



DIREITO COMPARADO E FAMÍLIAS JURÍDICAS: SÍNTESE A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA ARISTOTÉLICA

Comparative law and legal families: synthesis based on aristotelian epistemology

Daniel Nunes Pecego

UERJ

E-mail: dpecego@hotmail.com

Trabalho enviado em 10 de setembro de 2024 e aceito em 15 de novembro de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.02, 2024, p. 191-210

Daniel Nunes Pecego

DOI: [10.12957/rqi.2024.87197](https://doi.org/10.12957/rqi.2024.87197)

RESUMO

O presente artigo objetiva enquadrar teoricamente o Direito Comparado, a partir da proposta de divisões de ciências segundo a visão aristotélica, indicando soluções para algumas questões tradicionalmente propostas sobre o tema. O trabalho se pauta em ampla revisão bibliográfica, além de apontar experiências práticas de Ordenamentos Jurídicos variados como termos de exemplificação dos dados propostos. Como resultados, aponta as características básicas de dois sistemas historicamente descritos em sua evolução histórica (*Civil Law* e *Commom Law*), assim como os fenômenos migratórios atualmente em curso, percepção que facilitará a abordagem mais apropriada de ambos os sistemas.

Palavras-chave: Direito Comparado. *Civil Law*. *Commom Law*. Migrações entre sistemas. Epistemologia aristotélica.

ABSTRACT

This article aims to theoretically frame Comparative Law, based on the proposed divisions of sciences according to the Aristotelian view, indicating solutions to some questions traditionally proposed on the subject. The work is based on a broad bibliographical review, in addition to pointing out practical experiences of various Legal Systems as terms of exemplification of the proposed data. As a result, it points out the basic characteristics of two systems historically described in their historical evolution (*Civil Law* and *Common Law*), as well as the migratory phenomena currently underway, an insight that will facilitate the most appropriate approach to both systems.

Keywords: Comparative Law; Civil Law; Common Law; Migration between systems. *Aristotelian epistemology*

1. INTRODUÇÃO

No estudo do Direito Comparado sempre se procurou estabelecer divisões mais ou menos amplas que facilitassem o agrupamento dos diversos Ordenamentos a modelos jurídicos com algumas características em comum (ASCENSÃO, 2005, p. 125). Tal objetivo é possível porque o Direito não é apenas um conjunto de regras isoladas, mas apresenta algumas constantes que, estudadas e classificadas, permitem estruturar grandes divisões gerais e sistemáticas (DAVID, 2002, p. 20-21). É neste campo que se desenvolveu o estudo das diferentes características dos sistemas ditos anglo-saxão (*Common Law*) e romano-germânico (*Civil Law*) (SACCO, 2001, p. 43).

Segundo DAVID (2002, p. 2), a macrocomparação (especificando-se o conceito de comparação) enquanto

agrupamento dos direitos em família é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo (...) A noção de família de direito não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos.

Após a indicação dos fins da comparação entre sistemas cabe uma advertência. É que essa classificação – um tanto quanto esquemática e rígida, ainda que útil até os dias atuais – vem passando nas últimas décadas por alguma mitigação, pois cada vez mais se observam miscigenações entre os dois sistemas.

Ainda assim, a macrocomparação, como se verá, ainda deve ser entendida como uma das tarefas do Direito Comparado enquanto ciência. O esforço do presente artigo se dará no sentido de, primeiramente, estabelecer o enquadramento teórico do Direito Comparado, fazendo uso de elementos da epistemologia de bases aristotélicas, procurando indicar soluções possíveis para alguns problemas tradicionais acerca do tema. Depois disso, tratará de apontar as características de dois sistemas tradicionalmente descritos em sua evolução histórica, finalizando com os fenômenos migratórios em curso.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO COMPARADO

2.1.1. FUNÇÕES HISTORICAMENTE PERCEPTÍVEIS DO DIREITO COMPARADO



O estudo do Direito Comparado tem se prestado em termos gerais – o que pode ser historicamente observado¹ – a três funções. A primeira delas consubstancia-se numa pretensão racionalista do homem (GUSMÃO, 2009, p. 13), a do retorno a um estado em que toda a Humanidade, sem divisões e desigualdades, falasse a mesma linguagem. Trata-se da busca de unidade com a identificação de pontos comuns entre os diversos ordenamentos, procurando uma certa compreensão entre os povos, bem típica do momento histórico durante o qual o Direito Comparado começou a se desenvolver de modo mais sistemático (SACCO, 2001, p. 27)². Comprovando-se tal assertiva, cita-se trecho da clássica obra de MAXIMILIANO (2007, p. 107-108):

Os vários Códigos e os vários Direitos, especialmente no terreno civil e comercial, constituem faces, aspectos de um só Direito Privado, do moderno *Ius Commune*, universal. De uma região para outra notam-se pequenas variantes, matizes perceptíveis; porém, conforme sucede em outros ramos de estudos, não passam de ligeiras alterações de fenômenos constantes na essência e por isso mesmo merecedores de exame para se chegar, com exatidão maior, à regra geral, ao postulado de aplicação uniforme em todo o mundo civilizado. Embora as legislações conservem certa autonomia e parcial originalidade, que correspondem a tradições especiais e aos interesses prevaletentes em determinadas regiões; todavia a aparente diversidade em regular as relações jurídicas apresenta um fundo comum. Daí resulta progressiva generalização das disposições aplicáveis a condições sociais que são semelhantes entre os povos da mesma época e do mesmo grau de civilização. (...) ‘não podemos deixar de notar, tanto para as grandes linhas como, e melhor ainda, para certas questões minúsculas, os traços distintivos de uma sorte de ideal legislativo, senão, até, de um Direito comum da humanidade civilizada’.

