



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

VALÉRIA DA COSTA RODRIGUES ALVES DE LIMA

**HARMONIZAÇÃO LEGAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
UNIFICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW***

Brasília
2018

VALÉRIA DA COSTA RODRIGUES ALVES DE LIMA

**HARMONIZAÇÃO LEGAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
UNIFICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW***

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Professora Betina Günther Silva.

Brasília

2018

VALÉRIA DA COSTA RODRIGUES ALVES DE LIMA

**HARMONIZAÇÃO LEGAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
UNIFICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW***

Projeto de pesquisa apresentado como requisito
parcial para aprovação no curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Betina Günther Silva.

Brasília, ____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Prof.

Prof.

Brasília

2018

*“Enquanto viajamos, não devemos mais ser
constrangidos a mudarmos de lei todas as vezes
que mudamos de cavalo” (traduzido pela autora)*

Voltaire

RESUMO

O principal objetivo desse trabalho será a realização de uma análise sobre a possibilidade de harmonização legal entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*. O processo de globalização faz parte do mundo atual e, exatamente por isso, a possibilidade de uma harmonização legal deve ser estudada para facilitar as negociações e entendimentos entre países, tanto no que concerne a aspectos do direito privado quanto no que se refere ao direito público. Existem, contudo, inúmeras variáveis que podem dificultar a mencionada harmonização: o que é harmonização legal? Como ela aconteceria? Quais são as dificuldades e eventuais benefícios? Essas são algumas das questões que esse trabalho analisará, para, ao final, concluir, com o exemplo de um caso concreto, que passos efetivos devem ser tomados em busca de uma harmonização legal.

Palavras-chave: Sistema legal, Família Jurídica, *Common Law*, *Civil Law*, Direito Comparado, Integração Legal, Unificação Legal, Harmonização Legal.

ABSTRACT

The main objective of this work will be to analyse the possibility of legal harmonization between the Common Law and Civil Law legal systems. The globalization's process is part of the new era and, precisely for this reason, the possibility of legal harmonization should be studied in order to facilitate negotiations and understandings among countries, both as regards aspects of private law and as regards public law. There are, however, a number of variables that may hinder harmonization: what is legal harmonization? How would it happen? What are the difficulties and possible benefits? These are some of the questions that this work will analyze, in order to conclude, with the example of a concrete case, that effective steps must be taken in search of legal harmonization.

Keywords: Legal system, Legal Family, Common law, Civil law, Comparative law, Legal integration, Legal unification, Legal harmonization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. OS SISTEMAS JURÍDICOS DO <i>COMMON LAW</i> E DO <i>CIVIL LAW</i>	10
1.1. Uma Breve Análise sobre as Histórias do <i>Common Law</i> e do <i>Civil Law</i>	11
1.2. Principais Diferenças entre o <i>Common Law</i> e o <i>Civil Law</i>	15
1.2.1. Princípio da Boa fé	20
1.2.2. Equidade e <i>Trust</i>	23
2. POSSIBILIDADE DE HARMONIZAÇÃO LEGAL?	27
2.1 Conceito de Harmonização Legal.....	27
2.2. Pontos Positivos.....	28
2.3. Pontos Negativos	30
3. O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA.....	35
3.1. Histórico	35
3.2. Corte de Justiça da União Europeia e Corte Europeia de Direitos Humanos.....	39
3.3. Progressos e Desafios atuais.....	40
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O sonho de construir uma ponte entre os diferentes sistemas legais tem ficado cada vez mais real, principalmente quando consideramos os aspectos do mundo atual e seu processo de globalização constante.

Globalização é um termo complexo que não tem exatamente um conceito estabelecido. Entretanto, há uma convergência de pensamentos que nos permite concluir que tal termo está ligado a um processo de modificação que está, atualmente, tomando lugar no mundo e que é baseado em economia, informação e desenvolvimento, principalmente no que tange a novas tecnologias¹.

Como um processo, a globalização se manifesta em diversos aspectos da vida: social, político, econômico, cultural. Exatamente por isso, é possível concluir que globalização é um conceito multidimensional, ou seja, que engloba várias disciplinas, vários aspectos do nosso dia-a-dia. Além disso, por conectar atividades em diversos níveis, globalização também está relacionada com integração².

Passada a era em que os países atuavam solitários e que as viagens, o comércio e o acesso a outras culturas e povos era praticamente impossível, no século XX, presenciamos o nascimento de empresas mundialmente conhecidas, de organizações políticas e legais muito importantes, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e muitas outras entidades internacionais que começaram a reger e guiar a relação entre os países.

Mais do que isso, com a chegada do século XXI, observa-se uma epidemia de redes sociais e interconexão, com uma consequente mobilização da opinião pública por todos os lugares. Atualmente, o mundo grita colaboração e implora por integração e, nesse aspecto, o Direito, que rege as relações humanas, não pode ser deixado para trás.

¹ KOZAK, Yuriy; Temur Shengelia. An Introduction to International Economic Relations. Tbilisi: Publishing House Universal (2014). Disponível em: <<http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/1944/1/An%20Introduction%20to%20International%20Economic%20Relations.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2018.

² Idem.

Na verdade, a globalização tem, cada vez mais, ligado e influenciado as atividades dos países pelo mundo. Mercados nacionais começaram a se tornar interdependentes de mercados internacionais, uma vez que houve a intensificação da conexão entre países.

