a ser na maior parte das vezes jurista, deixa de fundamentar suas decisões nas leis morais, e suas decisões, baseadas primeiramente na “equidade do caso particular”, tornam-se pouco a pouco mais sistemáticas, aplicando-se doutrinas equitativas de forma supletiva ou corretiva aos princípios aplicados pelos Tribunais Reais (DAVI, 1986, p. 296).

Esse contexto histórico justifica a estrutura dualista do direito inglês, que ao lado das regras de *common law*, criadas pelos Tribunais Reais de Westminster (ou tribunais de *common law*), também apresenta soluções de *equity*, que vieram a melhorar, aperfeiçoar e completar o *common law* (RADBRUCH, 2010, p. 53-54).

Os dois sistemas foram unificados pelos *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875. Houve, na verdade, uma fusão procedimental, mas não substantiva do *common law* em sentido estrito e da *equity*, ou seja, apesar de os Tribunais terem se unificado, os dois corpos de direito subsistiram. Dessa forma, todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicar as regras de *common law* ou de *equity*, diversamente da situação mais antiga em que era necessário recorrer a Tribunais distintos (DAVI, 1986, p. 300).

No direito interno da Inglaterra, excetuando-se o direito proveniente da Comunidade Europeia, uma regra pode ser proveniente de um ato do Parlamento (direito Legislativo) ou das Cortes de Justiça do Reino (direito pretoriano), no primeiro caso se fala em *statute* (ou *statutory law*), no segundo, de *common law* em sentido lato. O *common law* acabou tendo um papel primordial no direito inglês, servindo o *statute law* apenas para promover adequações do *common law* (DESCHEEMAER, 2007, p. 635). Hoje, a realidade é outra, sendo muito mais comum a atividade do Parlamento.

O *common law* no sentido lato, por sua vez, se subdivide em *common law* no sentido estrito e a *equity*.¹⁴

A *equity* foi importante na formação do direito inglês, especialmente para estabelecer princípios gerais do direito, além de promover a justiça e os anseios da sociedade.

Já o *common law* se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do *civil law*: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema

¹⁴ Confirmam-se as distinções feitas por Gustav Radbruch: “(i) Common Law e Civil Law, em que Common Law é igual à lei da Inglaterra, a lei do país, contrapondo-se a ela, na lei civil, o Direito Romano; (ii) Common Law e equidade: nessa antinomia frente a um ordenamento estrito, o direito de equidade se impõe para a correção daquele; por fim, (iii) Common Law e Statute Law: nesse significado, o Direito dos juízes contido nas decisões judiciais, o “direito casuístico” (Case Law) aparece ao lado do Direito legal, o Direito escrito no mesmo plano que o não escrito.” (RADBRUCH, 2010, p. 47).

jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado¹⁵; v) sofreu pouca influência do direito romanista.

Importante ressaltar que o direito inglês moderno, diversamente do *civil law*, é muito mais um direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição *civil law* da Europa Continental, especialmente na França que rompeu com o direito preexistente com a Revolução Francesa.

Como explica Criscuoli, a Inglaterra não conheceu Revoluções, Declarações de Independência ou Codificações, eventos que romperam com o passado como aconteceu na Europa Continental.¹⁶ Além disso, o direito não pode ser considerado em si mesmo, mas como um produto da sociedade na qual está inserido e de sua história.

Diferente do *civil law*, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações.¹⁷ Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente.

A jurisprudência tem, desse modo, papel determinante tanto em sua origem quanto em sua evolução. Criscuoli afirma que nos quatro grandes períodos históricos do direito inglês, a jurisprudência teve importante função: i) no período anglo-saxão, anterior à conquista normanda, garantiu-se o respeito aos costumes locais; ii) no segundo período, que vai de 1066 até 1485, com o surgimento da Dinastia dos Tudors, trabalhou-se na elaboração jurisprudencial dos costumes locais e de outras fontes menores do direito, desenvolvendo-se nessa época o *common law*; iii) durante o terceiro período, que vai da segunda metade do século XV até 1875, consolidou-se o *common law* paralelo a *equity*; iv) por fim, no quarto período, que vai das últimas décadas do século XIX até os dias de hoje, a atividade judiciária passa a lidar com um maior número de leis, bem como com as normas supranacionais da Comunidade Europeia (CRISCUOLI, 1994, p. 18).

Repise-se que não houve no direito inglês nenhuma grande reforma com o estabelecimento de uma codificação geral. Acrescenta-se a isso o fato de que a legislação sempre teve um papel complementar ao direito, em respeito às fontes judiciárias, ressaltando-se, que, em caso de conflito, as decisões judiciais deveriam prevalecer

¹⁵ Ressalta-se que o direito inglês é eminentemente não codificado, embora não raro se encontram consolidações de leis sobre determinada matéria específica. (Cf. CRISCUOLI, 1994, p. 15).

¹⁶ "Il diritto inglese assomiglia 'to the ship that by often mending had no piece of the first materials or [...] the house that is so often repaired' 'ut nihil ex pristina matéria supersit': richiama, cioè, l'idea di una nave o di una casa, che, per i frequenti aggisusti, reinfreschi e rinnovi, pur mantenendo la vecchia fisionomia, non conserva alcunché del suo originale materiale di costruzione." (CRISCUOLI, 1994, p. 10).

¹⁷ "Legal rules that have been worked out over an extended period can claim obedience for that reason alone. For the same reason, according to the common law approach, you cannot determine the content of the law by examining a single authoritative text or the intentions of a single entity. The content of the law is determined by the evolutionary process that produced it. Present-day interpreters may contribute to the evolution – but only by continuing the evolution. Not by ignoring what exists and starting anew. Characteristically, the law emerges from this evolutionary process through the development of a body of precedents" (STRAUSS, 2010, p. 37-38).

sobre a lei, tendo em vista sua especialidade. Além disso, as leis só são efetivamente incorporadas no direito inglês, a partir de sua aplicação pelos Tribunais, e na medida de sua interpretação.

Ainda não há, no direito inglês, uma Constituição escrita. O que os ingleses chamam de Constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades. Mais recentemente, pode-se afirmar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Inglaterra também fazem parte de sua Constituição material.¹⁸

Dizer que o direito inglês é predominantemente judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador¹⁹ de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a legal rule no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statute law* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.

Ainda, dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é de aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente (DWORKIN, 2007, p. 21-22).

O *common law* pode ser considerado um sistema aberto²⁰, na medida em que é possível encontrar a

¹⁸ "The British Constitution is in the process of transformation, departing from the doctrine of parliamentary sovereignty in favor of a legislature effectively limited by unwritten and written constitutional principles enforceable by judicial review." (JENKINS, 2003, p. 958).

¹⁹ "Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes "criam novo direito" toda vez que decidem um caso importante, anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...] Em geral, porém, apresentam essas "novas" formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado." (DWORKIN, 2007, p. 9).

²⁰ "A natureza do pensamento inglês, que ganhou sábia influência, especialmente, do pensamento de Francis Bacon, pode ser caracterizada pelas palavras 'empirismo' ou 'indução'. O pensamento inglês não tem a tendência de suplantar os fatos por meio da razão; ele busca a razão nas coisas, a razão é a sua 'natureza da coisa'. Esse senso inglês para os fatos também não costuma fundamentar conclusões na expectativa de fatos futuros; ao contrário, ele deixa que os fatos venham até ele para então decidir oportunamente na sua presença. Ele não confia na fantasia nem no cálculo de situações futuras. A situação real é sempre bem diferente; ao contrário, ele espera até que a própria situação traga ou force a decisão. Ele também não se sente comprometido com a consequência, a perseguição do caminho errado só porque uma vez tomou essa direção. Não se sente obrigado a elegância da linha

solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas principalmente na razão. Em contrapartida, o *civil law* pode ser considerado fechado, eis que presume que, para cada lide, pelo menos em tese, deve haver uma norma aplicável.²¹

Explica-se: o direito inglês é fundamentalmente um direito jurisprudencial (*case law*) e, portanto, suas regras são aquelas que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra. Numa decisão é possível distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dicta*; enquanto a *ratio decidendi* é a questão nuclear e impositiva da decisão²², as *obiter dicta* são as declarações que não são estritamente necessárias para a solução do conflito.

Foi necessário buscar um caminho para o *common law* entre a ideia normativa do direito natural e os fatos empíricos dos costumes sociais. O *common law* foi fundado segundo um discurso racional nos quais os juízes, guiados pela coerência ou harmonia da razão no direito, aplicavam as máximas do direito às infinitas diversidades das questões humanas que lhes eram confrontadas. Assim, o *common law* moderno emergiu de uma confluência de costumes antigos, direito natural e razão jurídica (WALTERS, 2008, p. 247).

Por outro lado, quando se fala em *common law* como direito jurisprudencial, tem-se que ele é baseado em decisões escritas e, portanto, não é um direito não escrito no sentido que tinham os costumes imemoriais ou o direito natural (WALTERS, 2008, p. 249), mas um direito não escrito quando em oposição a um texto positivo.

Os verdadeiros fundamentos do direito não estariam todos expressos em palavras publicadas, mas deixados implicitamente nos casos já decididos. Desse modo, em novos casos, haverá respostas jurídicas esperando para serem desenhadas a partir dos casos antigos (WALTERS, 2008, p. 253).