Em um segundo momento, o que se buscou foi uma uniformização ou unificação do Direito, através de mecanismos positivos que pudessem criar, ainda que artificialmente, um ambiente de regras de entendimento mútuo. A uniformização é o procedimento pelo qual diversos legisladores adotam uma norma formulada do mesmo modo ou um único legislador introduz em vários ordenamentos normas formuladas de modo idêntico. Já a unificação consiste na criação de uma norma única, aplicada sob os cuidados de operadores que agem com unidade de objetivos, representada por um corpo unitário de juristas (SACCO, 2001, p. 30).

“Os comparatistas se propuseram”, após o término da Primeira Guerra Mundial, “a não mais encontrar as concordâncias, mas sim em criá-las” (JESCHECK, 2006, p. 30; ASCARELLI, 2008, p. 34). É neste período histórico, nas primeiras décadas do século XX, que surgem instituições como

¹ Uma breve história do Direito Comparado, que poderia remontar à obra de Aristóteles, pode ser encontrada em ASCARELLI (2008, p. 32-34) e em BADENES GASSET (s/d, p. 227-229). Este último autor chama a atenção para o marco que foi o Congresso de Paris de 1900.

² JESCHECK (2006, p. 40) refere-se a uma “manifestação sociológica de aproximação dos seres humanos, de ‘tornar menor’ o mundo”.

a *Academia Internacional de Direito Comparado* (1924) e o *UNIDROIT* (1928) (SACCO, 2001, p. 42).

Já antes, a extraordinária difusão por todo o mundo do modelo do Código Napoleão demonstrava tal tendência (SACCO, 2001, p. 27). Nessa linha, alguns autores propuseram que o exercício comparatístico se situaria dentro do “propósito de revelar as novas conquistas alcançadas em determinado ramo da árvore jurídica e que podem orientar legisladores”, criando “um instrumento adequado para futuras reformas” (NADER, 2008, p. 14).

Tudo indica que atualmente o estudo do Direito Comparado se encaminhe para uma terceira função, com o reconhecimento de fins mais modestos, porém mais realistas. Segundo ANCEL (1980, p. 104), “a unificação das regras deixa de ser o objeto principal do Direito Comparado e a preocupação maior dos comparativistas”. O que se pretende é simplesmente o melhor conhecimento dos diversos modelos (SACCO, 2001, p. 36; GUSMÃO, 2009, p. 14). O que vai além já é um bônus valioso, numa referência ao *Manifesto do Círculo de Comparatistas de Trento* (Itália), ainda que não originalmente buscado (SACCO, 2001, p. 39), uma vez que “o Direito Comparado não se esgota nas funções práticas” (ASCENSÃO, 2005, p. 123).

O Direito Comparado, por conseguinte, poderia ser enquadrado no campo das ciências sociais ou humanas descritivas, ao lado da Sociologia, Antropologia e congêneres. Estas, segundo Rodolfo Sacco, “têm por escopo conhecer os comportamentos dos homens e buscar a seguir qual seria a lógica própria e específica, e não apenas as razões intrínsecas e determinantes, de tais comportamentos” (SACCO, 2001, p. 28). Para a procura por essas razões intrínsecas, há outro tipo de conhecimento, a Filosofia, que é a ciência das coisas por suas causas supremas e, portanto, conhecimento radical (busca os princípios primeiros e as causas últimas) e universal (JOLIVET, 1995, p. 21; MARÍAS, 2004, p. 3-4).

Sendo assim, “o Direito Comparado não pode ignorar a existência de uma classe de ciências sociais ou naturais que atua através da comparação: deve a ela agregar-se e, quanto possível, aproveitar-se das experiências das ciências comparativas” (SACCO, 2001, p. 35-36).

Qual poderia ser, então, a utilidade de se estudar comparativamente os sistemas jurídicos alienígenas? Neste ponto quadra bem uma citação referente à importância do estudo do Direito Romano na atualidade, mas que, por analogia, pode ser aplicada aqui, uma vez que ambos – o Direito Comparado e o Direito Romano – não são Direito vigente *hic et nunc*. Pois bem, segundo ALVES (2005, p. 2):

(...) ela [a utilidade do estudo atual do Direito Romano] decorre, principalmente, do fato de ser ele admirável instrumento de educação jurídica. Nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas ciências físicas, o estudioso não pode

provocar fenômenos para estudar as suas conseqüências (...). É assim o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos.

Em outras palavras, o método comparativo é chamado a exercer nas ciências sociais o papel da experimentação nas ciências da natureza (ANCEL, 1980, p. 107-108).

Do mesmo modo como o jurista se utiliza de dados de legislações do passado para estudar um fenômeno jurídico, igualmente poderá fazer uso de ordenamentos jurídicos sincrônicos ao seu para produzir conhecimento.

Interessa ainda observar que o Direito Comparado, mesmo que em linha sucessiva e não sincrônica, não se identifica totalmente com o estudo da História das Instituições. É que o Direito Comparado recebe da História material para análise, mas esta é feita com um método próprio (ASCENSÃO, 2005, p. 123). Como bem observa MIRANDA (1997, p. 28),

o Direito Comparado tem por fim o estabelecimento de relações de semelhança ou diferença, de afinidade ou repulsa entre institutos e sistemas; a História tem por fim o estabelecimento de relações de causa e efeito entre institutos e sistemas que se sucedam cronologicamente; o primeiro acarreta uma visão de predominância estática, mesmo se reportada a realidades sucessivas; a segunda uma visão dinâmica e genética mesmo se localizada em dada época; aquele envolve abstração; esta requer inserção num vasto panorama institucional e social.