Essa interdependência trouxe a necessidade de criação dos termos internacionais *soft law* (leis não vinculativas) e *hard law* (leis vinculativas³). Países que antes agiam isoladamente começaram a assinar acordos regionais e multilaterais que consideravam o desenvolvimento econômico da comunidade global como um todo. Como bem apontado pelos doutrinadores J Kirton John e Madubic Jelena, o antigo princípio da soberania entre os Estados é diminuído para dar espaço à integração.

É chegada a hora de o Direito se revelar como instrumento de união entre as nações. Mas qual é o sistema legal que regerá os múltiplos processos de comercialização e trocas entre países?

Já existem diversos estudos que tiveram por objetivo a identificação das características convergentes entre os sistemas legais do *Civil Law* e do *Common Law*⁴. Esses estudos são especialmente realizados pela Unidroit⁵, uma instituição internacional não governamental cujo objetivo é estudar e modernizar as atuais leis comerciais interestaduais, para, no geral, possibilitar a criação de instrumentos legais uniformes que facilitarão a comercialização entre países.

A Unidroit e os mencionados estudos foram criados e continuam sendo aprimorados uma vez que, com essa intensiva integração entre países, que possuem diferentes sistemas legais e maneiras de pensar sobre a lei, o Direito pode acabar causando dificuldades e gerando o cancelamento de acordos e tratados. Exatamente por isso, hoje, mais do que nunca, há uma busca por integração e harmonização entre as tradições do *Civil Law* e do *Common Law*.

³ KOZAK, Yuriy; Temur Shengelia. An Introduction to International Economic Relations. Tbilisi: Publishing House Universal (2014). Disponível em: <<http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/1944/1/An%20Introduction%20to%20International%20Economic%20Relations.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2018.

⁴ É importante esclarecer que existem diversos significados que definem a expressão “Sistema legal”, mas, para o propósito do presente trabalho, o termo Sistema legal será visto como positivismo legal. Além disso, também é importante esclarecer que existem diferentes sistemas legais espalhados pelo mundo, mas, novamente, no presente trabalho, o foco será colocado na convergência e integração entre o Civil Law e o Common Law.

⁵ Para mais informações consulte o website da Instituição: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>.

Basicamente, uma integração entre os citados sistemas legais facilitaria as regras aplicáveis às relações internacionais e, conseqüentemente, preveniria e simplificaria disputas, eliminando riscos e incertezas com relação a acordos ou tratados internacionais.

Entretanto, é possível considerar que a tendência de unificação e convergência de sistemas legais é relativamente recente, o que nos traz mais perguntas do que respostas. Quais são, realmente, os impactos de uma harmonização legal? Ela é realmente possível? Essas são algumas questões que serão analisadas no presente trabalho, que não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas apenas trazer uma visão global dos aspectos que devem ser considerados para uma possível harmonização legal e um melhor entendimento do cenário legal pelo qual o mundo está atualmente passando.

1. OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

Como será destacado nesse capítulo, os sistemas legais do *Civil Law* e do *Common Law* têm raízes históricas muito distintas e, por isso, apesar de normalmente levarem ao mesmo resultado jurídico, o raciocínio legal utilizado para chegar a tal resultado é extremamente diferente entre ambos os sistemas.

Antes de examinar as diferenças conceituais entre *Common Law* e *Civil Law*, é importante explicar o modo de pensar desses dois conceitos. Isso porque, às vezes, apesar de chegarem a mesma conclusão legal, a rota escolhida por cada um desses sistemas legais é diferente.⁶ (traduzido pela autora).

Apesar disso, é importante ter em mente que, independentemente de se tratar de uma tradição de *Civil Law* ou de *Common Law*, é possível visualizar que o objetivo do Direito será sempre o mesmo: “determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade⁷”. Assim, não importa qual seja o sistema legal em questão, ele será sempre visto como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.⁸”.

Além disso, também é possível determinar, desde o início, que ambos os sistemas jurídicos aqui tratados possuem características que serão mais profundamente estudadas nesse tópico, as quais garantem a segurança jurídica do Estado regulado:

Para poder trabalhar ou exercer atividade econômica, o cidadão precisa saber quem pode produzir as normas que irão regular a sua atividade, qual é o seu conteúdo e como elas se condicionam⁹.

O legislador deve estabelecer e manter regras segundo as quais o particular, ao praticar atos jurídicos, possa se comportar com previsão de seus efeitos e com confiança naquilo que o ordenamento lhe proporcionou.¹⁰

Com essas considerações em mente, passemos então ao estudo sobre o

⁶“Before examining the significant conceptual differences between common and civil law, is important to explain the way of thinking between these two concepts. That is because, sometimes, despite get to the same legal conclusion, the road take by each legal system is different.” - BEAULAC, Jean-Fraçois Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.19

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 288.

¹⁰ THEODORO, Humberto Júnior. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. Revista de Doutrina da 4ª Região. 14 ed. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm>. Acesso em: 13 set. 2017. p.7.

surgimento dos sistemas legais do *Civil Law* e do *Common Law*.

1.1. Uma Breve Análise sobre as Histórias do *Common Law* e do *Civil Law*

Hoje, existem quatro principais países que carregam as raízes dos sistemas legais do *Civil Law* e do *Common Law*. Esses são os considerados países de nascença dos referidos sistemas legais que, com o tempo, espalharam-se e difundiram por todo o mundo.

Primeiramente, há a França que, historicamente, pode ser considerada um país menos pacífico, isto é, com mais envolvimento em guerras civis e revoluções. Justamente por isso, existia uma maior necessidade de proteção e controle, o que provavelmente foi a causa da integração do *Civil Law* de raízes romanas ao sistema legal do país.

