

História da tradição da *civil law* e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a *common Law*¹

Ricardo Evandro Santos Martins²

RESUMO

O ensaio pretende desenvolver brevemente uma história da tradição da *civil law* e também pretende levantar questões sobre a proximidade entre a tradição jurídica brasileira e a *common law*. Para realizar esta tarefa, a abordagem metodológica está baseada no paradigma da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. O ensaio tem as seguintes hipóteses gerais: 1) a tradição da *civil law* nasce pela recepção do Código de Justiniano; 2) esta tradição também tem raízes na jurisprudência do Sacro Império Romano-germânico e na Escola Histórica do Direito; 3) mas, essencialmente, a *civil law* se fundamenta na doutrina da Escola da Exegese e depois passa a ter forte influência da doutrina pura de Hans Kelsen, especialmente quanto à tradição formada no Brasil; 4) atualmente as práticas e a legislação brasileira estão próximas da *common law*, como, por exemplo, o Novo Código de Processo Civil e as tentativas de reforma do Código de Processo Penal; 5) os cursos de mestrado e de doutorado influenciaram fortemente a mudança de mentalidade e o redirecionamento da nossa tradição jurídica, quando trouxe o instituto do “precedente judicial” como conceito central das reformas

¹ Data de recebimento: 23/02/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor Adjunto de Teoria do Direito e História do Direito na Faculdade de Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas- ICJ-UFPA. E-mail: ricardo-evandro@hotmail.com

legislativas e das práticas judiciais. Nossa hipótese específica é: 1) A proximidade da nossa tradição com a *common law* pode causar riscos quanto ao respeito aos fundamentos constitucionais da CF/88.

Palavras-chave: *Tradição romano-germânica; Tradição consuetudinária; Positivismo jurídico; Discricionariedade; Novo Código de Processo Civil.*

1 INTRODUÇÃO

Hans-Georg Gadamer foi muito feliz ao afirmar que todo nosso acesso ao passado é intermediado pelo presente. Todo interesse pelo passado já é engajado pelo interesse presente. Gadamer afirma isto porque entende que o verdadeiro objeto do estudo histórico não é o evento passado, mas o significado atual deste evento que está em jogo. (GADAMER, 1999, [334] p. 487-489). Assim, ao nos lançarmos à tarefa de compreender a tradição romano-germânica, ou simplesmente chamada de *civil law*, como sistema histórico, é honesto colocarmos à mostra o nosso real engajamento, nosso interesse atual por esse passado, por essa história. E é claro que estamos falando do nosso engajamento presente sobre o a vigência do Novo Código de Processo Civil, conforme a Lei 13.105/15.

Nosso interesse está em volta do fato de que esta nova Lei parece adotar um conceito jurídico estranho à tradição do Direito brasileiro. A inclusão do precedente como fonte do direito, e suas consequências, nos levam à reflexão necessária, a de saber como esse processo é possível e se ele vingará, ou seja, se realmente a adoção de desse conceito típico da *common law* poderá auxiliar na celeridade, justiça e racionalidade do processo civil no Brasil. Mas esta reflexão não será objeto deste ensaio. Aqui, interessa-nos fazer questionamentos mais histórico-fundamentais, do que sobre o modo de operação e as possíveis vitórias e déficits da inserção do instituto

dos precedentes no Brasil. Queremos saber, antes, do que se trata a tradição romano-germânica? Qual a sua origem? O quanto essa tradição chegou nos influenciou? O Brasil pode ser considerado um país que adota seu sistema?

Lembramos que este trabalho se trata de apenas um ensaio. E, como todo ensaio, aqui falamos em caráter experimental, mostrando resultados de uma pesquisa iniciante, com o objetivo de se introduzir ao assunto. Assim, longe de querermos esgotar o tema, apresentaremos tentativas de respostas a essas perguntas. Por enquanto, nossos referenciais teóricos principais consistem no texto clássico de René David, na densa pesquisa do Prof. Mario Losano e no texto referência sobre a tradição romano-germânica, de Merryman e Pérez-Perdomo. E nossa abordagem é melhor compreendida pela descrição do processo compreensivo e pela busca da verdade nas Ciências Humanas a partir das concepções fundamentais da Hermenêutica filosófica de Gadamer. Este estudo, portanto, é um estudo histórico, a partir do pressuposto básico hermenêutico-filosófico de que nosso acesso ao passado é engajado por um interesse contemporâneo, que, neste caso, é o de tentar entender as implicações do Novo Código de Processo Civil brasileiro.