Aqui, uma última anotação se faz importante. Esse esforço de comparação e de conhecimento de modelos não pode se resumir apenas a exposições paralelas de diversos dados legislativos nacionais, dada a sua rusticidade e menor caráter científico, ainda que sejam exercícios necessários (REALE, 1994, p. 305), tanto no grau quantitativo, quanto naquele qualitativo (BIELSA, 1961, p. 55). Com efeito, afirma MAXIMILIANO (2007, p. 109) que

a simples Legislação Comparada não tem, para o hermenauta, o mesmo valor que o Direito Comparado. Este é uma ciência completa; aquela, uma síntese, nem sempre compreensível de plano; apenas propicia a ilusão, aparência de cultura, em vez de uma sólida base de conhecimentos, pois só fornece as palavras, não o espírito das normas compulsórias (...). Quem lê unicamente Código ou Constituição tem uma só base, a mais fraca – a exegese verbal; faltam-lhe os demais, e os melhores, elementos de interpretação³.

Deve-se, em um nível mais profundo, buscar a comparação dos pressupostos hermenêuticos, premissas de raciocínios jurídicos e de decisões judiciais, bem como dos dados mais fundamentais dos diversos sistemas (SACCO, 2001, p. 40)⁴. Ou seja, segundo CONSTANTINESCO (1998, p. 335-336), a análise de elementos determinantes como a concepção de Direito, a ideologia ou

³ No mesmo sentido, criticando uma concepção estática da comparação, cf. ASCARELLI (2008, p. 35 e 45).

⁴ Para uma exposição dos cuidados ao se proceder à comparação, cf. GUSMÃO (2009, p. 14).

doutrina que eventualmente o fundamenta, as relações de incerteza existentes entre o dado e o construído, a constituição econômica, a concepção e papel do Estado, as fontes do Direito, a interpretação das leis e do Direito e, finalmente, as categorias jurídicas fundamentais. Para MAXIMILIANO (2007, p. 109), “cumpre, também, respeitar o espírito das disposições peculiares ao meio para que foram elaboradas”. É, em suma, no que consiste a chamada microcomparação (outra especificação da comparação), o núcleo mesmo do Direito Comparado enquanto ciência (ASCENSÃO, 2005, p. 126).

2.1.2. O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMPARADO E AS DIVERSAS CIÊNCIAS SEGUNDO ARISTÓTELES.

Considerando-se o que foi desenvolvido acima, não é impróprio afirmar que a linha histórica do estudo do Direito Comparado seguiu a classificação epistemológica tradicional aristotélica, a qual diferenciava diversos tipos de ciência. Como se sabe, segundo Aristóteles, haveria um conhecimento teórico, um conhecimento prático e, por fim, um artístico.

O primeiro era o conhecimento pelo conhecimento; procura-se o saber apenas por ele mesmo. É o paradoxal “conhecimento inútil” que pode ser entendido como o próprio conhecimento filosófico ou, no seu interior, a Metafísica, a Ontologia, o estudo do ser e de suas causas (MARIÁS, 1995, p. 67).

Já o conhecimento prático é um conhecimento com vistas ao atuar, um saber para o agir. É o campo próprio da Moral e da Política, do dever-ser.

O conhecimento técnico (*tekne*) ou artístico (*ars*) é aquele destinado a um saber fazer. O que se busca é um conhecimento aplicado para a produção (*poiesis*) de alguma coisa. É o conhecimento do artesão, do operário, mas também do poeta que, com o domínio das técnicas apropriadas, saberá escrever um poema épico, por exemplo.

Um quarto tipo de conhecimento é propriamente anterior e auxiliar às demais espécies de ciência; trata-se da lógica. Serve ela de instrumento (*organon*) para a construção dos demais tipos de conhecimento (MARIÁS, 1995, p. 67-68).

Pois bem, observa-se que a contemporaneidade confere um profundo desprezo pelo conhecimento metafísico, por sua aparente inutilidade e inaplicabilidade prática. Não por acaso os conceitos de natureza, natureza humana e suas consequências jurídicas e morais são de difícil apreensão e aceitação pela sociedade atual.

A fase prática, de grandes mobilizações para modificação do mundo, também parece ter sido colocada em segundo plano, depois de experiências totalitárias como o Comunismo e Nazifascismo,

caracterizadas exatamente por um primado da práxis. Esqueceu o ser humano que a ciência prática também possui um viés pessoal, na moral, que, por causa dos abalos na percepção metafísica, se diluiu num evidente relativismo.

Restou o amparo da técnica, na qual o ser humano, deslumbrado pelos avanços científicos, põe toda a sua confiança, envolvendo inclusive o domínio da vida.

Curiosamente, o desenvolvimento do estudo do Direito Comparado pareceu seguir um caminho diferente. Com efeito, o Direito Comparado nasceu com uma pretensão prática; a busca de uma unidade perdida, mas na realidade jamais propriamente ocorrida. Adquiriu posteriormente conteúdo poético-técnico, com os diversos instrumentos de uniformização que foram sendo criados. Atualmente, em seu último estágio, se encontra na fase teórica, na qual se estuda por se estudar, ainda que o conhecimento produzido possa ser aplicado e seja mesmo valioso nos campos próprios da Ciência e Teoria do Direito.