Em segundo, há a Inglaterra, que possui o sistema legal do *Common Law* que se baseia em fatos, juízes independentes e *judge-made law*¹¹

Em terceiro lugar, há a Alemanha, que também é um país de *Civil Law* com raízes romanas, que possui o contexto muito similar com o caso francês acima explicado (país menos pacífico, com necessidade maior por controle).

Por fim, nós temos a Escandinávia, que também possui por sistema legal o *Civil Law*, entretanto com raízes não tão próximas do direito romano. Esse caso em especial não será analisado pelo presente trabalho, mas é importante deixar aqui a consideração de sua existência e que, apesar de se tratar de um sistema legal do *Civil Law*, ele é diferente do *Civil Law* Francês e do *Civil Law* Alemão, justamente por ter raízes afastadas do sistema legal romano.

Mas a verdadeira pergunta é: como nasceram esses sistemas jurídicos que, até hoje, regem as leis dos países acima citados e de outros diversos países do mundo?

¹¹ *Judge-made law* é o termo usado por países do *Common Law* para definir as precedentes/jurisprudências consideradas vinculantes no país. Enquanto nos países de *Civil Law*, a lei é encontrada nos códigos, nos países do *Common Law*, a lei é extraída de precedentes e jurisprudências vinculantes (*judge-made law*). – Para mais informações consulte: DEBRUCHE, Anne-Françoise. What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

O *Civil Law* tem sua origem na lei romana e foi facilmente difundido pelo mundo tendo em vista uma de suas principais características, a acessibilidade¹² a todos. Em Roma, podemos detectar três principais elementos que ajudaram a modelar o *Civil Law* da forma como o conhecemos hoje.

O primeiro elemento, e mais conhecido, é a figura do Pretor. O Pretor foi “criado (...) como resultado do compromisso entre patrícios e plebeus, (...) admitindo que um dos cônsules fosse plebeu, ao passo que os plebeus admitiam que os patrícios elegeassem um só pretor incumbido de administrar o direito na cidade”¹³.

Em segundo lugar, o direito romano também possuía a figura dos Jurisconsultos, que foram os primeiros juízes de lei. Ao final de suas carreiras, eles proviam conselhos para litigantes e magistrados. Também foram eles que pensaram e escreveram os primeiros tratados de *Civil Law*. Hoje, eles são considerados a primeira escola de direito e é deles que surge esse peso e reverência que o sistema do *Civil Law* dá a seus doutrinadores e especialistas, que é uma grande diferença entre o *Civil Law* e o *Common Law* e será melhor abordada no próximo tópico.

Por fim, em Roma, foi criado o Código de Justiniano, que, na verdade, era mais similar a uma compilação. Isso porque se tratava de um compilado de diversas decisões de diferentes imperadores romanos e dos trabalhos dos jurisconsultos. Apesar de conter sessões parecidas com as sessões de um atual código civil, como direito das pessoas, obrigações contratuais e obrigações extracontratuais, é difícil reconhecer tal obra como um código, uma vez que não possuía a lógica e a sistemática contida em um código de *Civil Law*.

Mesmo com o fim do império romano, seus invasores continuaram a utilizar a lei romana e seus costumes, e esse também é um dos motivos que facilitou a continuação do direito romano, caso contrário, ele teria provavelmente desaparecido.

¹² O termo acessibilidade no presente trabalho é usado para se referir a facilidade que um cidadão comum, fora do ramo do direito, possui acesso às leis, códigos e jurisprudências do *Civil Law*. Diferente do *Common Law*, no *Civil Law*, não apenas o código e as leis estão à disposição de todos (facilmente encontrados), como ainda, os textos legais encontrados nos códigos são mais inteligíveis para a população geral. Para mais informações, consultar: BEAULAC, Jean-François Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

¹³ BÖTTCHER, Carlos Alexandre. *O Legado ético e universalista do direito romano*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67981/70838>>. Acesso em: 27 abril 2018.

Na idade média, a Igreja Católica assumiu o controle político e legal da região. A lei passou a ser criada e executada pela Igreja (direito canônico). Entretanto, tal lei ainda era baseada no trabalho de Justiniano o que, mais uma vez, ajudou a perpetuar o direito romano.

Algum tempo depois, em 1804, com as conquistas de Napoleão, houve a criação de um novo Código Francês. A ideia era ir além de uma mera compilação, como o Código de Justiniano. O código deveria ser acessível a todos e fornecer ferramentas que promoveriam o cumprimento da lei, com uma sistematização e lógica que iam além da mera compilação. Até o hoje, o Código de Napoleão é visto como um progresso social, uma verdadeira revolução intelectual para o *Civil Law*¹⁴.

O Código de Napoleão foi bem difundido e é uma das principais razões da perpetuação do *Civil Law* nos moldes como conhecemos hoje.

Por outro lado, o *Common Law* teve suas origens na Inglaterra medieval e se espalhou por meio de suas raízes em leis baseadas em costumes (tradições).

Tudo começou com a conquista da Normandia sobre a Inglaterra. Entretanto, quando a Normandia conquistou a Inglaterra, não houve a aplicação do sistema de justiça conhecido por eles. O que ocorreu foi a convivência com as leis costumeiras estabelecidas no local¹⁵.