2 AS ORIGENS NO IMPÉRIO ROMANO ORIENTAL: O *CORPUS JURIS CIVILIS*

Apresentado na introdução o nosso interesse de fundo e o nosso “método”, modo de abordagem, adianto de pronto que vamos tentar apresentar o conceito de “tradição romano-germânica”. Lembrando que essa tentativa é falha se tiver como objetivo elaborar um conceito atemporal, universal, capaz de reduzir em poucas linhas a riqueza dessa tradição. Apresentaremos um esboço de seu conceito, a partir do nosso referencial teórico, destacando também um “limite” hermenêutico, portanto, o de que a apresentação de um conceito se mistura

com a sua história. Não podemos desvincular a tarefa da formação de conceito como se estivesse apartado de sua historicidade viabilizada pela nossa própria temporalidade.

Assim, começamos com o clássico de René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, texto de 1968, em que o historiador francês nos ensina que o a “família romano-germânica”, termo usado por ele, é aquele sistema em que a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. (DAVID, 2014, p. 23). Lembrando do nosso alerta no parágrafo anterior, mesmo com a interessante e já clássica definição de David, por outro lado, não se pode reduzir esta tradição somente à conexão óbvia com o direito romano. A tradição da *civil law* é muito mais complexa. Sua história pode ser contada desde a publicação do *Corpus Juris Civilis* no contexto do Império Romano Oriental, no ano de 533 d. C, enquanto que a common law é muito mais recente, talvez datada desde o século XVII. Desse modo, a *civil law* tem uma riqueza histórica que precisa ser melhor apropriada por nós, aqui. Para começar, podemos dizer que a *civil law* pode ser entendida por fases.

Muito antes da codificação moderna, temos que ter consciência de que tal tradição já havia experimentado o Código de Justiniano, o Digesto e suas Institutas, que formam, ambos, o *Corpus Juris Civilis* – o grande legado do Império Bizantino para o Ocidente. A questão, então, é que, segundo Losano, no seu *Os Grandes Sistemas Jurídicos* (2000), a codificação de Justiniano, desenvolvida no Império do Oriente, acabou ser ver superada pela evolução natural do direito e também pelo conflito com o direito canônico, da Igreja. Com o fim do Império Oriental, pelas mãos das invasões otomanas, restou justamente aos ocidentais dar continuidade à tradição clássica conservada pelos bizantinos. Só que agora, a recepção ocidental, feita somente na Idade Média, seria sincrética com o direito canônico. (LOSANO, 2007, p. 49).

Somente assim o *Corpus Juris Civilis* foi descoberto pelo Ocidente:

na encruzilhada com a teologia e seu direito canônico. No tempo da Cristandade, o ensino do direito não era uma disciplina autônoma, não fazia parte das artes liberais, nem do *trivium*, nem do *quadrivium*. O direito era ligado aos estudos de ética, enquanto regras de costume, e à lógica, enquanto tarefa de interpretativa. Do mesmo modo, a teologia também ocupava dois lugares, um na ética e um na lógica. Deste modo, direito e teologia eram disciplinas com ligações esteiras e assim foram tratadas por um longo período. O direito só ganhará mesmo autonomia, como disciplina de ensino, com o estudioso de Bolonha, Irnério, no século XII. Ele foi responsável por reconstruir a compilação do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, na tentativa de construir um “direito comum” para a Europa. Esse impulso de Imério resultou no interesse em todo o século XII e XIII pelo *Corpus Juris Civilis* vindo da Escola dos Glosadores e da Escola de Bolonha. (LOSANO, 2007, p. 50-51). E quando o direito romano Justiniano chega às universidades medievais, ele se espalha pela Europa até Portugal e Espanha. Segundo Losano, na Espanha, o direito romano é recebido de modo que influencia diretamente a confecção das Siete Partidas, em 1265. Documento jurídico importante e que fora posteriormente exportado para a estruturação do direito na América colonial, séculos mais tarde. Tal recepção também ocorreu na Suíça, Holanda, mas, especialmente, e de modo mais duradouro, entre os territórios germânicos. (LOSANO, 2007, p. 55).