Além disso, reitera-se que o direito inglês sofreu pouca influência do direito romanista. Em que pese ter havido uma recepção do direito romano, especialmente no período dos Tudors (1485-1603), inclusive com a introdução do ensino do mesmo em Oxford e em Cambridge por Henrique VIII, ressalta Hespanha que esta influência se deu de forma marginal, uma vez que não conseguiu influenciar os tribunais de *common law*, que tinham pessoal com formação própria e nos quais predominava o “velho direito feudal de origem normanda” (HESPANHA, 2005, p. 262).

Outro ponto de rejeição do direito romano pela Inglaterra se dá na medida em que aquele estava ligado à

clara para evitar um curso em zigue-zague; pelo contrario, mantém-se imparcialmente aberto a cada novo momento, as teorias de cada nova situação. Sua força reside em poder informar-se sobre cada situação e a ela adaptar-se. [...]” (RADBRUCH, 2010, p. 34).

²¹ A ideia de um sistema fechado no *civil law* se modifica no contexto do constitucionalismo, no qual o caráter vago e abstrato das normas constitucionais também não permite uma verdadeira previsão das normas que serão aplicadas no caso concreto.

²² Nesse sentido: “It must be observed that at the common law not every opinion expressed by a judge forms a Judicial Precedent. In order that an opinion may have the weight of a precedent, two things must concur: It must be, in the first place, an opinion given by a judge, and, in the second place, it must be an opinion the formation of which is necessary for the decision of a particular case; in other words, it must not be *obiter dictum*.” (GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. 2.ed. 1921. p. 261 apud GOODHART, 1930, p. 161).

questão religiosa e com a Reforma anglicana, rejeitou-se qualquer direito que estivesse ligado aos canonistas ou ao Papado (HESPANHA, 2005, p. 263).

Outra característica que merece ser destacada em relação ao desenvolvimento histórico inglês é a supremacia do Parlamento. Cappelletti ressalta que Edward Coke, na primeira metade do século XVII, defendia que a lei não fosse criada, “mas somente afirmada ou declarada pela vontade do Soberano” (CAPPELLETTI, 1984, p. 58). O *common law* era soberano sobre o *statutory law* e o Legislativo, este, por sua vez, poderia complementar o *common law* mas nunca violá-lo. Essa doutrina de Edward Coke prevaleceu até 1688.²³ Com a Revolução Gloriosa, em 1689, foi adotado o princípio da Supremacia do Parlamento (CAPPELLETTI, 1984, p. 58-60). Entretanto, a noção de supremacia do Parlamento não significou sua supremacia absoluta ou ilimitada, uma vez que o Parlamento e a lei continuaram submetidos ao *common law*.²⁴

Para Dicey, a supremacia do Parlamento seria uma característica dominante das instituições políticas da Inglaterra e significaria que o Parlamento teria, sob a Constituição Inglesa, o direito de elaborar ou revogar qualquer lei e, além disso, que a ninguém seria dado o direito de revogar ou deixar de aplicar a legislação elaborada pelo Parlamento.²⁵ Tal supremacia não significou algo autoritário, uma vez que o Parlamento além de passar a ser um corpo eleito, sendo representado por diferentes grupos e interesses²⁶, continuaria a ter limites no *common law*.

Perceba-se que o *common law* refletia a convicção compartilhada de que era a maior expressão da razão natural desenvolvida e descrita pelo desejo coletivo de várias gerações, e que era visto como um direito fundamental acima dos atos do Parlamento (GROTE, 2009), funcionando os princípios do *common law* como uma Constituição não escrita. Assim, o direito não era criado apenas pelas decisões judiciais, mas também pela

²³ Ver nota XXXV infra sobre Dr. Bonham's Case.

²⁴ Fioravanti analisa tal aspecto da seguinte forma: A reconstrução historicista do modelo inglês culmina na evolução do século XVII com figuras como Edward Coke (1552-1634) e John Locke (1632-1704) e a conhecida revolução gloriosa (1689). A soberania parlamentarista (consolidada a partir da revolução gloriosa) não degenera jamais em soberania ilimitada, há um regime de *checks and balances* que exige a participação das três ordens (Reys, Commons y Lords). Não se pode lesionar os direitos dos *englishmen*. Desse modo, Coke é visto como um elemento importante no moderno controle de constitucionalidade ao tutelar constitucionalmente as liberdades, enquanto elaborada pela jurisprudência e expressada em regras do *common law* – o chamado *higher Law* - que não podem ser suprimidas pelas vontades contingentes dos que ostentam o poder político. Desse modo, o modelo inglês permite livrar o pensador historicista da oprimente imagem medieval, intolerável para os modernos, da imutabilidade natural das coisas. Situa-a na longa duração e escapa a ação do legislador. O modelo inglês parte o poder do Parlamento entre rei, nobres e comuns, funda sua autoridade na história e não na vontade constituinte (concepção radical), por isso, tem dificuldade em entendê-la. (FIORAVANTI, 2000, p. 33).

²⁵ DICEY, Albert Venn. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8. ed. [S. l.] Macmillan, 1996 p. 38 apud ELLIOTT, 2004, p. 545.

²⁶ “And yet, while the United Kingdom’s “constitution” of custom and tradition is accorded special status in the system of laws and practices within which ordinary affairs are conducted, the fact that it lacks the formality and concreteness of a unique written text seems of a piece with the recognized Power of the British Parliament to alter the structure of government or its relationship with the people and their “rights” merely by enacting a Law, the supremacy of which is treated as axiomatic. Indeed, this very plasticity might be said to be a defining feature of the British “constitution”, under which Parliament reigns supreme.” (TRIBE, 2008, p. 13-14). Discorda-se do apontamento feito por Tribe, uma vez que o Parlamento inglês sempre encontrou limites no *common law* e, ademais, recentemente os direitos humanos também passaram a limitar o Parlamento via judicial review.

prática social e pelos costumes que acabavam por criar limites ao Parlamento.

Assim, o princípio da *Supremacy of the English Parliament* significou não apenas a submissão do Poder real ao Legislativo, mas, principalmente, a submissão do Rei ao direito histórico britânico, estabelecido pelo *common law* (MARINONI, 2010, p. 46-47).²⁷

O *statute law*, nesse período histórico, tinha papel secundário, uma vez que prevalecia o *common law*. De qualquer modo, as leis adotadas pelo Parlamento deveriam ter seu cumprimento exigido pelas Cortes, que, apesar da deferência ao Legislativo, acabavam por definir as regras contidas na lei de acordo com os direitos e as liberdades protegidos pelos princípios estabelecidos pelo *common law*, salvo se o Parlamento dissesse expressamente que um determinado princípio estava derogado (GROTE, 2009).

No mesmo sentido, Jeffrey Goldsworthy resume bem a relação entre a supremacia do Parlamento e a supremacia do *common law*:

It is often suggested that, even if Parliament is supreme in making new law, the courts are supreme in interpreting it, and although a statute's validity is not dependent on the common law, its interpretation – and therefore its meaning – is. The courts have often interpreted statutory provisions restrictively, contrary to their literal meanings, in order to protect fundamental common law principles. Anything less than express words or necessary implication has been held not to alter or impinge upon those principles. An analogy has been drawn between the effect of interpretive presumptions, and the effect of constitutional, "manner and form" provisions that require express words or even a particular verbal formula in order to amend or repeal legislation of a certain kind. (GOLDSWORTHY, 2008, p. 294)

Ademais, o poder do Parlamento de elaboração das leis se desenvolveu historicamente longe de suas primeiras funções judiciárias, como um consultor do Rei em assuntos jurídicos, tanto que, como explica Grote, o nome *High Court of Parliament* data desse período, e por um grande período não havia distinção entre suas funções judiciais e legislativas, sendo visto até o fim do século XIX mais como uma Corte do que um Legislativo propriamente dito (GROTE, 2009).

Ainda, é de se ressaltar a importância adquirida pela lei na garantia de liberdades individuais contra as arbitrariedades; ideia esta que só foi alterada mais recentemente pela noção de Constituição como lei fundamental.²⁸

A soberania do Parlamento inglês também era enfatizada por Blackstone, ao estabelecer que todos os outros poderes do Estado deveriam obedecer ao Poder Legislativo,²⁹ e este poderia tudo que não fosse impossível

²⁷ No mesmo sentido: "It is often claimed that Britain's "unwritten constitution consists of common law principles, which are the source of all governmental authority, including Parliament's authority to enact statutes. As Allan puts it, 'the common law is prior to legislative supremacy, which it defines and regulates.' Sometimes, this claim is extended to the authority of written constitutions, which is also held to derive from the common law." (GOLDSWORTHY, 2008, p. 289).

²⁸ "The Idea that it was primarily the ordinary Law of the land which protects the liberties of the people against arbitrary rule was preserved when the ancient Idea of fundamental law in later centuries was gradually replaced by the more modern notion of constitution." (GROTE, 2009).

²⁹ BLACKSTONE, William. *Commentaries of the Laws of England*, I, p. 46 apud HESPANHA, 2005, p. 266.

pelo direito natural.³⁰ Ou seja, sempre se teve a ideia de que o Parlamento poderia ser limitado pelo direito natural e pelo *common law*, que seria a prática e a descoberta dos direitos já existentes. Conforme se verá mais à frente, o princípio da Supremacia do Parlamento na Inglaterra vem sendo relativizado atualmente.³¹

Além da importância dada ao Poder Legislativo, é certo que, por se tratar de um direito jurisprudencial, o direito inglês dá importante papel ao Poder Judiciário em sua formação.