Durante os séculos XII e XIII, houve uma mudança orgânica do antigo sistema legal verbal para o sistema legal escrito, uma tentativa de adequação, pela Normandia, aos costumes Ingleses. Novamente, a história indica que essa transição não foi algo planejado, mas sim algo que cresceu organicamente dentro da sociedade.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código de Napoleão Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1003/937>>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹⁵HOLDSWORTH, William Searle. *A history of English law*. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=oO19sqBbKZMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=history+of+the+english+legal+system&ots=f4iyBpz5ur&sig=q2gGBkipeKa8ieXSsPIWAniPkRc#v=onepage&q=history%20of%20the%20english%20legal%20system&f=false>>. Acesso em: 16 maio 2018.

O que houve foi a manutenção das instituições de direito já existentes, contudo, aos poucos, a Normandia integrou ao sistema pessoas e padres que possuíam maior conhecimento sobre o direito canônico¹⁶.

Ao final do século XVI, todas as ações judiciais precisavam ser escritas, ou seja, diferente do antigo sistema verbal em que as ações possuíam várias hipóteses legais, naquele momento, as teses legais debatidas precisavam ser escolhidas desde o início da ação judicial. Os juízes eram apontados pelo monarca entre advogados com experiência (cerca de 20 anos de experiência) e viviam em Londres, mas viajavam por toda a Inglaterra para ouvir e julgar casos legais¹⁷.

Naquela época, grande parte dos litígios se dava por causa de terras, propriedades que pertenciam à Família Real. Entretanto, o litígio contra a família real era algo difícil de se conseguir, pois, para iniciar a ação, era necessária uma autorização da Igreja Real, em Londres. Exatamente por esses aspectos procedimentais, os advogados precisavam ser familiarizados com direito material e processual. Essa é considerada uma das razões pela qual, hoje, o direito no *Common Law* é menos acessível à população geral, quando comparado com o *Civil Law*¹⁸.

Conforme os anos se passaram, aos poucos, com a diminuição do poder da Igreja, começou a adotar-se o conceito de que a justiça emanava do homem, e não de Deus.

Em 1848 foi criada a Corte de Apelações da Inglaterra, onde lordes eram legalmente treinados para lidar com ações de litígio. Em 1852, o antigo sistema escrito foi abolido. Em 1876, o Parlamento Inglês começou a eleger juízes profissionais para tratarem das apelações. Em 2005, houve a criação da Suprema Corte da Inglaterra¹⁹.

¹⁶HOLDSWORTH, William Searle. A history of English law. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=oO19sqBbKZMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=history+of+the+english+legal+system&ots=f4iyBpz5ur&sig=q2gGBkipeKa8ieXSsPIWAniPkRc#v=onepage&q=history%20of%20the%20english%20legal%20system&f=false>>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ SUPREME COURT OF UK. History. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/about/history.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.

Com base nessa breve explicação, é possível perceber que ambos os sistemas legais tiveram raízes bem diferentes, com entidades, princípios e processos diversos. Com certeza, essa diferença de raízes implicou nas diversas diferenças entre o *Civil Law* e o *Common Law* que serão apresentadas no tópico a seguir.

1.2. Principais Diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law*

As diferentes origens acima citadas criaram, por consequência, dois sistemas jurídicos bem diversos.

Na tradição do *Civil Law*, a principal fonte legal é a legislação (código), que é conhecido pela sua sistematização, pela inteligibilidade e pela acessibilidade da lei.

A ideia de sistematização legal foi criada para diferenciar o código de um mero aglomerado de leis. Assim, tal sistematização pode ser percebida na estrutura lógica e indutiva do código, que, normalmente, é dividido em capítulos e começa pela explicação de um conceito mais geral para termos mais concretos.

A estrutura do Código como uma árvore com galhos simétricos e bem ordenados era considerada parte dessa beleza. Curiosamente, a iconografia do final do século XVIII e início do século XIX reflete essa preocupação de associar a lei à beleza e, em última análise, à justiça²⁰. (traduzido pela autora).

Tal sistematização, no exemplo de um Código Civil, está normalmente sustentada por três pilares intelectuais: propriedade privada, liberdade de contratar, e a família patriarcal²¹.

As características da inelegibilidade e acessibilidade se traduzem na ideia de que a codificação, a lei precisa ser acessível para todos, no sentido de que todos os cidadãos devem ser capazes de ler e entender a lei que está ali disposta²².

²⁰ “The structure of the Code as a tree with symmetrical, well-ordered branches was thought to be part of that beauty. Interestingly, the iconography of the late 18th and early 19th centuries reflect that preoccupation to associate the law with beauty and ultimately, justice.” BEAULAC, Jean-Fraçois Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

²¹ Idem.

²² BEAULAC, Jean-Fraçois Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

Por todas essas características é que se considera que um Código vai muito além da mera legislação, sendo visto como verdadeiro projeto social.

Por outro lado, no *Common Law*, a principal fonte legal é o *case law/judge-made law*. O que significa que a codificação não é uma preocupação central. Na verdade, nesse caso, a principal fonte legal é encontrada nos precedentes judiciais.

Diferentemente do civil law, é difícil falar sobre uma teoria formal das fontes na tradição do Common Law. (...) A primeira fonte da lei – *jus commune* – está fadada a ser encontrada nos precedentes judiciais.²³

Diferente do *Civil Law*, que possui uma análise legal indutiva, no *Common Law*, o raciocínio por trás da aplicação legal é comparativo. Assim, um juiz é obrigado a seguir o que foi decidido em um caso anterior, se, na presente análise, os fatos e o dilema legal diante dele forem idênticos ao do caso predecessor. Contudo, uma variação nos fatos significa que o problema legal do caso anterior é diferente do caso atualmente analisado, o que possibilitará uma aplicação diferenciada do direito²⁴.