3 A CONTRIBUIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA PARA A TRADIÇÃO

Enquanto que nas demais nações o direito romano era aplicado de modo subsidiário, nos territórios alemães esse direito tinha autonomia, sendo aplicando ora subsidiariamente ao direito local, ora com peso hierárquico maior. Exemplo disto é o caso do Digesto. De acordo com Losano, também chamado em grego por como

Pandectas, o Digesto teria sido encontrado pelo Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Lotário III, em 1137. (LOSANO, 2007, p. 56). Assim, o Sacro Império Romano-Germânico é importantíssimo para a devida compreensão da tradição da *civil law*. Não apenas por esta tradição levar o nome desse Império – é comum nos países de língua latina chamar de “direito romano-germânico”, aquilo que os anglófonos chamam de *civil law* –, mas também porque a sua história explica a sistematização que o direito romano sofrerá no século XIX, pela Escola Histórica de Savigny e pela Jurisprudência dos Conceitos de Puchta e de Jhering.

O Império se dizia herdeiro do Império Romano Ocidental. Mas agora numa versão “santa”, em que o imperador seria o representante do mundo espiritual e secular. O Sacro Império também pode ser conhecido como o I *Reich*, que durou um pouco mais de mil anos, entre 800 d.C e 1806, findando no período das guerras napoleônicas. A Alemanha como estado nacional ainda não existia. Ela era dividida em principados, e dentre eles, o Sacro Império, reunindo povos germânicos. Losano nos ensina, então, que o mito da descoberta do Digesto por Lotário III em verdade mistifica a formação dos juristas germânicos em Bolonha, onde aprenderam sobre direito romano na sua versão bizantina. Assim, de modo gradual, o direito romano se estabeleceu como o “direito comum” entre os povos germânicos, tendo sido, “(...), portanto, aplicado no território do Sacro Império Romano-Germânico não através da atividade legislativa, mas através da atividade de jurisprudência”. (LOSANO, 2007, p. 57).

Mas foi somente no século XIX, às portas da unificação alemã e do processo de codificação do direito tedesco, é que o Digesto, já sincrético com o direito canônico – algo típico do Sacro Império –, passou a ser sistematizado de modo moderno. Aliás, a própria noção de sistematização é moderna. A “pandectística”, também chamada de “Ciência dos pandectas”, é o nome dado para os manuais, frutos da construção doutrinária sobre o Direito, com base na Teoria Jurídica

da Escola História do Direito. Trata-se de uma verdadeira “civilística sistêmica” que somente foi possibilitada devido ao papel ativo do cientista do Direito, defendido pelo vigor espiritual do Historicismo jurídico. (WIEACKER, 2010, p. 491). A pandectística jus-historicista era a doutrina jurídica formada pelo conjunto de conceitos formais que os próprios cientistas do Direito formulavam a partir dos estudos sobre o direito romano “atual” na região alemã desde o Sacro Império. Por isto, na região do Sacro Império, mesmo após as guerras napoleônicas – e também justamente por elas – é que se resistiu por lá à codificação que a França de Napoleão estava sofrendo.

Este é o período em que Savigny entra em conflito com o Thibout, alegando que os germânicos não precisavam codificar o seu direito, porque ele já havia sido codificado por Justiniano em 533 d.C. Para Savigny, o antigo direito romano já havia experimentado, portanto, a codificação com Justiniano. Contudo, a sistematização em código a qual Thibout se referia não se tratava dos modos antigos da antiga Roma. Thibout fazia a defesa da codificação aos moldes do processo ocorrido no início dos anos de 1800, na França, com o Code Napoleon (1804). Assim, herdeiro legítimo do jus-historicismo de Savigny, a pandectística alemã atrasou um processo que acabara acontecendo, tardiamente, com a codificação alemã, tempo da criação do BGB (1900).

Mas, desse embate, o que queremos pôr em destaque é a cultura da codificação iniciada na França. Sabemos que tal cultura sofreu resistência na região alemã, especialmente pelo impulso dado por volta da década dos anos de 1830, pelo grupo de juristas franceses dedicados ao *Code Napoleon*. Este grupo ficou conhecido como Escola da Exegese. A Escola tinha um certo tipo de compreensão da Lei, que marcará a cultura jurídica da Europa continental, chegando a atravessar o Atlântico, sendo recepcionado pelo Brasil, país de influencia íbero-franco-germânica, ao menos quanto ao direito civil.