Em 1723, Sir Matthew Hale apresentou quatro razões para justificar o peso às decisões judiciais no *common law*. Primeiro defendeu que as pessoas escolhidas como juízes tinham um maior conhecimento do direito do que as outras, depois que essas pessoas estavam comprometidas em julgar de acordo com as Leis do Reino. Ainda defendia que as pessoas escolhidas como juízes tinham condições para fundamentar e motivar suas decisões, como também que seus julgamentos eram fortalecidos e sustentados pelas Leis do Reino.³²

Ainda, é importante ter em vista que nos Estados Unidos e Inglaterra, ao contrário do que aconteceu na França, onde se buscou limitar a atuação do Poder Judiciário, reservando-o apenas a aplicar a lei, desenvolveu-se outro tipo de tradição judicial. Naqueles países os juízes, com frequência, tiveram uma atuação ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do Legislativo, tendo, também, uma importante atuação na centralização do poder do governo e no término do feudalismo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 17).³³

Destaque-se o fato de que nunca existiu nesses países medo de que o Judiciário assumisse as funções de *lawmaking* ou de que ele pudesse interferir nos demais poderes. Ao contrário, o poder dos juízes em moldar o desenvolvimento do *common law* sempre foi visto com bons olhos (FIORAVANTI, 2000, p. 25-54).

É por isso que, ao se estudar as fontes do direito inglês, a jurisprudência aparece como fonte primeira, não só porque é um direito efetivamente jurisprudencial formado historicamente pelas decisões dos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), mas também porque sofreu pouca influência das Universidades e da doutrina. Em suma, o direito inglês foi construído historicamente (DAVI, 1986, p. 331).

³⁰ *The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. [...] It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. [...] It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament.*" (BLACKSTONE, 2010).

³¹ Segundo Mark Elliott, essa mudança se deve principalmente à participação da Inglaterra como membro da União Europeia, assim como a ênfase dada aos direitos humanos e à dispersão da autoridade legislativa entre os Legislativos regionais. (ELLIOTT, 2004, p. 546).

³² HALE, Sir Matthew. *The History and analysis of the Common Law of England*, 173 apud KELLY, 2006, p. 5-6.

³³ Para um estudo aprofundado sobre as distinções entre os modelos historicista (americano e inglês) e estatalista (francês), confira-se: FIORAVANTI, 2000, p. 25-54.

As leis, como já apresentado acima, funcionam como fontes secundárias e suplementares da jurisprudência, só sendo efetivamente incorporadas quando de sua aplicação pelos Tribunais.

Ao lado da jurisprudência e das leis, o costume pode ser considerado a terceira fonte do direito, mas com um papel bastante secundário se comparado às outras duas.

Mais recentemente, a doutrina tem utilizado o termo “*common law constitutionalism*” para representar uma variedade de teorias que atribuem, segundo Goldsworthy (2008, p. 289), algum tipo de status constitucional ao *common law*.

O autor diferencia strong *common law constitutionalism* do weak *common law constitutionalism*, explicando que o primeiro sustenta que o *common law* é a última fonte de autoridade da lei escrita (*statute law*), e possivelmente das constituições, e, por consequência o *common law* já limita a autoridade do Legislativo do mesmo modo que essa limitação pode ser realizada pelo Judiciário. Já o weak *common law constitutionalism* sustenta que, apesar do *common law* não limitar a validade das leis escritas (*statutes*), controla sua interpretação e também sua força gravitacional.³⁴

Desse modo, mesmo as constituições escritas do Commonwealth teriam seu fundamento de validade em princípios não escritos do constitucionalismo e do *rule of law*, que estão no âmago da tradição do *common law*.

No próximo tópico far-se-á uma análise do desenvolvimento do *common law* nos Estados Unidos.

COMMON LAW E CONSTITUIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Em que pese a grande influência da Inglaterra, os Estados Unidos da América constroem um direito diferente e peculiar. A despeito de ter abraçado o princípio da igualdade perante a lei, similar em alguns aspectos com a doutrina inglesa, os Estados Unidos não adotaram a ideia de supremacia do Parlamento. A autoridade suprema não estaria no Parlamento, mas na Constituição, esta é que vai representar a vontade soberana do povo, diversamente das leis que estabelecem a vontade de seus representantes, prevalecendo uma teoria de governo limitado.³⁵

No início, a legislação das colônias, enquanto vinculada ao direito inglês, deveria estar compatível com o *common law*, “até porque o Parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*)” (MARINONI, 2010, p. 47), não havendo ainda um direito novo, de ruptura, como aconteceu na França.

³⁴ Dworkin utiliza a expressão “força gravitacional dos precedentes” para defender a vinculação das decisões posteriores não só à *ratio decidendi*, mas também aos princípios abstratos que a fundamentaram. (DWORKIN, 2002, p. 174 et seq.).

³⁵ Sobre o período da Confederação americana, ver: TUSHNET, 2007.

Os pilares centrais do *common law* estadunidense foram a doutrina de respeito ao precedente judicial e a doutrina dos direitos humanos fundamentais. Os novos estados independentes conceberam-se como protetores dos direitos do *common law* inglês contra a opressão britânica, dando principal importância a juízes independentes, precedentes judiciais e direitos humanos fundamentais (SELLERS, 2008, p. 1).

Desse modo, percebe-se que a mudança não foi da supremacia do Parlamento para a supremacia do Judiciário,³⁶ mas o controle de legitimidade das leis que tinha como parâmetro o *common law* passa a ter como parâmetro a Constituição americana. Assim, para Marinoni, o controle de constitucionalidade estadunidense significou muito mais uma continuidade do que uma ruptura com o modelo inglês, ao controlar a legitimidade dos atos da colônia em relação ao direito inglês.³⁷

Na verdade, enquanto a Inglaterra escolheu o caminho da supremacia do Parlamento, ainda que limitado pelo *common law*, as colônias americanas decidiram seguir outro curso ao submeter o Legislativo a princípios fundacionais de uma *higher law*.³⁸

Nessa dimensão, houve um resgate a um direito natural supremo, retomando-se o pronunciamento de Edward Coke no Dr. Bonham's Case³⁹ de que um Ato do Parlamento contra o "*common right and reason*" seria nulo. A partir daí se inicia o desenvolvimento da ideia de que o Legislativo estava submetido e vinculado a uma Lei

³⁶ O princípio da supremacia do Parlamento, na Inglaterra, diversamente da França que significou a supremacia da lei sobre o juiz, representou a supremacia do direito sobre o poder real e "sobre as próprias leis, inclusive as das colônias." (MARINONI, 2010, p. 47).

³⁷ Em sentido contrário, Michele Taruffo entende que os sistemas americano e britânico estão cada vez mais diferentes, veja-se: "Depois das *Rules of Civil Procedure* introduzidas na Inglaterra, em 1999, mas, sobretudo, depois das profundas reformas no ordenamento judiciário inglês efetuadas nesses últimos anos – em virtude das quais a House of Lords não é mais a Corte Suprema, os juízes não são mais nomeados pelo soberano, mas selecionados por uma específica comissão independente do Poder Executivo, e o Lord Chancellor não é mais o chefe da magistratura – a divisão entre os sistema inglês e o sistema estadunidense tronou-se profunda e radical. Os dois sistemas já eram historicamente distintos por várias razões (como, por exemplo, o desaparecimento do júri civil na Inglaterra e sua manutenção nos Estados Unidos), mas, agora, esses não são mais nem mesmo comparáveis. (TARUFFO, 2010, p. 169).

³⁸ A experiência americana e seu temor ao legislador onipotente confere forte antiestatalismo, mas, de outro lado, concebe seu historicismo de forma diversa do inglês (que não conteve a ação do legislador), assim, repete a ideia da Carta Magna de 1215 e funda a garantia na Constituição Americana como um texto orgânico, escrito que pode ser oposto aos governantes que hajam atuado de maneira ilegítima, ou seja, contrária à Constituição. Explica Fioravanti que "*historicismo e individualismo ya no son en tierra americana lo que eran en El viejo continente. El primero se emancipa – como hemos visto – Del tradicional modelo británico y admite, así, La posibilidad de una constitución escrita, querida por El cuerpo constituyente, y desde aquí defiende los derechos y libertades; El segundo, por su parte, se emancipa Del contexto europeo-continental Del Estado moderno como máxima concentración de imperium, y encuentra así en su camino El clásico británico de libery and property.*" (FIORAVANTI, 2000, p. 84).

³⁹ No caso em tela, decidido em 1610 pela Court of Common Pleas, Coke estabeleceu que os atos do Parlamento só seriam válidos se estivessem de acordo com o *common law*: "[I]t appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void." (Disponível em: <http://www.constitution.org/trials/bonham/dr_bonham%27s_case.htm> Acesso em: 5 dez 2010). Veja-se que o caso em tela permitiu que os juízes da Corte de Apelação declarassem a nulidade de ato do Parlamento contrário ao *common law*. Esta decisão

superior no exercício de seus poderes.⁴⁰ Ainda, referida decisão foi interpretada como um suporte à invalidação judicial dos atos do Legislativo que fossem contrários aos princípios do *common law*.