Nesse sentido, um caso que pode ser diferenciado do outro, seja por seus fatos, seja pelo seu problema legal, pode não ser considerado como um precedente vinculante naquela situação específica, mas pode ser considerado como vinculante quando deparado com uma situação idêntica à anteriormente analisada²⁵.

Outra grande característica que distingue o *Common Law* do *Civil Law* é a língua. Enquanto os países que possuem o *Civil Law* como sistema legal têm línguas diferenciadas (português, francês, escandinavo e outras), os países que adotaram o *Common Law* como sistema legal são, majoritariamente, de língua inglesa.

Se olharmos para as origens dos países, o *Civil Law* normalmente é adotado por países menos pacíficos e com histórico de grandes crises e guerras. Por sua excessiva

²³ “Unlike civil law, it is hard to speak about a formal theory of sources in Common Law tradition (...) The primary source of law – *jus commune* – is deemed to be found in judicial precedents”. - BEAULAC, Jean-François Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

rigorosidade legal, estudiosos têm indicado que o sistema do *Civil Law* seria mais indicado para épocas de crise porque traz mais certeza e é menos flexível do que o *Common Law*²⁶.

Existem, ainda outros importantes contrastes entre *Civil Law* e *Common Law*. Enquanto o *Common Law* tem uma visão objetiva da lei, o *Civil Law* tem um conceito de causa e efeito. Se por um lado o *Civil Law* é baseado no princípio da boa-fé, por outro o *Common Law* puro (sem influência do *Civil Law*) não concebe tal princípio. Ainda, enquanto no *Common Law* os precedentes judiciais (*case law/judge-made law*) podem constantemente criar conceitos jurídicos, no *Civil Law* os conceitos de personalidade legal, pessoa natural, pessoa jurídica e patrimônio são definidos pela lei (Código Civil) e não podem ser alterados pelo juiz.

Assim como os simples exemplos acima citados, existem muitas outras diferenças no que concerne a assuntos tais como contratos, responsabilidade extracontratual, responsabilidade civil, propriedade e outros. O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar todas essas diferenças, mas apenas demonstrar, de forma superficial, as principais características de cada sistema e como elas divergem entre si²⁷.

Se pensarmos nos sistemas judiciais de cada tradição, no *Civil Law*, encontraremos principalmente um sistema inquisitorial, em que o magistrado está ativamente buscando evidências, à procura da verdade real. Seu raciocínio é dedutivo e silogístico.

De forma diferente, o *Common Law* possui por razão o direito substantivo interno, que está mais ligado à evidência e ao procedimento. Aqui, o importante é distinguir e comparar os casos, o litigante precisará demonstrar por que o seu caso específico se enquadra em determinado precedente ou por que ele seria diferente. Abaixo, temos uma tabela exemplificativa.

	<i>CIVIL LAW</i>	<i>COMMON LAW</i>
--	------------------	-------------------

²⁶ DJANKOV, Simeon, Tim Ganser, Caralee McLiesh, Rita Ramalho, and Andrei Schleifer. 2010. *The effect of corporate taxes on investment and entrepreneurship*. American Economic Journal: Macroeconomics 2(3): 31-64. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/8705900/AEJMacro.pdf?sequence....> Acesso em: 27 abril 2018.

²⁷ As tabelas citadas a seguir foram criadas utilizando as informações do livro: BEAULAC, Jean-François Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.

JULGAMENTO	Busca pela verdade real.	Disputa entre acusação e defesa, ainda que haja um maior interesse público no caso.
VISÃO	Macroscópica	Microscopia
ATORES	Juiz ativo em busca de evidência e da verdade real.	Juiz e Júri menos ativos, o papel principal seria a admissão ou não de provas.
NARRATIVAS	As partes não podem substituir a verdade delas pela verdade real que é buscada no processo.	Existem narrativas conflitantes.
DECISÃO	Não negociável. Depende da livre convicção do magistrado.	Existe a admissão de fatos e barganha entre as partes. A questão gira em torno da dúvida razoável.

No que tange aos contratos, o *Common Law* tem um ponto de vista mais objetivo, quando consideramos o processo de formação e interpretação de contratos. Novamente, é importante destacar que o *Common Law* puro (sem interferência do *Civil Law*) não concebe a existência do princípio da boa-fé. Mais uma vez, uma tabela explicativa com as principais diferenças contratuais entre os dois sistemas legais.

	<i>COMMON LAW</i>	<i>CIVIL LAW</i>
VISÃO	Objetiva	Causa e efeito.
BOA-FÉ	O <i>Common Law</i> puro não vislumbra o princípio da boa-fé.	Possui o princípio da boa-fé.
OFERTA	Uma oferta real é diferente de um convite para realizar um acordo.	Menos formal.

DIREITO DE RETIRADA DA OFERTA	A oferta pode ser retirada a qualquer momento.	A oferta é vinculante pelo tempo estipulado.
CONTRAOFERTA	Uma contraoferta cancela a oferta original.	Uma contraoferta pode ser uma adição à oferta original.
CONSIDERAÇÃO	Existe o conceito de consideração que é um dos requisitos para a formação do contrato.	Não existe conceito de consideração ou de encontro das mentes.
TIPOS	Não existem contratos gratuitos.	Existem os conceitos de contrato unilateral, contrato gratuito e estipulação em favor de terceiro.

Apesar dessas diferenças, é importante notar que, no que tange à ideia de contratos, os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* possuem um denominador comum, isto é, a ideia de que o contrato é um acordo formado pela vontade das partes, vinculativo e executável a ambas as partes.