4 CIVIL LAW E POSITIVISMO JURÍDICO: A ESCOLA DA EXEGESE E A DOCTRINA PURA DO DIRITO NO IMAGINÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A influência da versão oitocentista da tradição da *civil law* no brasil do início do Século XX

A essa altura de nosso texto, podemos afirmar que tal tradição é dinâmica, podendo ser separada por fases. No século XIX, a tradição chamada pelos ingleses de *civil law* ganha este status de compreensão legalista do Direito. Muito disto é de responsabilidade da Escola da Exegese na França e de seu projeto de entender que o direito é somente o positivado, fundado na vontade geral do povo e sistematizado por um código – o qual é presumido como sendo íntegro e livre de lacunas, e que deve ser aplicado de modo silogístico, via raciocínio lógico-subsuntivo, pelos magistrados. A Escola da Exegese cria, então, uma cultura juspositivista. Essa cultura é de caráter legalista. E ela fora tão forte no mundo continental, que nos faz afirmar que por isto mesmo chegara a ser confundida com a tradição da *civil law*.

Finalmente, já falando de como o Brasil recepcionou todo este “movimento cultural”, Losano nos diz que foi Clóvis Beviláqua quem incluiu o direito brasileiro no ramo específico da *civil law*, como participante da grande família de origens romano-germânicas e francesas. Beviláqua fez isto quando elaborou o Código Civil Brasileiro, em 1916, e quando teorizou sobre o tema na sua obra chamada de Estado Atual do Direito Privado Brasileiro, publicada no final do século XIX, em Recife. Losano ainda nos ensina que, para Beviláqua, o direito brasileiro misturaria direito ibérico, de base romana, com as categorias do Code Napoleon. (LOSANO, 2007, p. XXXIX). Mas não podemos nos esquecer da influência alemã no direito brasileiro. O próprio Beviláqua era um germanista, estudioso do pandectista alemão, Rudolf Jhering.

Com a consciência deste modo como o civilismo fraco-germânico chega ao Brasil, resta ainda saber como esta influência da *civil law* de até então conseguiu atravessar para o século XX. Precisamos saber disto para entendermos a reviravolta que vivenciamos, ao menos legislativamente, na nossa tradição processual. Onde queremos chegar é ao ponto histórico crucial, que teve consequências filosóficas e impactos importantes no senso comum e em um certo imaginário jurídico: a influência da atualização do pandectismo pelos publicistas alemães do final do século XIX, e a seguida influência da doutrina pura do direito de Hans Kelsen sobre o direito brasileiro e o seu imaginário, especialmente a partir do Estado Novo, na década de 1930.

4.2 exegese francesa e a doutrina pura de kelsen entre os juristas brasileiros

Dessa maneira, a partir de tudo o que já dissemos até aqui, traçando as características centrais da *civil law* e mostrando como adotamos seus conceitos no direito brasileiro, até pelo menos à vigência do Novo Código Processual, que traz um conceito originado da *common law*, como o do “precedente judicial”, neste subtópico, abordaremos uma de nossas hipóteses centrais: a de que as ideias da Escola da Exegese subsiste na nossa tradição, assim como alguns elementos da teoria de Kelsen – mesmo a despeito do fato de ambos os juspositivismos serem inconciliáveis, especificamente quanto à hermenêutica jurídica. Em verdade, a nossa hipótese sobre a presença forte da Escola da Exegese na tradição brasileira fundamenta a nossa hipótese central: a de que a *civil law* coincide com as teorias juspositivistas, ao concentrar as suas fontes do Direito na Lei posta por uma autoridade legislativa. Interessante destacar que esta hipótese central também é o ponto convergente entre juspositivismo exegético e doutrina pura kelseniana.

O ponto convergente, fortemente presente na *civil law*, e que,

por consequência, é uma marca característica das práticas jurídica brasileiras, é o legalismo, numa versão formalista.³ Isso é acentuado por Kelsen e sua teoria de fundamento neokantiano. Ainda que semelhante aos exegetas franceses em alguns pontos, o tentar ler o direito como norma jurídica, válida em um mundo próprio, abstrato, desconectado da realidade (Ser), da história e da política, sendo um mundo de valores relativos, Kelsen refina o juspositivismo de seu tempo.