Influenciados pelas teorias de Coke e de Blackstone de governo equilibrado e limitado, aliado ainda à ideia de que o Parlamento, embora supremo, estava limitado ao direito natural e ao *common law*, os Estados Unidos adotaram a limitação do Parlamento por princípios constitucionais do *common law* (JENKINS, 2003, p. 891) que, por sua vez, estariam representados num documento escrito.

No Federalista n. 1, Hamilton defendeu que as constituições deveriam ser estabelecidas por meio de reflexão e escolha mais do que por acidente e força. Diferente da Constituição britânica em que nada era visível ou real, a Constituição Americana era certa e determinada, delineada pelas mãos fortes do povo, o trabalho ou desejo de uma população atuando em sua capacidade original, soberana e ilimitada. Este desejo não se deu apenas na esperança da certeza e previsibilidade que o documento escrito poderia fornecer, mas também na ideia de que este instrumento era produto de um ato político coletivo e consciente, um acordo formado por meio de deliberação, amadurecido e adotado de forma solene pelo desejo do povo. Como as leis escritas de um modo geral, o direito constitucional escrito manifestava o potencial criativo da humanidade e as aspirações da modernidade (WALTERS, 2008, p. 246).

Mencione-se que o princípio da supremacia da Constituição e os limites por ela impostos a todos os poderes do Estado foi defendido pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, pelo juiz Marshall:

[...] emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is [...] If two laws conflict[ed] with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then, [...] the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what is

é considerada o fundamento do judicial review, segundo o qual os tribunais estão autorizados a invalidar leis provenientes do Legislativo ou atos do executivo. Tal decisão teria inspirado Marshall ao decidir o caso *Marbury v. Madison*.

⁴⁰ GROTE, 2009. Observe-se também o posicionamento de David Jenkins a respeito: *“Regardless of Coke’s actual meaning, many of his contemporaries and followers regarded Bonham’s Case as supporting a power of judicial review capable of striking down acts of Parliament, as well as the Crown. Thus, even assuming that Coke did not propose a full judicial power to invalidate primary legislation in all cases, subsequent interpretations, or misinterpretations, of his ideas nevertheless asserted the primacy of higher legal principles over contrary acts of Parliament.”* (JENKINS, 2003, p. 888).

expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That is thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions – a written constitution – is (... [is] sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence for rejecting the construction. (NELSON, 2000, p. 64-65)⁴¹

Antes disso, no Federalista n. 78, Hamilton já estabelecia que as limitações impostas pela Constituição ao Legislativo somente poderiam ser preservadas na prática por meio das Cortes de justiça, que tinham “o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição” (HAMILTON et al., 2005, p. 471). Ao estabelecer a competência das Cortes para declarar nulos os atos do Legislativo contrários à Constituição, não se estava a defender uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Sendo a Constituição a lei básica, caberia aos juízes interpretar-lhe seus dispositivos do mesmo modo que as leis provenientes do Legislativo. Em caso de colisão entre elas, deveria o juiz aplicar a lei de maior hierarquia, em outras palavras “a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes” (HAMILTON et al., 2005, p. 471-472).⁴² Essa compreensão não significava que o Judiciário estaria acima do Legislativo, mas que o “poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser a do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias” (HAMILTON et al., 2005, p. 472).

Por outro lado, é possível afirmar que a Constituição Americana também estabeleceu uma versão mais moderna do princípio da separação dos poderes, que foi interpretado com a possibilidade de *checks and balances* entre os Poderes (HAMILTON et al., 2005, p. 301). Além dos limites impostos pela Constituição, ao se escolher a forma federativa de Estado, tem-se outra forma de limitação do poder.

Nos Estados Unidos, a *Rule of law* foi construída baseada em dois princípios: i) forte fragmentação do poder; e ii) individualismo como base do constitucionalismo.

A ideia de uma forte fragmentação do poder nos Estados Unidos vai se dar a partir dos ideais federalistas. Primeiro se pensa numa limitação horizontal do Poder, instituindo-se não só a separação de poderes como estabelecida por Montesquieu (2004), mas também desenvolvendo este princípio para a ideia de *checks and balances*.

O princípio de *checks and balances* (pesos e contrapesos) traz uma ideia de controles recíprocos entre os poderes. Para os federalistas, não seria possível admitir o princípio da separação rígida entre os poderes, mas que ao mesmo tempo se permitisse que eles fossem absolutos, sem qualquer controle. A interpretação dos federalistas

⁴¹ Ver também: CLINTON, 1989, p. 81 et. seq.

⁴² No mesmo sentido ver : NELSON, 2000, p. 65-66.

acerca da teoria de Montesquieu (2004, p. 169) foi justamente a de que se qualquer um dos poderes ficasse sem controle, poderia cometer abusos e arbitrariedades.⁴³

Nesse viés, antes da decisão paradigmática de Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, os federalistas desenvolveram a teoria da separação dos poderes a partir da ideia de controles recíprocos entre eles, num contexto totalmente diverso do que ocorreu na França, especialmente no que diz respeito à relação entre Judiciário e Legislativo.⁴⁴

Enquanto na França havia uma grande preocupação em limitar-se o Poder Judiciário no contexto pós-Revolução Francesa, tendo em vista seu passado comprometido com a nobreza e os ideais absolutistas, nos EUA, ao contrário, a desconfiança não se dava em relação ao Judiciário, mas em relação ao Parlamento.

Enquanto para o rei inglês todos os súditos estavam representados no Parlamento, tal raciocínio não se coadunava com o dos colonos americanos. A proximidade entre os representados e a população da América tornava estranha e irreconhecível a autoridade de um Parlamento distante, não eleito e não conhecido. Se, por um lado, a Revolução Francesa se opõe ao mandato imperativo e tende à eleição dos representantes, por outro, a americana desconfia destes (FIORAVANTI, 2000, p. 84 et seq).

No Federalista 48, defende-se que a relação entre o Legislativo e o povo, por ser muito próxima, é a que pode ser mais propensa a cometer abusos. Afora isso, imagina-se que qualquer um dos Poderes sem controle e ilimitado também poderá cometer arbitrariedades.⁴⁵

Dessa forma, defendem que caberá ao Judiciário, por suas funções de intérprete da lei, também interpretar a lei quando esta violar a Constituição, por se tratar de simples colisão entre a lei ordinária e a Lei Maior. Deve o Judiciário, nesses casos, dar prevalência à Constituição, uma vez que é esta que representa a verdadeira vontade do povo, enquanto a lei representaria apenas a vontade dos representantes do povo. Portanto, no caso de colisão de uma lei à Constituição, deve esta prevalecer, sob pena de não existir um sistema

⁴³ *“My second thesis has been that this judicial role is a legitimate one. Surely we might disagree with, even fight against, certain determinations or trends in constitutional adjudication. Still, a century and a half of Continental history is there to demonstrate that the alternative solution is worse indeed. In the absence of judicial control, the political power is more easily exposed to the risk of perversion. Judicial control, of course, is no infallible remedy/ as a bulwark of our freedoms, it might often prove to be too weak to resist tyranny, as the experience of many countries demonstrates. If not an invincible bulwark, however, it may at least act as a warning and a restraint.”* (CAPPELLETTI, 1985).

⁴⁴ “A regra de boa conduta para a permanência no cargo da magistratura judicial é certamente um dos mais valiosos dos últimos progressos no exercício do governo, constituindo [...] nas repúblicas, obstáculo não menos importante contra as usurpações e opressões do Legislativo.” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 469-470).

⁴⁵ “O Legislativo ostenta uma superioridade em nossos governos oriunda de outras causas. Seus poderes constitucionais, sendo desde logo mais abrangentes e menos suscetíveis de uma limitação precisa, mascara, sob medidas complicadas e indiretas, as intromissões que ele se permite fazer nos demais ramos. [...] somente o Legislativo tem acesso ao bolso do povo e, em algumas Constituições, inteira liberdade a esse respeito, sendo que em todas desfruta privilegiada influência sobre as remunerações dos funcionários lotados em outros ramos do poder, acentuando uma dependência de parte destes, que ainda torna mais fácil as usurpações daquele.” (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 308).

constitucional.

A partir da decisão de Marshall no caso *Marbury v. Madison* há uma afirmação de que caberá ao Poder Judiciário realizar o *judicial review* dos atos provenientes do Parlamento. É importante lembrar que referida competência não está prevista em nenhuma norma da Constituição dos EUA, mas parte da interpretação que lhe foi dada por Marshall num momento estratégico do ponto de vista político.⁴⁶

Ainda, é importante ressaltar que na formação do Estado Constitucional americano, aliado à fragmentação horizontal do poder, houve também uma preocupação em se estabelecer a divisão vertical do poder, que foi possível a partir da adoção do sistema federalista de Estado.

A Federação, ao estabelecer a repartição de competências entre Estados e União, acabou por descentralizar o poder, o que, junto com o princípio da separação dos poderes idealizado pelos *checks and balances* (controles recíprocos), determinou mais uma forma de divisão e limitação do Poder do Estado.