2.2. CIÊNCIA OU MÉTODO?

Como visto acima, o Direito Comparado possui três dimensões, estabelecidas em ordem cronológica, mas não sendo impossível – pelo contrário – que se conjuguem para produzirem mais e melhores resultados. Outra discussão importante neste tópico, na realidade já considerada clássica, é acerca da própria natureza do Direito Comparado. Teria ele um estatuto de ciência autônoma ou seria apenas um método para o alcance de determinadas soluções práticas? (SACCO, 2001, p. 33; GUSMÃO, 2009, p. 14-5; HERNANDEZ GIL, s\d, p. 190)⁵ Há, porém, quem sustente que se trata de discussão bizantina, não tendo qualquer interesse prático ou mesmo acadêmico relevante.

Na verdade, a melhor resposta parece ser a que utiliza o instrumental epistemológico aristotélico, resumido mais acima. Para ele, como já adiantado, há um tipo de conhecimento auxiliar aos demais – ciências teóricas, práticas e poéticas – sem o qual nenhum tipo de saber pode ser construído. Trata-se da lógica. Neste sentido, não deixa de ser interessante que haja autores que se refiram ao Direito Comparado como um “método universal” (JESCHECK, 2006, p. 52).

Ora, ainda que a comparação jurídica não chegue a se mostrar absolutamente imprescindível para o conhecimento próprio do Direito, ela representa um ferramental interessante e até poderoso para tanto. Com essa visão, pode-se compreender por que o Direito Comparado, sendo verdadeira ciência, com objeto formal e metodologia próprios⁶, também pode ser considerado um instrumento

⁵ Para um resumo de toda a discussão, cf. CONSTANTINESCO (1998, p. 279-320).

⁶ Para SACCO (2001, p. 78), “a comparação jurídica pode servir-se de um número indeterminado de métodos. Mas, em cada caso, essa – à diferença da dogmática – não poderá ser um conjunto de raciocínios analíticos e

para a Metodologia Jurídica, aplicável em todos os campos do Direito (CONSTANTINESCO, 1998, p. 323). Assim é que se pode dizer que, sob aspectos diferentes, o Direito Comparado constitui tanto um método quanto uma ciência em si.

Cabe neste ponto uma citação de SACCO (2001, p. 43) sobre o tema:

A comparação, como qualquer ciência, e enquanto tal, visa adquirir dados teóricos, independentemente de ulteriores utilizações destes dados. Obviamente, permanece ciência também quando o operador a ela recorre visando uma possível circulação de modelos; e é uma ciência dotada de potencialidades práticas fascinantes. (...). Mas a comparação, como pesquisa pura, já tem obtido resultados esplêndidos: análises inigualáveis das diferenças e analogias entre *Common Law* e *Civil Law*, reconstruções científicas do etnodireito (...). Estas conquistas são obra da ciência, ainda que não sejam seguidas da circulação de modelos.

Resta apontar ainda uma última ideia, aproveitando algo que parece ser indicado por uma leitura de CONSTANTINESCO (1998, p. 329). Poder-se-ia afirmar que o Direito Comparado, como microcomparação, enquanto busca esclarecer um instituto ou regra jurídica, se constitui num método. Quando, porém, a sua tarefa é a macrocomparação – esclarecendo e iluminando as estruturas fundamentais e os perfis característicos dos ordenamentos e elaborando os grandes sistemas jurídicos – seria propriamente uma ciência.

3. FAMÍLIA ROMANO-GERMÂNICA

Geograficamente localizado em países da Europa continental⁷, nas Américas – com a notável exceção dos EUA⁸ e parte do Canadá – e da África em geral, o assim chamado sistema romano-germânico possui alguns traços característicos a serem tratados neste item.

Em primeiro lugar, cumpre informar que a sua formação é originária da introdução do Direito Romano bizantino nas universidades medievais por volta do século XII. Era uma época de reflorescimento urbano e comercial, formação dos Estados Nacionais, grandes discussões acadêmicas pela introdução da Filosofia aristotélica, surgimento das Ordens Mendicantes, dentre outros fatores de grande modificação social.

De fato, o material fornecido pelo Direito Romano tardio representou instrumento valioso para responder juridicamente a certa anomia - não mais possível de ser mantida pelas características sociais da época característica da Alta Idade Média (VILLEY, 2005, p. 118-131). Obviamente que não se tratava do Direito Romano original, tal como fora aplicado anteriormente em ambiente

ordenatórios, mas será sempre uma ciência empírica fundada na observação dos modos concretos de funcionamento, nos vários sistemas, das regras especiais e das categorias ordenantes”.

⁷ Daí por que também é chamado de Direito Continental, ainda que a terminologia seja criticável.

⁸ Ainda que não completamente, pois o Estado da Luisiana adota o regime do *Civil Law*.

cultural e social diverso. Tratava-se de uma atualização, promovida pelos doutrinadores da época, das antigas soluções romanas aos problemas por eles enfrentados (GILISSEN, 2001, p. 203). Para tal esforço interpretativo não deixaram de ser influenciados pelo Cristianismo e pelas instituições da própria Baixa Idade Média.

Como a base era o Direito Romano reinterpretado, as regras de direito eram entendidas fundamentalmente como regras de conduta, como é típico na nova visão jurídica. A tarefa essencial da Ciência do Direito era, portanto, a de determinar quais deviam ser as regras a serem aplicadas. Trata-se da função dos cientistas do Direito, os jurisprudentes, cultores da ciência chamada Jurisprudência.

Além disso, igualmente se observa a importância dos direitos elaborados a fim de regular as relações entre os cidadãos. Por isso há uma preponderância e um desenvolvimento do Direito Civil bem superiores àqueles presentes no sistema anglo-saxão (DAVID, 2002, p. 23).