Assim, direito é somente aquele posto por uma autoridade, inclusive por uma autoridade judiciária, já que, para Kelsen, juízes não apenas conhecem o direito, mas também o criam. Diferentemente dos exegetas, Kelsen defendia que juízes são também legisladores, mas limitados pela lei que interpretam e que os vinculam dentro da noção de moldura. Interessante notar que a *civil law*, a partir de Kelsen, passa a entender que também é fonte do direito as decisões judiciais, vistas, agora, como normas jurídicas criadas livremente dentro das limitações de uma norma superior.

Aqui já temos então a tradição da *civil law* numa outra fase: a fase da possibilidade de ocorrer discricionariedade. Numa fase anterior, a Escola da Exegese jamais admitiria a discricionariedade judicial, ou seja, a possibilidade de decidir livremente. Ainda que não percebesse que em casos de anomia, antinomia e vagueza normativa, além dos princípios de direito natural, analogia e auto-integração,

3 Seu formalismo acaba por ter forte influência nos juristas brasileiros, especialmente no episódio da consulta feita pelo Congresso brasileiro ao famoso jurista austríaco, quando na Constituinte de 1933-1934 É importante lembrar da influência de Kelsen no Brasil, quando se destaca o fato de que, na Ata de Constituinte da época, o Mestre de Viena é "(...) o autor estrangeiro mais citado na constituinte, 33 vezes. Perde apenas para o brasileiro Rui Barbosa, citado 175 vezes e ganha do alemão Hugo Preuss, considerado um dos autores da constituição alemã de Weimar, citado 19 vezes. Escolhemos as principais citações de Kelsen para demonstrar quais ideias circularam no período." (SIQUEIRA; FERREIRA; LIMA, 2016, p. 250). Como é bem conhecido, um dos princípios do juspositivismo de Kelsen é a noção de que seu estudo científico apenas vê o direito como ele é, sem juízo de valor; além do mais, seu objeto, a norma jurídica, é participante do mundo do dever-ser, um mundo objetivo de valores, apartado do mundo do ser, dos fatos históricos e políticos. Portanto, Kelsen não poderia proferir parecer à questão da legitimidade da Assembleia constituinte de outra maneira: sua resposta seguiu seus "dois limites metodológicos", formulados já em 1911 (KELSEN, 1997, p. 9-10); ele foi objetivo, descritivo, desconsiderando a questão da legitimidade política, e tendo considerado a submissão formal da competência daquela Assembleia Constituinte à Revolução de 30 (MATOS, 2016, p. 630), reconhecendo esta como autoridade competente superior, competente, portanto, para outorgar uma nova constituição.

mesmo que usados como recursos de resolução destes “problemas do código”, conforme o Art. 4 do *Code Napoleon*, a Escola da Exegese nunca poderia endossar qualquer noção realista, como a da Escola Livre do Direito faz, em torno da tarefa essencialmente cognitiva dos juízes. Por isso, a fase da *civil law* posterior à da Exegese, como é a de Kelsen e sua doutrina pura do direito, está conectada ao positivismo jurídico do início do século XX. Esse juspositivismo, chamado comumente de “normativista”, entende a discricionariedade como “aceitável” ou, definindo de uma melhor forma, inevitável. Assim, a discricionariedade como possibilidade inevitável reflete o realismo da Escola Livre do Direito de Kantorowicz, e o positivismo jurídico normativista da doutrina pura do direito de Kelsen.

Mas, afinal, o que é “discricionariedade”? E como ela chega ao Brasil como tese “aceitável” e “inevitável”? Em outras palavras, como a doutrina de Kelsen passa a ser o paradigma da *civil law* brasileira, de raízes específicas da *civil law* continental, segundo dizia Beviláqua?

Primeiramente, discricionariedade é a possibilidade de se decidir, criar direito novo, como dizia Kelsen, sem a necessidade de fundamentação adequada ou de correção moral, já que a validade é completamente um critério formal, ligada tão-somente à autoridade dos juízes, de juízes que são legisladores. E, como legisladores, eles só devem respeito jus-criativo às normas superiores. Assim, é importante retomamos as ideias de Kelsen para agora mostrarmos como as adotamos no Brasil. Por enquanto, podemos concluir este subtópico, afirmando que nossas escolas de Direito acompanharam as modificações europeias até as primeiras décadas do século XX, tendo seguido o naturalismo positivista (Tobias Barreto e, tardiamente, Pontes de Miranda), o formalismo exegético pandectístico (Beviláqua) e, posteriormente, o neokantismo jurídico (Tobias Barreto tardio e, já no século XX, Reale).

