



**Universidade Estácio de Sá**  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado Stricto Sensu em Direito Público e Evolução Social

Fabíola Utzig Haselof

**JURISDIÇÕES MISTAS – *CIVIL LAW & COMMON LAW***  
*Estudo do Direito Comparado e da Transformação no Modelo Brasileiro*

Rio de Janeiro

2017

FABÍOLA UTZIG HASELOF

JURISDIÇÕES MISTAS – *CIVIL LAW & COMMON LAW*  
Estudo do Direito Comparado e da Transformação no Modelo Brasileiro

Dissertação apresentada como requisito para  
obtenção do título de Mestre em Direito, pela  
Universidade Estácio de Sá.

**Orientador:** Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de  
Castro Mendes

RIO DE JANEIRO

2017

H347j

Haselof, Fabíola Utzig

Jurisdições mistas – Civil Law & Common Law: estudo do direito comparado e da transformação no modelo brasileiro. / Fabíola Utzig Haselof. – Rio de Janeiro, 2017.

170 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2017.

1. Jurisdição mista. 2. Sistemas mistos. 3. Civil Law. 4. Common Law. 5. Sistema Jurídico Brasileiro. I. Título.

CDD 340



**Estácio**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A dissertação

**JURISDIÇÕES MISTAS - CIVIL LAW & COMMON LAW: ESTUDO DO DIREITO COMPARADO E DA TRANSFORMAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO**

elaborada por

**FABIOLA UTZIG HASELOF**

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

***MESTRE EM DIREITO***

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2017.

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – Presidente**  
Universidade Estácio de Sá

  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho**  
Universidade Estácio de Sá

  
\_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Theophilo Antônio Miguel**  
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

## RESUMO

Haselof, Fabíola U. *JURISDIÇÕES MISTAS – CIVIL LAW & COMMON LAW Estudo do Direito Comparado e da Transformação no Modelo Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.

O Direito evolui e transforma os sistemas de prestação da justiça ao redor do globo. Sistemas Mistos é uma expressão abrangente das mais variadas misturas (*civil law*, *common law*, lei religiosa, costumes). A concepção dualista do *civil law* e *common law* vai se tornando cada vez mais imprecisa pela incorporação recíproca de institutos da tradição rival. Este caso mais específico, no qual o *civil law* vai sendo pressionado pelo *common law*, é um fenômeno identificado como Jurisdições Mistas. No modelo brasileiro, de tradição romano-germânica (*civil law*), passamos a incorporar muitos institutos do *common law*, e as mudanças graduais na nossa legislação nos direcionam para um sistema de vinculação aos precedentes. Como ocorrerá a absorção deste modelo e o que possivelmente estamos nos tornando a partir desta transformação lenta é uma pergunta que o estudo se propõe a debater. Para tanto, oferecemos elementos de reflexão sobre as duas tradições e, principalmente, sobre as Jurisdições Mistas espalhadas no mundo, que, mediante a combinação de institutos das duas maiores tradições, proporcionam instrumentos para um sistema que parece bastante completo ao aportar a segurança na lei e também no resultado.

**Palavras-chave:** jurisdição mista – sistemas mistos – *civil law* – *common law* – sistema jurídico brasileiro

## ABSTRACT

Haselof, Fabíola U. *JURISDIÇÕES MISTAS – CIVIL LAW & COMMON LAW Estudo do Direito Comparado e da Transformação no Modelo Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.

Law evolves and transforms the delivery of judicial service worldwide. Mixed Legal System is an expression that broadly covers a variety of combinations (civil law, common law, religious law, custom). The dualistic notion of civil law and common law is becoming inaccurate due to the reciprocal incorporation of institutes of rival tradition. In this specific case, in which civil law is being pressed by common law, is an event identified as Mixed Jurisdictions. The brazilian model, based on Roman-Germanic tradition (civil law), has incorporated several aspects of the common law and the gradual changes in our legislation has directed us to a binding system of precedents. As such model is being incorporated and what is becoming as a result of this slow transformation will be the proposed discussion of this study. Therefore, there are elements of reflection regarding both traditions and, mainly, about Mixed Jurisdictions. By providing the combination of institutes of such two main traditions, these jurisdictions seems to deliver the tools for a more developed system.