Outro ponto que merece destaque é a proteção dada às liberdades individuais pela Constituição dos Estados Unidos, demonstrando, assim, que o individualismo é a base do constitucionalismo americano. Veja-se que a proteção dos direitos e das liberdades individuais pela Constituição dos EUA e por seu Bill of Rights retrata o contexto histórico vivenciado naquele momento, cuja maior preocupação era de impor limites à Coroa inglesa e garantir direitos de liberdade aos cidadãos do novo continente.

A doutrina dos *rights* e sua prioridade sobre os poderes públicos organiza a sociedade americana. A declaração de independência e depois a Constituição proclamam os direitos naturais individuais, estabilizados pelos precedentes históricos seguindo o *due process of Law* defendendo a *liberty and property* (FIORAVANTI, 2000, p. 84).

Ainda, relevante enfatizar, no *common law* estadunidense, a importância assumida pelo Judiciário ao longo da história americana. Já é inerente à tradição de *common law* o fato do juiz, segundo Rosenfeld, “makes law” aprimorando uma série de precedentes por meio de julgamentos de casos semelhantes (ROSENFELD, 2006, p. 632). Ademais, é necessário lembrar que os juízes, mesmo nos países de tradição do *common law* devem aplicar as leis em sentido estrito e os códigos eventualmente existentes, o que limita consideravelmente sua competência para construir o direito (*law making role*).

Entretanto, isso não significa sustentar que a lei poderia modificar ou revogar qualquer decisão judicial, o que não seria possível, especialmente quando se trata de matéria constitucional interpretada pelo Judiciário.

Essa afirmativa tem respaldo na doutrina de David Strauss (2010, p. 46), que esclarece que enquanto em matérias sobre contratos, seguros, direito criminal e outras que são de competência do Estado, é possível a

⁴⁶ Para saber mais a respeito, consultar: BARBOZA, 2007, p. 89-96.

superação do que foi construído pelo *common law* pelos Legislativos competentes, isto não é possível em relação à matéria constitucional. Ou seja, uma decisão sobre o significado da Constituição não pode ser reformada pelo Congresso ou pelos Legislativos estaduais, mas apenas se as Cortes mudarem seu curso ou se a Constituição for emendada.

Veja-se que nos Estados Unidos os princípios governantes do direito constitucional são produtos de precedentes e não de uma interpretação original.⁴⁷ Segundo David Strauss (2010, p. 44), na atual prática constitucional há uma prevalência dos precedentes e de argumentos sobre justiça e políticas sociais.

Sobre o tema em questão, Marinoni (2010, p. 37) afirma que “no *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário”, uma vez que a cláusula 2ª do artigo VI, da Constituição dos Estados Unidos, estabeleceria que o respeito à Constituição e às Leis dos Estados Unidos como “the supreme Law of the Land” significaria que perderia efeito qualquer interpretação judicial contrária a tais normas.

Importante aqui ressaltar o equívoco dessa interpretação a respeito da posição ocupada pela lei no *common law*.⁴⁸ Quando a cláusula 2ª do artigo 6º da Constituição dos Estados Unidos estabelece que: “Essa Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”⁴⁹, a preocupação é em afirmar a supremacia da Constituição em relação às constituições e leis estaduais e não a ideia de que as leis estariam acima das decisões judiciais.⁵⁰

Do mesmo modo tal tese não se sustenta não só em relação a uma visão de *strong common law constitutionalism*, mas também sob uma visão de *weak common law constitutionalism*. Na medida em que o *common law* é que fundamenta a Constituição e todas as leis do Parlamento, ou seja, que o *common law* é a última fonte de autoridade do direito escrito (*statute law*) não há que se falar em autoridade superior da lei sobre

⁴⁷ Embora haja uma grande discussão doutrinária entre os originalistas e os não originalistas. Dworkin, por exemplo defende uma leitura moral da Constituição em oposição à leitura originalista: “A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer. O originalismo insiste em que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, e isso, como eu já disse, é uma coisa completamente diferente [...] Segundo o originalismo, os grandes dispositivos da Declaração de Direitos não devem ser interpretados como exposições dos princípios morais abstratos que eles descrevem de fato, mas como referências, em código ou disfarçadas, aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios.” (DWORKIN, 2006, p. 19-20).

⁴⁸ Também, em sentido contrário ao que afirmou Marinoni: “There is no reason a judge cannot strike down a statute that conflicts with her own best understanding of the Constitution and yet adhere to precedent she disagrees with. If the precedent resulted from a decision-making process that the judge thinks is more thorough and disinterested, she is entitled to give it more deference than the statute.” (HEALY, 2008, p. 19).

⁴⁹ “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.” (EUA. Constitution, 1787).

⁵⁰ Neste sentido conferir RAMSEY, 2013.

as decisões judiciais. Por outro lado, mesmo no weak *common law constitutionalism* o que se vê é que o *common law* vai limitar a interpretação das leis, que será feita pelos juízes e de acordo com o *common law*, com a ideia de uma interpretação conforme o *common law constitutionalism*.

Em que pese a Constituição dos Estados Unidos ser formalmente uma lei, a combinação da generalidade e abstratidade de suas normas constitucionais (devido processo legal ou igual proteção) e a tradição judicial do *common law* garantem grande margem para construção judicial e constitucional do direito (*judicial constitutional lawmaking*) (ROSENFELD, 2006, p. 632).

Não obstante, Rosenfeld (2006, p. 632) explica que, apesar da grande margem de atuação que tem o juiz do *common law*, há um grande respeito nos Estados Unidos pela função judicial, o que se deve em parte ao papel dos juízes na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as arbitrariedades e violações do Estado.

Não se pode esquecer de que a funcionalidade do modelo americano “repousa no princípio do *stare decisis*, na força vinculante das decisões judiciais. Por força desse princípio, no momento em que a Suprema Corte decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais”, adquirindo a decisão eficácia *erga omnes* (CLÈVE, 2000, p. 66).

A experiência norte-americana é importante na medida em que consegue compatibilizar a adoção de uma Constituição escrita com a construção jurisprudencial do direito, comum à tradição do *common law*. Assim, apesar de ter um texto constitucional escrito, nunca se considerou que ele pudesse ser completo, aceitando-se, assim, a ideia de que o direito deve ser construído historicamente de acordo com seus contextos sociais e culturais.

Passa-se, agora, ao desenvolvimento histórico do sistema de *civil law*, para, compreendendo os diferentes contextos históricos e culturais em que cada um dos sistemas surgiu e se desenvolveu, buscar demonstrar como, com as mudanças mais recentes relacionadas à prevalência dos direitos humanos e a preponderância do Poder Judiciário, ambos os sistemas estão se aproximando no âmbito constitucional.

O *CIVIL LAW* NO CONTEXTO EUROPEU

Em que pese o sistema de tradição de *civil law* – também conhecido como romano-germânico – ter ligação com o direito da antiga Roma, sua evolução também o distancia dele, até porque muitas de suas características derivam de fontes diversas do direito romano (DAVI, 1986, p. 25), como direito canônico, direito comercial, as revoluções e ciência do direito (MERRYMAN et al., 2007, p. 6).

O direito romano teve sua maior influência pelo estudo do *Corpus Juris Civilis*, que foi estudado junto

com o direito canônico nas Universidades.⁵¹ O direito comercial, diversamente dos demais é o direito pragmático, que teve maior desenvolvimento na Itália no período das Cruzadas (MERRYMAN et al, 2007, p. 11 et seq.).

A tradição remonta à data de 450 a.C., que seria a suposta data de publicação da Lei das 12 Tábuas. Em 529 d.C. houve a publicação em Constantinopla do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (MERRYMAN et al, 2007, p. 2 et seq.). Já as leis bárbaras⁵² foram redigidas a partir do século V para a maior parte das tribos germânicas. Do ponto de vista científico, data do século XIII a formação de um sistema propriamente dito, com o Renascimento, e o estudo e sistematização nas Universidades, com os glosadores e comentadores (DAVI, 1986, p. 27-29).

É nessa época que aparece a preocupação de que por meio do Direito que se pode assegurar a segurança necessária ao progresso das cidades e do comércio. Além disso, passa-se a diferenciar o direito da religião, criando-se, inclusive, o direito canônico nessa época (DAVI, 1986, p. 31).

Do século XII, XIII até o século XVII, as Universidades europeias passaram a estudar o direito romano como um direito que exprime a Justiça, por outro lado, nem o direito nacional nem a prática do direito eram estudados nesse período e até o século XX, com o surgimento das codificações nacionais, ter-se-á o direito romano como base de estudo nas Universidades (GLISSEN, 1986, p. 203).

Ressalta-se que não só o direito romano era estudado nas Universidades, mas uma pluralidade de fontes jurídicas que mesclavam o direito costumeiro dos bárbaros, o direito canônico, as glosas e os comentários formando o *ius commune*.⁵³

Dessa forma, foi desenvolvida uma ciência do direito pelos professores das Universidades, direito este teórico e erudito, que se aproximava mais do direito romano do que dos direitos positivos locais de sua época (GLISSEN, 1986, p. 203).

Glissen aponta as seguintes vantagens para este direito erudito: i) era um direito escrito, em oposição à maioria dos direitos consuetudinários na época, “com todas as consequências que derivam da incerteza e da insegurança do costume”; ii) era comum a todos, tendo sido reconhecido como *ius commune* da Europa continental; iii) era mais completo⁵⁴ que os direitos locais, tornando-se, por isso, supletivo aos direitos locais; iv) era mais evoluído, pois elaborado com base num direito de uma sociedade mais desenvolvida (GLISSEN, 1986, p. 203).