Agora, estamos prontos para abordarmos a questão processual brasileira, sua natureza romano-germânica, a presença do juspo-

sitivismo normativista e as novas influências da *common law*, as quais surgem com a justificativa de sanar as supostas deficiências do normativismo referido.

5 A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NO NOVO CPC: DESAFIOS NUM PAÍS DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Como as modificações ocorridas dentro do processo civil brasileiro, nos anos 1970, e com a influência da teoria instrumentalista a partir de Liebman e outros, é possível afirmar que subsistiu na legislação processual brasileira, ao menos até sua reforma recente, feita em 2015, os elementos próprios da *civil law*, como: a) o domínio de princípio da legalidade, que coloca os códigos e a Constituição como fonte primária do Direito; b) a discricionariedade judicial, devido à possibilidade dos juízes interpretarem e decidirem o direito com liberdade, vide as noções de livre convencimento sobre as provas – como no caso da dosimetria da pena, no processo penal. Especialmente sobre o processo civil brasileiro, que mais nos interessa, mesmo com o art. 458, inc. II, do antigo CPC, o dever de fundamentação pelos juízes nas suas decisões era por demais vago e genérico, quando dizia que deveriam as decisões apresentarem “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Subsiste, portanto, a noção de que as fontes do direito na *civil law* não seriam capazes de evitar a discricionariedade.

Merryman e Pérez-Perdomo, no seu *The Civil Law Tradition*, já nos mostram que aquela antiga imagem do juiz *civil law*, como mero servidor, da aplicação mecânica da lei, enfraqueceu. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 38). A discricionariedade passa então a ser aceita pela doutrina e pela teoria do direito juspositivista dominante, pelo menos, no nosso contexto, até à abertura democrática. Nossa última experiência autoritária fez resistência às mudanças de compreensão e de prática – se é que podem ser separadas –, que só

iriam ocorrer após a CF/88, com a proliferação de pós-graduações em Direito pelo Brasil, em que desde o início dos anos 1990, vem pesquisando uma alternativa para o nosso modelo jurídico, que combina *civil law* e juspositivismo, principalmente buscando “saídas” em teorias do direito anglo-saxãs, como a de Ronald Dworkin e sua teoria do direito como integridade, mas também em teorias como a de Robert Alexy, que, ainda que seja um jurista germânico, tem no seu método de sopesamento a exigência da argumentação “razoável” e “adequada/necessária”.

Sabemos que nossa hipótese resume a influência da *common law* como algo surgido das escolas de direito, e de seus professores nos cursos de mestrado e doutorado brasileiros. E isso pode reduzir o fenômeno, furtando-se de uma hermenêutica que possa suspeitar das reais intenções, baseadas em questões neocoloniais – porque é como se estivéssemos dando continuidade à nossa cultura de acompanhar as “modas” teóricas do norte econômico, do mesmo modo como fizemos na era colonial, imperial e na República Velha e Estado Novo. Feita esta ressalva, por outro lado, entendemos que ainda sim é justamente por meio dessas pós-graduações, desde uma certa recepção das filosofias do direito não-positivistas, que surge a nossa aproximação atual com a tradição anglo-saxã da *common law*. E o elemento-chave, por meio do qual, nosso direito processual se aproximou da *common law* foi a figura do “precedente judicial”, como “saída”, caminho na tentativa de aferir maior “racionalidade” ao espaço discricionário que teriam as normas jurídicas, conforme o legado da compreensão kelseniana do Direito dentro da *civil law*.

Por fim, questionamos se essa recepção de um elemento típico da *common law* não implicaria necessariamente em um abandono da compreensão juspositivista do Direito por nós. Deixamos a seguinte pergunta, para um futuro desenvolvimento deste ensaio: Será que o Novo Código de Processo Civil, quando no art. 486, que se fundamenta no art. 93, inc. IX, da CF/88, estabelece que, não se

considera fundamentada a decisão que:

não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"; "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"; "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento;

pode realmente diminuir a discricionariedade judicial e garantir racionalidade nas decisões?