**Keywords:** *mixed jurisdiction – mixed legal system – civil law – common law – brazilian legal system*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – CIVIL LAW E COMMON LAW.....</b>	<b>18</b>
<b>I - Civil Law. Origem e racionalidade.....</b>	<b>18</b>
1. O Corpus Iuris Civilis.....	21
2. A Revolução Francesa.....	23
<b>II – O desenvolvimento da metodologia da interpretação (itinerário do raciocínio jurídico desde o problema até a solução) no civil law.....</b>	<b>24</b>
1. O formalismo jurídico.....	26
2. A reação antiformalista.....	26
3. O positivismo jurídico. A Teoria Pura de KELSEN.....	27
4. O retorno aos valores (pós-positivismo).....	30
<b>III – Common Law. O Direito inglês e o desenvolvimento do common law.....</b>	<b>31</b>
1. Período anglo-saxônico ou precedente à conquista normanda, em 1066.....	32
2. Período da formação do common law (1066-1485).....	33
3. Período do surgimento da equity e da sua coexistência com o common law (1485-1832).....	36
4. Período moderno – A reforma (Judicature Acts 1873-1875) que fundiu o common law e a equity.....	38
5. A Reforma de 2005 (The Constitutional Reform Act 2005).....	40
6. O Reino Unido possui Constituição?.....	41
<b>IV – O Direito dos Estados Unidos da América e o common law.....</b>	<b>42</b>
<b>V – A racionalidade no common law.....</b>	<b>44</b>
<b>VI – A segurança jurídica no civil law (na lei) e no common law (no precedente).....</b>	<b>46</b>
<b>VII – A igualdade na tradição do civil law (formal, na lei) e do common law (material, no resultado) como principal aspecto distintivo das tradições. A crise no civil law.....</b>	<b>49</b>
<b>VIII – O impacto das Revoluções Americana e Francesa na Separação dos Poderes no Common law e Civil law. A Separação dos Poderes: confiança e desconfiança no Judiciário.....</b>	<b>50</b>
<b>CAPÍTULO II – JURISDIÇÕES MISTAS.....</b>	<b>52</b>
<b>I – Jurisdições Mistas (Mixed Jurisdictions) e Sistemas Jurídicos Mistos (Mixed Legal Systems).....</b>	<b>52</b>
<b>II – A crítica à ausência de definição e sua dificuldade.....</b>	<b>60</b>

<b>III – Jurisdição mista. Mixed jurisdiction na sua acepção originária .....</b>	<b>64</b>
<b>IV – Jurisdição Mista. Um conceito e construção e suas características identificadoras. ....</b>	<b>66</b>
<b>V – Jurisdições mistas como resultado da transferência de colônias .....</b>	<b>75</b>
<b>VI – A estrutura das instituições judiciais e o comportamento dos juízes nas jurisdições mistas.....</b>	<b>76</b>
<b>VII – Israel: um caso que desafia a definição clássica e sua relevância para o presente estudo; ao desafiar, reforça a abrangência da expressão .....</b>	<b>78</b>
<b>VIII – Jurisdições misturadas e contemporâneas. Mistura de jurisdições por transformação lenta e gradual. Um fenômeno contemporâneo que origina uma nova categoria (um novo tipo) de Jurisdição Mista? .....</b>	<b>81</b>
<b>IX – O processo de mistura das jurisdições. Mixed Jurisdictions.....</b>	<b>83</b>
<b>X – Civil law, common law, jurisdições mistas, desenvolvimento e crescimento econômico.....</b>	<b>88</b>
<b>XI – O momento da aquisição do status de jurisdição mista na proposição de PALMER.....</b>	<b>91</b>
<b>XII – Os precedentes como fonte do direito nas Jurisdições Mista e no Brasil .....</b>	<b>92</b>
<b>XIII – A incorporação das regras processuais (procedure and evidence) do common law pelas jurisdições mistas.....</b>	<b>94</b>
<b>XIV – A mistura de jurisdições no Brasil. A influência do common law no nosso Direito.....</b>	<b>95</b>
<b>XV – Um episódio da série de transformações graduais no nosso modelo em direção à vinculação às decisões precedentes: o esvaziamento da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade e aproximação dos efeitos da declaração de constitucionalidade na via incidental e na via direta .....</b>	<b>98</b>
<b>XVI – O sistema brasileiro: com Stare Decisis e Supremacia do Judiciário (e não do Legislativo). Civil law ou Jurisdição Mista? .....</b>	<b>101</b>
<b>XVII – Sistemas Jurídicos Mistos (Mixed Legal Systems).....</b>	<b>102</b>
<b>XVIII – A sistematização proposta por ESIN ÖRÜCÜ .....</b>	<b>103</b>
1. Mapa 1: Sistemas Mistos .....	103
2. Mapa 2: Sistemas Mistos do Mapa 1 organizados de acordo com sua origem: .....	104
3. Mapa 3: Sistemas Mistos .....	105
4. Mapa 4: Sistemas Mistos .....	106
5. Mapa 5: Sistemas Misturados .....	106