⁵¹ O *corpus iuris civilis* era escrito em latim e não era compreendido com facilidade em razão do desuso da língua, ademais, as transformações sociais tornavam-no arcaico. O direito romano passará a ter tal denominação no século XII para diferenciá-lo do direito canônico.

⁵² Os bárbaros usavam mais os costumes, assimilaram algumas leis romanas e tentaram, sem grande sucesso, mesclar algumas normas e codificações romanas.

⁵³ Pode-se dizer que o direito romano de Justiniano era a base, mas não era o único. HESPANHA, 2005, p. 160-161.

⁵⁴ Ademais, as fontes romanas eram muito mais sofisticadas e completas do que as fontes do direito germânico ou dos direitos locais. Com sua fina e riquíssima casuística cobria a generalidade das situações. (HESPANHA, 2005, p. 146).

Essa sofisticação do direito romano auxiliou, inclusive, a unificação da cultura jurídica europeia. No entanto, não o fez em razão pura e simples do império, mas “porque constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram inspirar os juristas europeus” (HESPANHA, 2005, p. 125).

Além disso, é possível apontar as seguintes características do direito romanista, como, por exemplo, o uso duma terminologia comum, a exigência de que a regra do direito deveria ser abstrata e geral, a adoção do princípio de que o direito deve ser justo e razoável e a preponderância da lei como fonte do direito (GLISSEN, 1986, p. 204).

As revoluções americana e francesa⁵⁵, bem como as revoluções de independência na América Latina⁵⁶ influenciaram especialmente o direito público de tradição romano-germânica. Na verdade, esses eventos consistiram numa verdadeira revolução intelectual com novos pensamentos sobre a humanidade, sociedade, economia e Estado. Esta revolução intelectual não influenciou apenas o direito público, mas também a forma de administração e organização do sistema jurídico e algumas regras substantivas e de direito processual (MERRYMAN et al., 2007, p. 15-16).

Percebe-se que nesse período das Revoluções há uma valorização ao direito natural e à razão, no sentido de que todos os seres humanos são criados iguais e têm certos direitos naturais, como o direito à propriedade, à liberdade, à vida. Assim, a função do governo passa a ser a de reconhecer e proteger estes direitos e assegurar a equidade entre as pessoas.

Outra questão importante que surge com os ideais revolucionários é o princípio da separação dos poderes. Diferente dos Estados Unidos, que se preocupa em limitar o Legislativo, com a Revolução Francesa aparece uma grande preocupação em limitar-se o Poder Judiciário, *noblesse du robe*, uma vez que historicamente, além de fazer parte da aristocracia, tomava decisões contrárias aos cidadãos e a favor do Rei.

⁵⁵ “Both revolutions exercised an enormous influence in the entire world, and the two Constitutions marked the development of constitutionalism in the region. The first revolutionary constitutionalism originated in France, came to represent radical, anticonservative constitutionalism, which also found a clear continuity in the writings of radical Anglo-Saxon authors such as Thomas Paine. At the same time, the US Constitution came to symbolize a different, alternative model, which was mainly concerned with the establishment of limits, controls to power, the separation between Church and the State, this is to say what we normally call liberalism. Together with these two approaches, Latin American constitutionalism was greatly influenced by the Spanish legal tradition. Four hundred years of colonization, enforced through force, represented a fundamental basis for the development of this conservative type of constitutionalism. This approach vindicated existing traditions, the enforcement of morals, an unequal political order. In sum, these three approaches provide us with an important historical basis to defend our tripartite division.” (GARGARELLA, 2013, p. 210) Ver também: (COSTA, Pietro, 2012, p. 97 et seq.)

⁵⁶ “In Latin America, the liberals’ first constitutional steps were timid and fearful. Typically, Latin American liberals followed constitutions such as the one of Cadiz 1812, which gave support to a slow withdrawal from the conservative model. This latter model suggested fewer powers to the Executive, more controls and authority to the parliamentary body, and more space to individual rights. Constitutions such as those of Argentina 1826, Chile 1828, Nueva Granada 1830 or 1832, México 1824, Peru 1823 and 1828, and Uruguay 1830 represent very moderate examples of such tendencies. Later in time, however liberals in the region would promote more powerful Constitutions: Constitutions that were more strongly committed to individual rights, more

Nessa dimensão, diversamente dos Estados Unidos, onde prevaleceu a ideia de *checks and balances*, ou seja, controles recíprocos entre os poderes, na França houve um exagero deste princípio, levando a um sistema separado de Cortes administrativas e limitando-se o juiz a um papel de menor importância nos procedimentos jurídicos.

Nesse contexto, Montesquieu preocupa-se com a separação dos Poderes tendo como foco principal a limitação do Poder Judiciário, assegurando-se de que ele estaria restrito a aplicar a lei feita pelo Legislativo, *le juge est la bouche de la loi*⁵⁷

A desconfiança em relação ao juiz se dá sob a suspeita de que eles poderiam ter a ambição de restaurar “o protagonismo perdido aumentando desmesuradamente seu poder de interpretar a lei” (FIORAVANTI, 2004, p. 24). Fioravanti (2004, p. 24-25) explica que, contendo a lei a vontade geral, deveria então ser aplicada de maneira clara e uniforme de tal modo que garantisse aos cidadãos que entre a vontade soberana da nação e eles mesmos não se interpusesse nenhuma vontade particular “ligada por obra de los jueces a la lógica de los casos concretos que, en la línea de la revolución, está demasiado cerca de la lógica de la norma particular y, por tanto, del privilegio”.

Destarte, a *rule of law* na França se tornou equivalente ao conceito de supremacia do Parlamento e seu corolário o princípio da legalidade (GROTE, 2009, p. 7).

O predomínio da razão nessa época das Revoluções Americana e Francesa acabou por valorizar a liberdade individual, tendo na Europa uma preocupação antifeudal muito maior que nos Estados Unidos, levando, dessa forma, a uma ênfase na proteção da propriedade privada e na liberdade contratual que, por sua vez, deveriam ser protegidos pelo Direito (MERRYMAN et al., 2007, p. 18).

O nacionalismo foi igualmente outro aspecto ressaltado com o fortalecimento do Estado. Desse modo, um sistema legal nacional poderia dar unidade à própria cultura local (MERRYMAN et al., 2007, p. 18). “A Nação é o novo soberano que anuncia ao mundo os direitos naturais” (COSTA, 2004, p. 53) violados pelo Antigo Regime e, por outro lado, os direitos naturais são finalmente resgatados pelo ato de força da revolução e pela vontade constituinte da nação.

emphatic in their defense of federalism and the decentralization of power, and firmer in their defense of internal institutional controls. (GARGARELLA, 2013, p. 17)

⁵⁷ MONTESQUIEU, 2004, p. xx. Sobre o tema explica Marinoni: “Diante disso, fica claro que o double degré de juridiction, ou, mais precisamente, a Corte de Cassação, partiu do pressuposto de que o juiz poderia não aplicar corretamente a lei. Para permitir a frutificação do novo regime – instalado no Parlamento – e para calar o seu rival – o Judiciário –, a Revolução Francesa quis que o juiz se limitasse a declarar as palavras da lei. Mas, exatamente porque temia o Judiciário, e assim era ciente do risco e da possibilidade de o juiz interpretar a lei de maneira desconforme às intenções do novo regime, criou a Corte de Cassação para reprimir a atuação judicial destoante. Nessa dimensão, como é evidente, não seria sequer pensável um sistema de respeito aos precedentes. Ora, se a Corte existe exatamente porque o juiz não merece respeito ou confiança, não há como construir um sistema que, para funcionar, deve partir da premissa de que o juiz respeita a Corte. Como se vê, as lógicas das tradições de civil law e de common law são absolutamente contrárias. E isso é extremamente importante e sugestivo.” Resume precedentes obrigatórios MARINONI, 2010, p. 133. Para saber mais sobre a relação do segundo grau de jurisdição no *common Law e civil Law*, verificar em p.130-136.

Para Costa (2004, p. 53), direitos e nação se convertem e um dos pilares da nova ordem, ou seja, através da nação soberana e da lei que expressa sua vontade, os direitos existem materialmente.

As revoluções burguesas trouxeram, assim, algumas transformações, especialmente no que diz respeito aos direitos naturais do homem, à separação dos poderes, ao racionalismo, ao antifeudalismo, ao liberalismo burguês, ao estadismo e ao nacionalismo.

Destaque-se que na Europa Continental houve uma revolução com a negação e o rompimento com a antiga ordem legal, enquanto na Inglaterra houve uma “evolução, com o aprimoramento do *common law*, representando inclusive a identidade nacional da Inglaterra como Estado-Nação”.⁵⁸

Ao lado disso, a negação da *jus commune* na Europa continental levou à necessidade de codificação. Desse modo, outras fontes do direito, como o *jus commune* e o direito canônico, perderam espaço, passando o Estado a ser considerado como única fonte do Direito (MERRYMAN et al., 2007, p. 22). Ou seja, a ideia passa a ser a de um direito unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto Legislativo “completo” e de valor geral. Para além disso, é de se ressaltar a ideia de novidade instaurada pelo Código, que representa não apenas uma compilação de leis preexistentes mas também de ruptura e ab-rogação do direito preexistente (CAPPELLINI, 2004, p.110-111).