As tabelas abaixo trazem uma breve visão sobre as diferenças nas questões de responsabilidade civil e extracontratual, e propriedade.

RESPONSABILIDADE CIVIL E EXTRA CONTRATUAL²⁸	COMMON LAW	CIVIL LAW
FONTE	Precedentes/jurisprudência.	Código.
RESPONSABILIDADE	O conceito de responsabilidade tem mais abertura (engloba mais possibilidades).	Distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.

²⁸ No *Common Law* a palavra utilizada para referir a tal tipo de responsabilidade é “Tort”.

CAUSAS	Provocação não é um tipo de defesa, é necessário mostrar o rompimento de um dever de cuidado.	Noção de culpa e a classificação do ato irresponsável pela lei.
--------	---	---

PROPRIEDADE	<i>COMMON LAW</i>	<i>CIVIL LAW</i>
ORIGEM	Lei Medieval Inglesa e Normandia.	Lei Romana.
NOME DOS DIREITOS	A figura do <i>trust</i> ²⁹ .	Direito da Pessoa e Direito Patrimonial.
TIPOS DE DIREITOS	Um conjunto de direitos que fazem parte dos bens da pessoa cuja duração pode variar de acordo com a natureza do bem.	Posse, propriedade e ônus.
SURGIMENTO DA PROPRIEDADE	O direito de propriedade surge por meio de um fato e por tradição.	Vontade (<i>Animus</i>): pacífico, contínuo, público e inequívoco.

Nos tópicos abaixo, será aprofundado o estudo sobre a diferença entre o *Common Law* e o *Civil Law* no que tange ao princípio da boa-fé, bem como o real significado da palavra equidade.

1.2.1. Princípio da Boa fé

A maioria dos países que possuem o *Civil Law* como sistema legal possuem também o intitulado princípio da boa-fé, principalmente no que tange ao direito civil-contratual.

No Brasil, o princípio da boa-fé tem sido considerado pelos doutrinadores como princípio constitucional implícito, porque deriva dos dispositivos dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal brasileira:

²⁹ A figura do *Trust* será devidamente explicada no tópico 1.2.2 do presente trabalho.

A Constituição contém como característica marcante a proteção da dignidade da pessoa humana. No art. 1º, III, há o sentido de que o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana. Um dos desígnios do Estado é assegurar condições para que as pessoas tenham o mínimo para uma existência digna.

A noção de justiça em uma sociedade consiste como elemento básico para a convivência humana. A Constituição através dos seus princípios tem o objetivo de construir a justiça e a solidariedade social. Em seu art. 3º, I, faz menção ao papel do Estado, fundamental na reparação dos desequilíbrios e das desigualdades. A igualdade em harmonia com a liberdade, sendo que esta última deve ser realizada dentro dos limites de forma moderada e equilibrada. A amálgama da liberdade e a igualdade jurídica requer a solidariedade, assim haverá uma sobreposição do conflito à colaboração. No inciso II, o Estado busca o desenvolvimento da sociedade. E o inciso IV do art. 3º consagra formalmente a igualdade entre as pessoas, esse é outro objetivo da Constituição: acabar com qualquer tipo de preconceito e discriminação, o respeito à dignidade humana.

As garantias constitucionais individuais estão previstas no art. 5º da CF. No inciso XIV, está o direito à informação, o dever de informar e de ser informado. O princípio da função social da propriedade está previsto no art. 5º, XXIII e o art. 170, o princípio da ordem econômica que estabelece a livre iniciativa e o equilíbrio econômico entre as partes com o fim de assegurar a todos existência digna.

Através desses princípios podemos perceber que a existência do princípio da boa-fé como definimos, atualmente respalda-se no texto constitucional.³⁰

Além de ser princípio implícito na Constituição Federal brasileira, o princípio da boa-fé também está disciplinado no artigo 422 do atual Código Civil³¹. Esta norma impõe que as partes se comportem de forma correta durante toda a celebração do contrato e, ainda, durante a sua execução.

A boa-fé objetiva impõe às partes um padrão de conduta de agir com honestidade, probidade, lealdade que serão averiguadas de acordo com o homem médio e atendendo as peculiaridades dos costumes do local da contratação³².

Tal princípio está correlacionado com quatro entendimentos: (i) a proibição do *veniere contra factum próprio*, no sentido de que a parte que pretende exercer uma posição

³⁰ DIEHL, Ana. *A boa-fé e seu tratamento na Constituição Federal, no título V, do Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60960/a-boa-fe-e-seu-tratamento-na-constituicao-federal-no-titulo-v-do-codigo-civil-e-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 29 abril 2018.

³¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 10 ed. Saraiva, 2012.

jurídica não pode ser comportar em contradição com a posição anteriormente assumida; (ii) o *supressio*, que se traduz na ideia de que um direito que não foi exercido por um determinado lapso temporal não poderá mais ser, sobre pena de se contrariar a boa-fé; (iii) o *surrectio*, que é o nascimento de certos direitos com a prática continuada de atos e, por fim, (iv) o *tu quoque*, que se traduz na ideia de que a pessoa não pode fazer contra outrem o que não faria contra si (e.g. *exceptio non adimplenti contractus*)³³.

Conclui-se que a boa-fé objetiva é um modelo jurídico que se reveste de várias formas. Em regra, não é possível catalogar as formas em que ela pode aparecer, pois seu conteúdo é abstrato, dependendo sempre de circunstâncias do caso concreto. Tal imprecisão acaba por dar ao intérprete a liberdade para estabelecer o sentido e o alcance da boa-fé em cada caso.