<b>XIX – Considerações sobre as misturas de jurisdições .....</b>	<b>106</b>
<b>CAPÍTULO III – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL E SEU IMPACTO NO DESLOCAMENTO DA RACIONALIDADE DA LEI PARA O PRECEDENTE .....</b>	<b>108</b>
<b>I – O advento do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo) .....</b>	<b>108</b>
<b>II – A racionalidade no Direito na ótica de Max Weber .....</b>	<b>115</b>
<b>III – O impacto do neoconstitucionalismo na racionalidade e seu deslocamento da lei (civil law) para o precedente (common law). .....</b>	<b>118</b>
<b>IV – O constitucionalismo contemporâneo aproxima a concepção de regra do direito ou règle de droit (do civil law) e de legal rule (do common law)? .....</b>	<b>121</b>
<b>CAPÍTULO IV – O SISTEMA DE PRECEDENTES .....</b>	<b>125</b>
<b>I – Os precedentes e os desafios para sua assimilação pelo sistema brasileiro .....</b>	<b>125</b>
<b>II – Distinção entre precedente e jurisprudência .....</b>	<b>126</b>
<b>III – Conveniência (relacionada à segurança) de decisões judiciais com efeitos vinculantes .....</b>	<b>127</b>
<b>IV – Conveniência (relacionada à matéria) de decisões judiciais com efeitos vinculantes .....</b>	<b>129</b>
<b>V – O Core .....</b>	<b>131</b>
<b>VI – Ratio Decidendi ou Holding .....</b>	<b>131</b>
1. Ratio a partir do segundo precedente.....	134
2. Ratio a partir da aplicação no caso concreto .....	135
3. A identificação dos fatos relevantes como método fundamental na definição da ratio.....	137
<b>VII – O Distinguish.....</b>	<b>138</b>
<b>VIII – O precedente vertical e o precedente horizontal .....</b>	<b>139</b>
1. Vinculação vertical e eficiência. Vinculação horizontal e humildade.....	140
2. O distinguish no precedente vertical e no precedente horizontal.....	143
<b>IX – A força dos precedentes: precedente vinculante e precedente persuasivo, e o uso persuasivo de direito não-vinculante.....</b>	<b>143</b>
<b>X – O Precedente como método de racionalização.....</b>	<b>146</b>

XI – Os precedentes e sua formação: compromisso com o futuro vs. fossilização do Direito. ....	149
XII – Estamos em Processo de Aproximação ou Distanciamento do Common law? .....	152
<b>CAPÍTULO V – A ASSIMILAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL. ....</b>	<b>155</b>
<b>I – A racionalidade do direito romano e seu emprego como fundamento ideológico no Brasil imperial.....</b>	<b>155</b>
<b>II – O aspecto sociológico brasileiro na resistência ao sistema de precedentes .....</b>	<b>158</b>
<b>III – O distinguish com “método” de desvinculação do precedente. O aspecto cultural na introdução do precedente no sistema brasileiro. ....</b>	<b>160</b>
<b>IV – A persecução da eficiência, a limitação do distinguish e a realização da justiça .....</b>	<b>161</b>
<b>CONCLUSÕES PRELIMINARES .....</b>	<b>164</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>166</b>