Outra característica importante e necessária ao Código é sua pretensa plenitude, completude, o que garantiria ao juiz ter sempre na lei a resposta para resolver os problemas que lhe fossem submetidos.⁵⁹ É como se a norma já estivesse prevista *a priori*, bastando o juiz descobri-la, desvendá-la, quando da análise do caso concreto.

No Estado-Nação presente na Europa Continental tem-se o Poder Legislativo como o órgão competente para elaboração das leis, uma vez que representa a vontade do povo, devendo, portanto, o Judiciário subordinar-se ao mesmo.

Nesse sentido, Jacques Chevallier explica que esse processo de racionalização do direito se dá junto com o aparecimento do Estado moderno, num movimento de laicização e de unificação. O direito se libera da Igreja adquirindo sua autonomia, afora isso, o poder de coerção passa a ser centralizado no Estado, que passa a ser fonte exclusiva do direito, impondo a supremacia da ordem jurídica estatal. O Estado aparece, destarte, como a única fonte do direito e este, por outro lado, surge como a “própria encarnação da Razão” (CHEVALLIER, 2009,

⁵⁸ “The state as abstract political entity did not yet exist, political authority was vested in the person of the king or emperor.” Tradução livre: “O estado ainda não existia como uma entidade política abstrata, a autoridade política estava investida na pessoa do rei ou do imperador.” (GROTE, 2009, p. 7).

⁵⁹ “Such a conception of the division between legislative and judicial Power precluded and to this Day is conceived as precluding, at least in theory, recognition of the judges as even subordinate law makers, depicting the judicial function as a purely law-applying, not in any measure law-making function. This view acquired certain credibility in the context of codification, for here the legislature has at least in theory addressed and provided for every legal contingency through a coherent overall scheme of rights, obligations and remedies. Either the code leaves no gaps or, if it were to, it would be for legislators, not judges, to fill them.” (BANKOWSKI et al., 1997, p. 482).

p.117).

Busca-se, destarte, limitar o Poder Judiciário que deveria apenas interpretar e aplicar a lei, sem ter a possibilidade de criar o Direito. Para tanto, a Codificação não só se faz necessária, como foi preciso pensar num sistema completo, coerente e claro que não ensejasse dúvidas em sua aplicação. Se o juiz tivesse que suprir uma lacuna da lei então ele estaria legislando e haveria uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

Enquanto na França buscou-se a codificação sem que os Códigos tivessem qualquer ligação com o Direito que o antecedeu, na Alemanha a ideia não foi de substituição do antigo sistema, ao contrário, a ideia era de codificar os princípios do direito alemão que foram construídos historicamente (MERRYMAN et al, 2007, p.32).⁶⁰

Na Alemanha, Savigny tratou do direito mais como sendo um reflexo dos costumes do que propriamente dos direitos estabelecidos nas leis escritas, defendendo, destarte, que o direito residiria fundamentalmente no espírito do povo e que, portanto, deveria ser para ele elaborado por seus juristas. O direito dos juristas originou-se de duas maneiras: primeiro, descobrindo-se os princípios fundamentais do direito e deduzindo-se consequências deles, a partir daí, produziram-se novas normas por meio da elaboração do conteúdo latente do direito positivo; segundo, estabelecendo-se *communis opinio doctorum* (BANKOWSKI et al., 1997, p. 483).

Mencione-se que, diversamente da França que buscou elaborar seu Código para os cidadãos como se fosse possível entendê-lo sem auxílio de advogados ou juristas, a Codificação alemã foi feita com base num estudo científico e como uma ferramenta para profissionais do direito. Além de prever a rígida separação de poderes, o Código alemão servia ainda para unificar o direito de um Estado-Nação recentemente unificado.

Em sentido contrário, na França, a codificação foi concebida com um instrumento privilegiado para promover a reorganização do direito, com o objetivo de facilitar o acesso ao direito, reunindo diversas normas num texto único (CHEVALLIER, 2009, p. 174-175). Ou seja, buscava-se, mediante a codificação, tornar o direito mais conhecido da população e, dessa forma, garantir a segurança jurídica de modo mais abrangente. O direito deveria ser conhecido por todos, e a codificação faria este papel (GLISSEN, 1986, p. 448). Não obstante, apesar das boas intenções, os Códigos acabavam precisando de estudiosos para ser interpretados.

Veja-se que no contexto do *civil law*, no qual a lei é apenas aquela advinda do Poder Legislativo⁶¹, não faz sentido a doutrina do *stare decisis*. Ou seja, enquanto o *stare decisis* é familiar na doutrina do *common law*, no

⁶⁰ Enquanto na França a Escola da Exegese veio a estabelecer que o direito fosse igual aos códigos e que, portanto, a ciência jurídica restringia-se à interpretação dos textos legais, na Alemanha, a Escola Histórica, com Savigny, procurava por uma ciência jurídica que tomasse em consideração a experiência histórica de determinado povo, como verdadeira fonte de inspiração para a construção jurídica. (SILVA, 2008, p.113-114).

sentido de as Cortes basearem suas decisões em decisões anteriores, ela não faz sentido nos países de *civil law* que adotam o princípio da separação de poderes de forma estrita, até porque nesses países as decisões judiciais não são leis (MERRYMAN et al., 2007, p. 23).

Desse modo, as decisões judiciais não eram aceitas como fonte do Direito. Nos países de *civil law* nenhuma Corte estava vinculada pela decisão de nenhuma outra Corte, ou seja, mesmo que uma Corte superior já tivesse se manifestado e demonstrado seu entendimento a respeito de um determinado caso, ainda assim a Corte inferior poderia decidir de forma diferente (MERRYMAN et al., 2007, p. 47).⁶²

O Judiciário, num sistema de *civil law* tradicional, estaria relegado a um papel menor, como um mero operador do direito, a realizar uma interpretação mecanicista da lei.

Todo esse contexto histórico vai explicar as características assumidas pelos países de tradição romano-germânica.

A certeza e segurança jurídicas sempre foram importantes temas de preocupação dos sistemas de tradição romano-germânico. Por óbvio que todos os sistemas jurídicos têm como preocupação a segurança e certeza do direito, mas nos de tradição de *civil law* esses teriam um valor supremo, como um dogma, e a proteção a este valor seria alcançado por meio da lei, dos códigos, de conhecimento e acesso de toda população. A segurança na lei acaba por se relacionar à desconfiança no juiz que é proibido de “criar” o direito, por meio das decisões judiciais, justamente no interesse da certeza e previsibilidade. Do mesmo modo, as leis também deveriam ser claras, completas e coerentes para que se garantissem a certeza e a previsibilidade, preocupação que demonstrava o desejo de tornar o Direito a salvo e protegido dos juízes (MERRYMAN et al., 2007, p. 48).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa concepção dogmática do Direito tem sofrido alterações recentemente, especialmente com a adoção do constitucionalismo por diversos países de tradição de *civil law*, dando-se ênfase, especialmente, à supremacia das constituições e dos direitos fundamentais. O constitucionalismo impede que o legislador altere a Constituição pelo processo ordinário Legislativo, que decorre de adoção de constituições rígidas⁶³, enfraquecendo, desse modo,

⁶¹ “But the authority of Roman Law gradually declined as legislation gained strength, and in the nineteenth century Law became synonymous with legislation.” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 24).

⁶² Na prática, apesar de não ter uma teoria do *stare decisis*, no sentido de vinculação dos tribunais inferiores, os mesmos acabavam por ser influenciados por decisões anteriores, especialmente quando decorrente da Suprema Corte. Tanto advogados quanto juízes utilizam-se dos precedentes para argumentar suas decisões, ou seja, precedentes persuasivos mas não vinculantes. “The important distinction between the civil law and the common law judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do.” (MERRYMAN et al., 2007, p. 47).

⁶³ Não obstante, apesar de não existir Constituição escrita na Inglaterra, existe um controle material de constitucionalidade na Inglaterra. Em 1998, a Inglaterra, pelo Human Rights Act, que entra em vigor em 2000, ratifica a Convenção Europeia de Direitos Humanos, e estabelece que as normas do direito inglês devem ser interpretadas de acordo com a Convenção, além da possibilidade

o Poder Legislativo. Além disso, a possibilidade de o Judiciário anular a lei proveniente do Legislativo acaba por relativizar o princípio da estrita separação de poderes (MERRYMAN et al, 2007, p. 25).

Ademais, é importante verificar que a concepção de igualdade no sistema de *civil law* foi construída com lógica diferente daquela presente no *common law*. No sistema de *civil law* havia maior preocupação com a igualdade formal perante a lei, o que era supostamente garantido pela aplicação da lei pelo juiz, sem a preocupação de julgar de maneira semelhante os casos semelhantes. Já nos sistemas de *common law* é a igualdade material o fundamento de sua lógica de aplicação das mesmas decisões a casos iguais (*like cases must be treated alike*).

Hoje, o sistema da *civil law* ou romano-germânico é adotado pela maioria dos países Europeus, na América Latina e em muitas partes da Ásia e África, além de existir em algumas partes em países de tradição do *common law*, como a província do Québec, no Canadá e no Estado da Louisiana nos Estados Unidos.