Tratava-se, portanto, de um direito erudito que se sobreporia aos diversos direitos locais então vigentes. Era um direito escrito (os direitos das diversas regiões europeias eram consuetudinários); comum a todos os mestres – por isso, era o *ius commune* da Europa –; muito mais completo, o que dava melhores condições jurídicas para o desenvolvimento do comércio, completando as situações lacunosas dos costumes e leis locais; além disso, era mais complexo, já que reflexo de uma sociedade extremamente desenvolvida, como havia sido a latina (GILISSEN, 2001, p. 203)⁹.

Aqui se desenvolve o papel da regra de direito, abstrata e geral. O Direito é entendido como equivalente ao justo. Apresentava-se um raciocínio jurídico que tendia a resolver os problemas a partir de regras gerais através de um silogismo. Se os conceitos jurídicos e a ciência do Direito demonstram certa unidade relativa, os direitos positivos em si são altamente variáveis de ordenamento para ordenamento. Daí a pluralidade de direitos positivos observada desde então e ainda hoje. Decorre disso tudo um grande interesse pelo estudo da lei e pela Ciência do Direito (GILISSEN, 2001, p. 204).

⁹ Cabem alguns comentários para uma percepção do *ius gentium* como *ius commune*. Direitos naturais são aquelas coisas devidas a alguém em decorrência de um título natural, ou seja, independentemente da vontade humana, mas pela própria natureza humana e das coisas externas ao homem. Ocorre que esses direitos necessitam ser especificados e o são através de duas operações: por uma conclusão próxima (*ad conclusionem*), que o Digesto (1.1.1.4) chamará de *ius gentium*, posto que comum a vários povos; e por determinação (*ad determinationem*), amplamente variável conforme o ordenamento no qual se aplique, por dizer respeito ao que é em si mesmo indiferente; é o direito positivo. Como é próprio de cada comunidade política, será chamado de *ius civile*, da cidade (Digesto 1.1.6 pr.). Exemplificando: a atribuição dos bens é pertencente ao *ius gentium* (e, de fato, todos os povos conhecem e praticam alguma forma de atribuição específica dos bens), mas a forma de atribuição é variável conforme o ordenamento de cada local (daí a pluralidade de formas de aquisição da propriedade que se observa tanto histórica quanto atualmente). Esses meios deverão ser os mais apropriados de modo a alcançarem os fins a que se destinam.

O tratamento doutrinário e jurisprudencial dado ao Direito Romano ao longo do final do Medievo trava contato, na Modernidade, com o desenvolvimento do conceito absolutista de soberania. Por este, a criação do Direito era monopólio dos órgãos estatais, sobretudo legislativos, de modo bem diverso daquele visto ao longo da Alta Idade Média, em que uma pluralidade de ordenamentos – nacionais, feudais, eclesiásticos, corporativos, etc. era aplicada ao mesmo tempo.

No século XVIII, observou-se uma racionalização profunda do Direito, no bojo de um sistema jurracionalista¹⁰. Num ambiente racionalista, de profunda confiança nos poderes da razão humana e do conhecimento científico, o Direito, se quisesse apresentar um estatuto epistemológico válido e relevante, não poderia se contentar com brocardos jurídicos e um raciocínio de natureza tópica, argumentativa e ligada à Moral. Deveria ele ser constituído *a more geometrico*, como se fosse uma ciência exata, matematizante, produzida através de premissas das quais decorressem necessariamente respostas corretas e exatas (BAGNOLI, 2009, p. 83).

Passou-se, assim, a uma confusão, fruto da identificação plena, sem atenção à analogia, entre lei e direito (ASCENSÃO, 2005, p. 135), mesmo não podendo serem estes considerados como sinônimos. Deu-se, assim, a preponderância do papel da lei e da doutrina, enquanto comentadora da lei, e muitíssimo menos do costume, da jurisprudência, como repertório de decisões judiciais¹¹, e dos Princípios Gerais do Direito¹².

Há também uma hierarquização bem definida das normas, dentro da concepção que então se desenvolve de uma Teoria do Ordenamento Jurídico. Foi também no âmbito desse sistema que se desenvolveu a doutrina da Separação de Poderes, não muito bem definida no sistema inglês, por exemplo, sobretudo em decorrência do regime parlamentarista. Cada Poder estatal apresenta competências específicas que devem ser respeitadas para a manutenção de uma pretensa pureza sistemática.

Considerando-se essa cientifização do Direito através do reencontro e reelaboração do *Corpus Iuris Civilis*, é tradicional também se aplicar ao sistema romano-germânico a expressão *Civil Law*. A construção jurracionalista iluminista acabará por gerar, já no século XIX, o Positivismo Jurídico, em que o Estado de Direito é entendido apenas como um super órgão criador de leis positivas.

Não por acaso, é justamente nesse período histórico que surgem as grandes codificações liberais, cujo corifeu seriam o Código Napoleão (1804) e a Pandectística alemã, esta se projetando “mais na atualização do direito romano para sua aplicação na Alemanha do século XIX, do que no

¹⁰ Com antecedentes filosóficos em Leibniz e outros (WIEACKER, 2004, p. 574).

¹¹ Sobre a questão acerca da consideração da jurisprudência como fonte de Direito, cf. ASCENSÃO (2005, p. 298-310).