No *Civil Law*, como visto acima, a exemplo do Brasil, o conceito de abuso de direito decorre do mencionado princípio da boa-fé. Assim, mesmo quando uma lei, baseada no *Civil Law*, reconhece que a pessoa possui certo direito, tal pessoa ainda pode ser considerada responsável e punível, por abuso deste direito.

Na maioria dos países que utilizam o *Common Law*, o princípio da boa-fé e o conceito de abuso de direito não são reconhecidos porque, normalmente: (a) não existe uma noção do que seria boa-fé; (b) a noção de direito entre os sistemas legais é diferente (no *Common Law* um direito é visto como uma ação judicial válida), e (c) para suprir o que seria a função do “abuso de direito”, o *Common Law* criou a ideia de “exercício razoável do direito da pessoa”.

Ainda assim, com a tão mencionada convergência e integração entre *Civil Law* e *Common Law*, já é possível perceber que, recentemente, alguns países que são regidos pelo *Common Law* têm acrescentado em sua jurisprudência a noção e a aplicação do princípio da boa-fé e do abuso de direito.

Esse é exatamente o caso do Canadá, que em 2014, por uma decisão da Suprema Corte Canadense, ao julgar o caso conhecido como “*Bhasin v Hrynew*”, impôs a

³³ Idem.

aplicação do princípio da boa-fé em todos os contratos regidos pela lei canadense³⁴. Esse, como outros casos que serão citados no presente trabalho, é apenas um dos exemplos de como a integração entre o *Common Law* e o *Civil Law* pode funcionar.

1.2.2. Equidade e *Trust*

O termo equidade, por mais estranho que possa parecer, possui significados diferentes nos sistemas legais do *Common Law* e do *Civil Law*. No *Civil Law*, o termo equidade é visto como sinônimo de justiça, ou a justiça no caso concreto:

Pela interpretação, juízes nos sistemas legais do Civil Law têm conseguido ser bem criativos e realmente equitativos, apesar do fato de a equidade não ter um lugar oficial em um sistema legal baseado no Civil Law.³⁵ (traduzido pela autora).

No caso do *Common Law*, equidade (ou *equity* como dito em inglês) é uma figura jurídica criada por meio de uma história tortuosa e, muito diferente de justiça (ou *fairness* como usado em inglês), o termo remete o jurista do *Common Law* aos precedentes aplicáveis no caso concreto.

Então, o que é chamado equidade na tradição do Civil Law (...) é melhor traduzido em inglês como justo (*fairness*). Enquanto para equidade em um contexto do Common Law, ela não deveria ser traduzida, mas entendida pelo que ela é: um conceito específico que nasceu de uma história tumultuada.³⁶ (traduzido pela autora).

Para entendermos melhor do que se trata tal diferença, adentremos um pouco mais na história do *Common Law* e no surgimento do termo equidade.

Na Inglaterra medieval, era comum que o monarca indicasse um *Chancellor*, que era a pessoa responsável pela revisão de julgamentos considerados excessivamente

³⁴ ADAMSON, Calie. *Let's Be Honest: The New Duty of Good Faith in Contractual Performance*. Disponível em: < <http://mcmillan.ca/Lets-Be-Honest--The-New-Duty-of-Good-Faith-in-Contractual-Performance>>. Acesso em: 27 abril 2018.

³⁵ DEBRUCHE, Anne-Françoise. What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

³⁶ "So what we call *équité* in civil law tradition (...) is best translated in English as *fairness*. As for *equity* in a common law context, it should not be translated and should be understood for what it is: a specific concept born out of tumultuous history." – DEBRUCHE, Anne-Françoise. What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

rigorosos. Normalmente, ele era um padre, com uma consciência cristã. Assim, era dever do *Chancellor* garantir que o resultado do processo fosse sempre justo, o que é visto como uma função corretora. O *Chancellor*, realmente, utilizava-se de equidade no sentido comum do termo³⁷.

Com o passar do tempo, o *Chancellor* deixou de ser um padre para ser uma pessoa legalmente treinada que presidiria a Corte de Chancelaria. No século XVII, os julgamentos da Corte de Chancelaria passaram a ser publicados e, com o aumento dos casos que chegavam até a Corte, criou-se a necessidade de se ter um precedente da corte reconhecendo o direito tratado no processo, antes que o processo pudesse ser revisto pela Corte de Chancelaria. Ou seja, criou-se um verdadeiro requisito de admissibilidade para que a Corte de Chancelaria revisse os processos³⁸.

Assim, o que se percebe é que, depois da criação dessa necessidade por um precedente judicial para se alcançar a intervenção da Corte de Chancelaria, o papel do *Chancellor* deixou de ser a busca por um resultado justo ou por uma conformidade com a consciência cristã. O que se vê é uma burocratização do processo de acesso à justiça.

Nesse contexto, surgiu um novo sentido para a palavra equidade, que, agora, passou a se referir a regras e princípios aplicáveis pela Corte de Chancelaria. Essas regras e princípios poderiam ser encontrados nos julgamentos da própria corte ou em livros de direito. O termo equidade, que inicialmente era sinônimo de justiça, passou a ser considerado uma nova instituição legal e, até hoje, é considerado dessa forma pelos países que possuem o *Common Law* por sistema legal.