Mesmo pela inserção destes incisos no NCPC, nossas fontes do Direito ainda surgem das autoridades e, aqui, o precedente funciona como lei que, como qualquer dispositivo normativo que se seja utilizado como fundamento de uma decisão, deve ser interpretada e justificado por argumentos. De modo semelhante às súmulas vinculantes, os precedentes, por mais irônico que possa ser, também não se distanciam tanto do pensamento de Kelsen, quando defendia que juízes também legislam. Parece que a inovação está nos efeitos dessa legislação judiciária, que, agora, não é mais inter partes, mas alcançando uma validade geral. A questão que ainda resta, portanto, é: será que os precedentes conseguirão mesmo garantir racionalidade, diminuir discricionariedade do Judiciário? E outras questões subsidiárias também subsistem: o desafio de se interpretar os termos legais e outros os precedentes estão mesmo livres do risco da arbitrariedade e da vagueza semântica? Afinal, o conceito de distinguishing, que compõe o léxico do instituto do precedente judicial, conseguiria eximir o juiz do risco da discricionariedade?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por enquanto, como dissemos no início deste texto, limitamo-nos, aqui, a somente reconstruir a tradição romano-germânica, a *civil law*, mostrando que ela possui um ramo latino-americano, como é o caso do Brasil, além de ter se desenvolvido por fases, quando supera a fase bizantina, depois a do Sacro Império romano-germânico, conectando-se no século XIX ao pandeciticismo alemão, ao positivismo jurídico exegético francês, ao realismo e, no século XX, ao normativismo de Kelsen, e, agora, sofrendo uma espécie de tentativa, para usar um termo hermenêutico-filosófico, de “fusão de horizontes” com a *common law*. Mas resta saber se essas tradições podem mesmo dialogar no nosso contexto brasileiro, e como será possível garantir a tão buscada e necessária para a nossa democracia, racionalidade na tarefa judicial. Por enquanto, entendemos essa aproximação com desconfiança: há sempre a possibilidade do precedente ser apenas somente um recurso que esconde a discricionariedade, mas, agora, com o simulacro da racionalidade, não mais silogística, obviamente, mas pretensamente argumentativa, que acaba por esconder casualismos judiciais e militância político-ideológica contrária aos fundamentos da CF/88.

Somos entusiastas da argumentação e do valor da retórica na prática jurídica, contudo, resta saber, dentre tantas questões postas aqui, se efetivamente se passará a se centralizar os argumentos jurídicos nas decisões judiciais. Pois a aproximação com a *common law*, como dissemos, pode ser apenas mais um modo de acompanharmos a moda das práticas estrangeiras e, de modo mais grave, inclusive trazer elementos flagrantemente inconstitucionais, como é o caso do flerte do nosso processo penal, de suas tentativas de reformas e de suas práticas com as práticas punitivistas norte-americanas.

THE HISTORY OF CIVIL LAW TRADITION AND THE BRAZILIAN PROCESSUAL LAW: SHORT ESSAY ABOUT OUR NEARNESS TO COMMON LAW

ABSTRACT

The essay intends to briefly develop a history of the civil law tradition and also intends to raise questions about the proximity between the Brazilian legal tradition and the common law tradition. To accomplish this task, its methodological approach is based on the paradigm of philosophical hermeneutics developed by Hans-Georg Gadamer. The essay has the following general assumptions: 1) the tradition of civil law was born by the reception of the Justinian Code; 2) this tradition also has roots in the jurisprudence of the Holy Roman Empire and the Legal Historical School; 3) but, essentially, the civil law tradition is based on the doctrine of the Exegesis School and then comes to have strong influence of the Pure Doctrine of Law, by Hans Kelsen, especially with respect to the tradition formed in Brazil; 4) Brazilian practices and legislation are currently close to common law, such as the New Code of Civil Procedure and attempts to reform the Code of Criminal Procedure; 5) Brazilian Master's and PhD's courses strongly influenced the change of mentality and the redirection of our legal tradition when it brought the institute of "judicial precedent" as a central concept of legislative reforms and judicial practices. Our specific hypothesis are: 1) The proximity of our tradition to the common law tradition may could be risky for the constitutional foundations of the Brazilian Federal Constitution/1988.

Keywords: *Civil law tradition. Common law tradition. Legal positivism; Discretionarily. New Civil Procedure Code.*

REFERÊNCIAS

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KELSEN, Hans. **Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MATOS, Andityas de Moura Costa. RECHTD. 2016. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/22957/16496>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Standford: Standford Press, 2007.
- SIQUEIRA, Gustavo; FERREIRA, Bruna Mariz; LIMA, Douglas de Lacerda de. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/26905/19268>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.