¹² Para a natureza dos Princípios Gerais do Direito, cf. ASCENSÃO (2005, p. 442-447) e DAVID, (2002, p. 143-146; 150-151; 163-164 e 167).

estudo histórico do direito romano puro” (ALVES, 2005, p. 61). De fato, segundo WIEACKER (2004, p. 574), são “contribuições desta cultura jurídica (...) [a] integração do direito na sociedade moderna através das codificações liberais (...) e a renovação conceitual e sistemática do direito comum pela Pandectística”.

4. FAMÍLIA ANGLO-SAXÃ

O sistema anglo-saxão tem suas origens propriamente no século XII; até então o Direito da Inglaterra se assemelhava o produzido no continente (GILISSEN, 2001, p. 207; 209). Um grande marco na evolução histórica do sistema anglo-saxão foi a procura pela manutenção de antigas liberdades e direito de ordens, estamentos e corporações, ocorrida no âmbito do conflito com um Absolutismo ainda incipiente (NASCIMENTO, 2006, p. 156). A *Magna Charta* – ainda que um documento escrito – figura como documento exemplar nesse contexto (WIEACKER, 2004 p. 571). Como bem resume CAETANO (1987, p. 68),

vencido no Continente, hostilizado pela Santa Sé e desprovido de recursos financeiros, o Rei teve de resignar-se a firmar um documento em que se comprometia a respeitar os privilégios ou liberdades dos três estados do Reino. A liberdade da Igreja, as prerrogativas municipais, a moderação da tributação dos mercadores, o direito que cada um tem a não ser condenado senão após julgamento pelos seus pares ou segundo o Direito de seu país, o direito de todo homem a que lhe seja feita justiça.

A família jurídica anglo-saxã estabelece uma estreita aproximação entre Direito Público e Direito Judiciário, aqui entendido como o Direito produzido pelos tribunais em suas diversas decisões, ou seja, a jurisprudência. O processo não é um acessório, como na concepção fundamental romano-germânica (GILISSEN, 2001, p. 209): “*Remedies precede right*”, ou seja, o processo – o remédio processual – precede o direito. Segundo GILISSEN (2001, p. 208), trata-se de “um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciários. Salvo na época de sua formação, segundo o mesmo autor, a lei não desempenha qualquer papel na sua evolução”.

Historicamente e em especial no âmbito norte-americano, pode-se observar – bem ao contrário do modelo latino tratado anteriormente – um certo controle das funções públicas pelos juízes, com salvaguarda daquelas decisões estritamente políticas¹³. Outros dados – não indiferentes à

¹³ Sobre este ponto é impossível não se falar sobre a temática do controle de constitucionalidade, fruto do gênio prático norte-americano. Aqui, apesar das mesmas origens, o sistema estadunidense e o inglês se diferenciam, uma vez que desde o início do século XIX (*Marbury v. Madison*), nos EUA se entende possível um controle, ainda que limitado sobre a atuação do Poder Político, sobretudo em relação à normativa constitucional. Na Inglaterra apenas recentemente são observados movimentos nesse sentido. É que “embora filiado ao Direito inglês, o sistema norte-

problemática cultural e, portanto, com alguma variabilidade interna (DAVID, 2002, p. 26) – se mostram típicos nesta sistemática como, por exemplo, a manutenção da instituição do júri, não apenas no âmbito penal (NASCIMENTO, 2006, p. 161-162) e, sobretudo, o desenvolvimento de um direito casuístico baseado em precedentes; o direito é percebido como um costume encontrado pelo juiz (WIEACKER, 2004, p. 571).

A expressão “*Common Law*”, que também serve para designar o sistema anglo-saxão, teria relação com o *Direito Comum* da Inglaterra, ou seja, aquele diferente dos variados costumes locais concomitantemente aplicados. Importa ressaltar que não se deve confundir com o *Ius Commune*, o direito erudito elaborado com base no Direito Romano e que servia de direito supletivo às leis e aos costumes de cada país (GILISSEN, 2001, p. 207-208).

A base do *Common Law* é verdadeiramente jurisprudencial, mais do que costumeira¹⁴, apesar do que pareceria indicar a expressão sempre consagrada. É o “Direito resultante do costume sancionado pelos tribunais (...) aplicável a todos os ingleses, rei ou súdito, servidor da Coroa ou particular, militar ou civil, de qualquer parte da Grã-Bretanha”, nos dizeres de CAETANO (1987, p. 69). Representa, segundo POSNER (2007, p. 332), “um corpo de Direito criado basicamente por juízes, através de suas decisões, e não pelos autores das leis e das Constituições”.

O sistema do *Common Law* foi formado por juízes que tinham que resolver litígios particulares, buscando regras que visavam dar a solução a um processo e não tanto formular uma regra geral de conduta. Tratava-se de um Direito conceitual e não textual (POSNER, 2007, p. 332); de um Direito Público decorrente do processo (DAVID, 2002, p. 25).

Interessante notar que a sistemática própria do *Common Law* era bastante aproximada àquela do *ius honorarium* ou *praetorium* do Direito Romano, ao menos no período republicano. Por essa época, os magistrados judiciários (em Roma, os *pretores* e *edis curuis*; nas províncias, os governadores e os *questores*, sobrelevando-se o *pretor urbano*) não podiam atribuir direitos a ninguém, mas apenas conceder ou negar ações; tratava-se, portanto, de um sistema de ações e não de direitos (ALVES, 2005, p. 23). Nesse sentido, o *Common Law* desenvolve um Direito consagrado e perpetuado pela jurisprudência.