É possível verificar, assim, que as duas tradições legais – *civil law* e *common law* – tiveram contextos históricos diferentes, podendo-se destacar a codificação no *civil law* e o *judge-made-law* como as principais diferenças que influenciaram no desenvolvimento histórico dos mesmos. Enquanto no sistema de tradição romano-germânica a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica limitando-se o papel Poder Judiciário, nos países que adotaram a tradição do *common law* o direito desenvolveu-se junto com as decisões judiciais, os limites ao juiz se deram, assim, não pela existência de um código, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual eles ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores.

Não obstante contextos históricos tão diferentes, é certo que a partir da segunda metade do século XX, os sistemas começam a se aproximar, especialmente pela adoção de Cartas de Direitos Fundamentais em Constituições escritas e a presença de controle de Constitucionalidade, enquanto a Inglaterra passa a adotar um *judicial review* com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, num primeiro momento pela adoção do Human Rights Act em 1998 e num segundo momento pela edição do Constitutional Act em 2005, com a criação, inclusive de uma Suprema Corte do Reino Unido.⁶⁴

A justificativa para estudar a experiência do *common law* se dá na aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law* no âmbito da Jurisdição Constitucional, muito mais do que no processo civil. O que se tem observado em ambos os sistemas é a presença de um controle material de constitucionalidade, tendo como parâmetro os direitos humanos e fundamentais, quer estejam previstos num documento constitucional escrito, quer estejam previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quer estejam previstos em lei

de suas Cortes declararem a incompatibilidade de uma lei que for contrária à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A partir de então é que os juízes começaram a levar em conta qualquer alegação de violação dos direitos protegidos pela “*European Convention of Human Rights*”, como parâmetro material para o *judicial review*.

⁶⁴ Neste sentido ver: BARBOZA, 2014, p. 77 à 128.

Magna Carta; Act of Union, Human Rights Act, European Communities Act.

formalmente ordinária, quer, ainda, não estejam previstos num documento escrito, mas numa Constituição não escrita do *common law*. Verifica-se, destarte, que o controle de constitucionalidade das leis não mais exige uma Constituição escrita e rígida, mas limites materiais com fulcro em direitos humanos

O que se vê é que as Constituições de diferentes países confiam no *judicial review* em diferentes graus, do mesmo modo, baseiam-se em diferentes textos constitucionais. Em que pese as diferentes manifestações textuais e de controle via *judicial review*, o que se verifica é uma aproximação, na medida em que tanto países com tradição no *civil law* ou no *common law* vêm promovendo o *judicial review* tendo os direitos humanos ou fundamentais como parâmetro material de seu controle.

Assim, não importa em qual documento tais direitos estão previstos mas sim, sua materialidade, sua fundamentalidade, sendo possível falar num controle de fundamentalidade das leis, que englobaria a conformidade das leis com os direitos fundamentais, quer estejam previstos em documentos internacionais, quer em constituições, ou quer mesmo em leis ordinárias.

As Cortes desses países se referem a fontes constitucionais tanto escritas como não escritas quando decidem sobre questões constitucionais.

Enquanto nos EUA se tem a Constituição como um documento coerente e integrado, na Inglaterra a Constituição englobaria vários tratados e leis, e no Canadá se tem, para além da Constituição escrita, a *unwritten common law constitution* baseada em costumes e tradições. Por outro lado, as Constituições escritas e supremas do pós-II Guerra na Europa, pós-comunismo no leste europeu e pós-ditaduras na América Latina, levaram ao mesmo modelo de limitação do parlamento por direitos humanos ou fundamentais pelo Judiciário ou Corte Constitucional, justificando o interesse recíproco no estudo dos diferentes sistemas, especialmente para o Direito Constitucional.

O que se vê também é que mesmo a Inglaterra vem adotando textos constitucionais escritos. O status constitucional desses textos, assim como na Nova Zelândia, que usa uma lei ordinária como limite fraco ao Parlamento (New Zealand Bill of Rights Act), não está na sua forma, ou em seu processo Legislativo, mas na materialidade dos direitos protegidos e na sua força normativa na orientação da ordem política.

THE HISTORICAL ORIGINS OF CIVIL LAW AND COMMON LAW

Abstract

This article aims to analyse the history of English common law, studying the development of equity, as a set of standard rules and also the growth of case law on that system. The limits of the common law to the supposed supremacy of the British Parliament will also be studied. Similarly, the article brings that rationality of case law in

that country as a way to provide stability and legal certainty to the legal system. This work studies the development of the common law in the United States, starting from the apparent opposition to English law and the establishment of a strong limitation to Parliament by the checks and balances system and the primacy of the judiciary to control the compatibility of laws besides a written and supreme constitution. It also faces the historical development of the civil law system, which had its origin in the concern with the completion of the legal system with the codification as a possibility to legal guarantee of security mode and system predictability. Concludes that, from the 20th century, there is a convergence of the system with the adoption of human rights in European written constitutions.

Keywords: British Common Law - American Common Law - Supremacy of Parliament - Supremacy of the Constitution – Codification - Legal Certainty

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for Precedent. In: MacCORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (Ed.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Ashgate: Hants, 1997. p. 481-502.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014

BLACKSTONE, William. **Commentaries of the Laws of England**, Document 2. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_1s2.html>. Acesso em: 26 dez. 2010

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. Repudiating Montesquieu? The Expansion and legitimacy of “Constitutional Justice”. **Catholic University Law Review**, v. 35, p. 1-32, 1985.

CAPPELLINI, Paolo. Códigos. In: FIORAVANTI, Maurizio. (Ed.). **El Estado moderno en Europa: Instituciones y Derecho**. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 103-125.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Choudhry, Sujit, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law (2006). **The Migration of Constitutional Ideas**, S. Choudhry, ed., Cambridge University Press, 2006. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=943526>

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COSTA, Pietro. Poucos, Muitos, Todos. Licoes de História da Democracia. Curitiba, Editora UFPR, 2012.
_____. Derechos in FIORAVANTI, Maurizio. **El Estado Moderno en Europa**. Instituciones y Derecho. Madrid: Editoria Trotta, 2004.

CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial review**. [S.l.]: University Press of Kansas, 1989.

CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo Studio Del Diritto Inglese**. Le Fonti. 2. ed. [S. l.]: Giffre Editore. 1994. Cap. I.

DAVI, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DESCHEEMAER, Eric. La question de la fusion de lo common law et de l'equity en droit anglais. À propòs de l'ouvrage Equity de Sarah Worthington. **Thémis**, v. 41, p. 631-650, 2007. Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/revjurns41&id=639>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELLIOTT, Mark. United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure. **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, p. 545-627, 2004.

EUA. Constitution (1787) **Constitution of the United States (1787)**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em 13 jul. 2010

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: (Ed.). **El Estado moderno en Europa**. Instituciones y derecho. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 13-44.

_____. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FREIRE, Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a Migração de Ideias Constitucionais: Considerações sobre a Análise Comparativa na Interpretação dos Direitos Fundamentais. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. , p. 1-25.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010)**. The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

GLISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Unwritten Constitutional Principles. *In: Expounding the Constitution*. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 277-312.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/790205>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

GROTE, Rainer. **Rule of law**, État de Droit and Rechtsstaat: The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments. Disponível em: <<http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>>. Acessado em: 15 abr. 2009.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HEALY, Thomas. Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers. *Notre Dame Law Review*, v. 83, 2008; Seton Hall Public Law Research Paper n. 1019558. p. 19. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1019558>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

HIRSCHL, Ran. **The Realist Turn in Comparative Constitutional Politics**. *Political Research Quarterly* 2009; 62; 825 DOI: 10.1177/1065912909347202

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JENKINS, David. From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 3, p. 863-960, 2003.

JURIGLOBE. **Groupe de Recherche sur les systèmes juridiques dans le monde da Universidade de Ottawa**. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/fra/index.php>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

KELLY, Margaret R. L. L. Common law Constitutionalism: A Different View. *SSRN Electronic Journal*, June 2006. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1147423>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

LEI Nº13.105, de 16 de março de 2015 (2015). **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

RAMSEY, Michael D. The Supremacy Clause, Original Meaning, and Modern Law. **Ohio State Law Journal**, v. 74, n.4, 2013.

ROSENFELD, Michel. Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court (October 2006). **International Journal of Constitutional Law**, v. 4, n. 4, p. 618-651, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1098742> or doi:10.1093/icon/mol027>. Acesso em: 1.º set 2010.

SELLERS, Mortimer Newlin Stead. **The Doctrine of Precedent in the United States of America** (September 3, 2008), p. 1. Published in modified form in *American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em: 15 dez. 2009.

SILVA, Marcos Alves da. Escola histórica do direito: tradição, intuição e sistema. In: OPUSZKA, Paulo Ricardo; CARBONERA, Silvana. (Orgs.). **Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas**. Pelotas: Delfos, 2008. p. 113-123.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**, v. 181, p. 167-172, 2010.

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology: getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; Bomhoff, Jacco. (Ed.) **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 22-48.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. The United States: Eclecticism in the service of Pragmatism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.). **Interpreting Constitutions: a comparative study**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 7-54.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WALTERS, Mark D. Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In: HUSCROFT, Grant (Ed.). **Expounding the Constitution**. Essays in Constitutional Theory. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 245-276.

Trabalho enviado em 04 de agosto de 2017.

Aceito em 18 de janeiro de 2018.