Além do Direito Comum, e como meio de atenuar as suas regras e as do Direito Estatutário, evitando a sua imobilidade, há a chamada *Equity* (RÁO, 1999, p. 134). Com o recurso à noção de

americano tem uma diferença substancial, isto é, a organização política e constitucional exerce acentuada influência sobre o Direito, o que não ocorre no Direito inglês. Os Estados Unidos têm a sua *Equity* e a sua *Common Law*, mas ambos estão subordinados ao entendimento federalista encontrado na Constituição” (CASTRO, 2006, p. 244).

¹⁴ Ainda que haja divergência entre os autores sobre o tema (ASCENSÃO, 2005, p. 137).

equidade¹⁵, o sistema inglês procura responder à questão essencial da busca de razoabilidade nos julgamentos (CASTRO, 2006, p. 198), mesmo em se considerando a maleabilidade própria do *Common Law*.

Como se sabe, a Constituição Inglesa é uma das poucas no mundo – senão a única que não é escrita (*Unwritten Constitution*), fundamentando-se em convenções e leis de caráter constitucional. As primeiras são práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder político como as funções próprias do Primeiro-Ministro, do Gabinete ou do Monarca¹⁶. As leis constitucionais são atos do Parlamento que possuem natureza constitucional por seu conteúdo e não exatamente pela forma de votação ou origem da proposta. Por exemplo, a *Magna Charta*, a *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*. No âmbito inglês é mais apropriado referir-se, portanto, ao Princípio da Supremacia do Parlamento, e não da Constituição, como no sistema norte-americano e os que lhe seguem (BARROSO, 2009, p. 12-13).

Observou-se um papel reduzido da lei (*Statute Law*) até a Segunda Guerra Mundial, quando se dá um maior dirigismo estatal, coincidente com a nova força política ascendente de esquerda, o Partido Trabalhista (*Labour*), que passa a dividir a cena política com o Partido Conservador, após a retirada dos Liberais (*Whigs*). Paralelamente a isso, no âmbito internacional, se dá o desenvolvimento do *Welfare State*, em que a presença mais forte e atuante do Estado nos rumos da economia e da sociedade não pode se dar sem também uma maior atuação legislativa.

Segundo René David, se “os sistemas de Direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *Common Law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas” (DAVID, 2002 p. 440), em um processo de continuidade histórica, sem rupturas (BAGNOLI, 2009, p. 89). Também por isso é de difícil transposição para outras realidades históricas, diferentemente do modelo latino (ASCENSÃO, 2005, p. 136;141).

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, retomam-se as considerações feitas anteriormente, com a descrição da situação atual no que tange aos sistemas jurídicos tratados. Um fenômeno recente, característico de meados do século XX aos dias atuais, é o da expansão progressiva da presença de elementos historicamente típicos de um sistema jurídico na outra família e vice-versa. Essa ocorrência parece ter relações com

¹⁵ Ainda que essa equidade não deva ser confundida com a noção greco-latina (*epikeia, aequitas*), uma vez que apresenta um caráter formal (NASCIMENTO, 2006, p. 157-158).

¹⁶ Assim, por exemplo, a denominação “Primeiro Ministro” só foi consagrada por lei (*Ministers of the Crown Act*) em 1937 (CAETANO, 1987, p. 87)

o fenômeno da globalização. Curiosamente, aquilo que era a pretensão nunca realizada dos comparatistas pioneiros passou a ocorrer por premências sociais, políticas e econômicas.

Não se trata, obviamente, do pleno ocaso do esforço de macrocomparação, uma vez que esta ainda possui um papel específico na caracterização dos diversos sistemas. Ela, porém, passou a ser encarada de modo diverso, justamente pela maciça miscigenação que vem ocorrendo. Ultrapassada a ânsia classificatória e taxonômica do cientificismo – ambiente cultural no qual o Direito Comparado surgiu e se desenvolveu –, começa-se a falar da superação da ideia de famílias jurídicas, conceito mais estático e isolado, por aquela de tradições jurídicas, que transmitiria uma noção de maior plasticidade e dinamicidade.

Assim é que a divisão dos sistemas perde a sua rigidez e impermeabilidade e mesmo a classificação que era feita sobretudo por civilistas do sistema romano-germânico e, portanto, com critérios próprios deste segmento, passa por mutações. Se as diferenças estabelecidas no campo dos Direitos Civil, Penal e, obviamente, no Processual permanecem ainda muito expressivas, o mesmo já não pode ser dito na área constitucional. Desta forma, por exemplo, pode-se afirmar que, em termos de Direito Constitucional, a Alemanha está mais próxima dos EUA do que da França e esta mais próxima da Inglaterra (ANCEL, 1980, p. 129).

Tratando especificamente das migrações entre os sistemas observa-se o seguinte. No sistema anglo-saxão se dá uma progressiva aproximação em direção ao estilo mais racionalista e abstrato do direito continental. Observam-se codificações parciais (*Consolidations*) ou súmulas de jurisprudência (WIEACKER, 2004, p. 573), assistindo-se a uma proliferação de leis, ainda que aqui elas tenham um papel mais de auxiliar, completando e esclarecendo o sistema do Direito Comum, não sendo propriamente a base do sistema (ASCENSÃO, 2005, p. 139).

Por exemplo, no Reino Unido, é historicamente observável a perda de influência da aristocracia, com forte declínio da Câmara dos Lordes, que perde até mesmo funções judiciais, dentro da terceira fase de predomínio político, atualmente residindo na Casa dos Comuns, após o protagonismo do Monarca e da Câmara Alta (CAETANO, 1987 p. 80). As mudanças se acentuaram após o ingresso na Comunidade Europeia na década de 1970¹⁷.

Nesse sentido, é sintoma marcante da flexibilização do sistema tradicional, a edição do *European Communities Act* (1972) atribuindo hierarquia superior ao Direito Comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento¹⁸. Essa tendência se acentuou com o *Human Rights Act*

¹⁷ Como se sabe, o Reino Unido deixou a União Europeia em 2020, em um movimento tormentoso e que ainda produz consequências jurídicas.

¹⁸ Esta orientação se tornou realidade no caso “*Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport*”, ocorrido em 1991 (MENDES, 2009, p. 1059).

(1998). Este, ao incorporar elementos da Convenção Europeia de Direito Humanos, possibilitou a aferição da incompatibilidade entre uma lei e disposições da Convenção de Direito Humanos. Não sendo declaratória de nulidade, mas apenas informando ao Parlamento a violação, ao menos assegura à parte uma indenização (MENDES, 2009, p. 1059), guardando semelhança com o Mandado de Injunção brasileiro.

Na mesma linha, o *Constitutional Reform Act* (2005) visou reorganizar amplamente o Poder Judiciário, dando-lhe autonomia em relação ao Parlamento e criando uma Corte Constitucional, instalada em outubro de 2009. Ou seja, a cúpula do Poder Judiciário do Reino Unido não é mais parte do Parlamento, que já não é absoluto, esvaziando-se, assim, as funções judiciais da Câmara dos Lordes e do Lorde Chanceler (BARROSO, 2009, p. 14).

Já nos EUA, observou-se no século XX um movimento de codificação ou, mais propriamente, de consolidação legislativa e expansão paulatina do Direito Federal. Todos os Estados Federados possuem Códigos Penais, alguns deles possuem Códigos de Processo Civil e Penal (se bem que pouquíssimos apresentem Códigos Civis), ainda que a noção de “código” aqui seja diferente daquela utilizada pelo sistema latino, assemelhando-se mais a uma espécie de consolidação (DAVID, 2002, p. 505-506), como referido acima. Além disso, a jurisprudência da Suprema Corte representa um papel fundamental nas modificações aqui tratadas (GILISSEN, 2001, p. 217).

No que tange às modificações no sistema do *Civil Law*, o trabalho vai se concentrar na experiência nacional. Pelo fato de o Direito brasileiro pertencer à família romano-germânica, sempre se observou um grande predomínio de questões atinentes ao Direito Privado, sobretudo ao Direito Civil. Basta pensar na importância paradigmática do Código Civil de 1916 e, já antes dele, da *Consolidação das leis civis*, de Teixeira de Freitas, que influenciou, por exemplo, o codificador argentino (FLORES, 2006, p. 796 e 798)¹⁹.

Por outro lado, no âmbito do Direito Público, mormente naquele do Direito Constitucional, a influência, sobretudo a partir do período republicano, passa a ser a do Direito norte-americano. Rui Barbosa cumpriu um papel importantíssimo na procura da experiência norte-americana como a modelar para a nova realidade republicana brasileira. Nada menos que setenta e quatro dos noventa artigos da Constituição de 1891 chegaram do projeto de Rui Barbosa, intactos ou levemente modificados. Assim, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil tinha óbvias e indisfarçáveis influências norte-americanas (CASTRO, 2006, p. 414-415).

Mais recentemente, após o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adquirido papel preponderante na experiência jurídica nacional. O alargamento de suas

¹⁹ Para as vicissitudes do trabalho de Teixeira de Freitas, cf. CICCIO (2006, p. 247-256).

competências e a facilitação do acesso à Corte pela criação de novas ações constitucionais indicam um protagonismo do STF nunca visto na história jurídica brasileira (MENDES, 2009, p. 1101-1104).

De uma posição de autocontenção, passou-se a dar respostas positivas no caso de omissões do legislador, de modo bastante diverso daquele de até poucas décadas atrás, sempre com o reforço argumentativo da busca da concretização dos preceitos constitucionais. Aliás, as mudanças de paradigmas interpretativos, ultrapassando os métodos tradicionais, também representam uma profunda inovação (BARROSO, 2009, p. 306-349).

Paralelamente ao incremento da importância da jurisprudência, um interessante fator de hibridismo se deu com a criação da possibilidade de vinculação de entendimentos sumulados pelo STF. Por último, há ainda o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil e do Direito Privado em geral, também patentes sob a nova ordem constitucional (BARROSO, 2009, p. 351-394).

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Vol. I. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANCEL, Marc. **Utilidade e método do direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

ASCARELLI, Túlio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à Ciência do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BADENES GASSET, Ramon. **Metodología del derecho**. Barcelona: Bosch, s\d.

BAGNOLI, Vicente et al. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos: Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BIELSA, Rafael. **Metodología Jurídica.** Santa Fé: Castellví, 1961.

CAETANO, Marcello. **Direito Constitucional.** Vol. I: Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CICCO Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

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

FLORES, Alfredo de J. Verbete “Teixeira de Freitas, Augusto”. In BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Unisinos: Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HERNANDEZ GIL, Antonio. **Metodología del derecho: ordenacion critica de las principales direcciones metodológicas.** Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, s\d.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, tarefas e métodos do Direito Penal Comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.



JOLIVET, Régis. **Curso de Filosofia**. 19 ed. Rio de Janeiro: Agir, 1995.

JUSTINIANO. **Digesto**. Livro I. 2 ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2000.

MARÍAS, Julian. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I: Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RÁO, Vicente. O Direito e a vida dos direitos. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 apud CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. São Paulo: RT, 2001.

VILLEY, Michel. **A formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

Sobre o autor:

Daniel Nunes Pecego

UERJ

E-mail: dpecego@hotmail.com