Eu espero ter ajudado vocês a entenderem o que equidade significa na tradição do Common Law – e que ela não significa o mesmo que justiça, ou equidade como nós falamos nos sistemas jurídicos do Civil Law. “Equidade” é um termo técnico. Ele se refere ao corpo de normas e remédios criados pela corte de chancelaria (...). Então, equidade hoje significa *judge-made law*

³⁷ DEBRUCHE, Anne-Françoise. *What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures*. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

³⁸ DEBRUCHE, Anne-Françoise. *What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures*. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

(precedentes) que coexistem com as regras do Common Law.³⁹ (traduzido pela autora)

Como legado desse novo conceito de equidade, criado pela história do *Common Law*, surgiu, no mencionado sistema legal, a instituição legal conhecida como *trust*. Na idade média, a figura legal da *trust* tinha por propósito a transferência de terra (propriedade) para alguém que, na época, não tinha a possibilidade de ser um proprietário de uma terra feudal⁴⁰.

O exemplo mais usado para explicar a figura da *trust* é de um pai, senhor feudal, que no seu leito de morte, não pode transferir suas terras para seu filho, pois ele ainda não possuía idade suficiente para ser titular do direito às terras (propriedade). Então, o senhor feudal, dá as terras para seu irmão, ou para algum conhecido, na confiança de que quando seu filho alcançar a idade necessária para ser titular das terras, esse título lhe será transferido.

O problema era que, nos anos de 1290, as terras (propriedades) podiam ser livremente cedidas por um valor nominal, e o novo proprietário (*tenant* como dito em inglês), apesar de ter a confiança do antigo senhor feudal, não tinha a real obrigação legal de passar as terras para o filho do senhor feudal uma vez que a criança conquistasse a idade para ser titular de terras.

Diante de tamanha injustiça, uma nova categoria de direito de propriedade foi criada no Common Law, a *trust*. *Trust* é um conjunto de direitos de propriedade conectados entre si. Dessa forma, existem dois diferentes beneficiários do mesmo direito: (i) o *trustee*, que seria considerado o real beneficiário da propriedade, e (ii) o atual proprietário da propriedade.

Na prática, a *trust* faz com que, uma vez alcançada a idade para ser titular de terras, o *trustee* tenha o direito de reivindicar as terras que, por confiança, deveriam ser dele.

³⁹ “I hope they helped you understand what equity means in the common law tradition – and that it does not mean the same as fairness, or *équité* as we say in civil law systems. “Equity” is a technical term. It refers to the body of norms and remedies created by the court of chancery (...). Thus, equity today means judge-made law that coexist with common law rules.” - DEBRUCHE, Anne-Françoise. What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures. Disponível em: <<https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.

⁴⁰ SMITH, Lionel. *Trust and Patrimony*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016417>. Acesso em: 18 maio 2018.

Se a figura da *trust* não existisse, não haveria nenhum remédio jurídico no *Common Law* para que o *trustee* assumisse novamente a propriedade das terras que deveriam ser suas.

No sistema do *Civil Law*, tal situação seria relativamente fácil de se resolver com uma estipulação em favor de terceiro, entretanto, é preciso lembrar que tal figura jurídica não existe na tradição do *Common Law*.

2. POSSIBILIDADE DE HARMONIZAÇÃO LEGAL?

Como é possível perceber pela leitura do capítulo anterior, existem diversas diferenças entre o *Civil Law* e o *Common Law*. Não só a lógica jurídica utilizada para chegar ao resultado final é diferente, mas também vários termos similares utilizados em ambos os sistemas jurídicos têm, na verdade, significados diferentes.

Então, com tantas diferenças, a verdadeira pergunta é: como seria possível harmonizar esses dois sistemas legais? Essa é principal questão que será analisada no presente capítulo.

2.1 Conceito de Harmonização Legal

Nos termos do dicionário Aurélio⁴¹, harmonização significa: “1. Estabelecer harmonia entre; 2. Conciliar; 3. Fazer concordar; 4. Congraçar; 5. Pôr em harmonia; 6. Dividir em partes harmônicas; 7. Estar em harmonia; 8. Concordar; 9. Pôr-se em harmonia; 10. Conformer-se”.

Dos significados acima, é possível extrair que, quando se fala de uma harmonização legal entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*, a pretensão não é, de forma alguma, que haja a escolha ou o prevailecimento de um sobre o outro, ou mesmo de que um seja melhor do que o outro.

Cada um desses sistemas jurídicos têm os seus pontos fortes e os seus pontos fracos, e a ideia da harmonização é fazer com que haja uma verdadeira integração entre os mencionados sistemas jurídicos. A esperança, o desejo, o real objetivo é que se realize uma verdadeira convergência entre ambos os sistemas jurídicos, em um cenário onde seriam mantidos os pontos fortes de cada um deles.

O mais interessante é que tal integração e convergência já está sendo presenciada no mundo atual. Hoje, é difícil falarmos de um país que possui o sistema legal “puramente” *Civil Law*, ou “puramente” *Common Law*. O que se tem percebido é que, cada vez mais, figuras jurídicas de um sistema jurídico específico vêm sendo incorporadas ao outro,

⁴¹DICIONÁRIO AURÉLIO. *Significado de Harmonizar*. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/harmonizar>>. Acesso em: 20 maio 2018.

como uma forma de agregar ou suprimir uma lacuna legal. Isso é exatamente o que vem acontecendo com o já mencionado princípio da boa-fé e com algumas outras figuras jurídicas⁴² que não foram objeto específico de estudo no presente trabalho.

Alguns países, percebendo tal movimento, passaram a adotar o que hoje é conhecido como sistema dual jurídico (em inglês o termo usado é *Bijularism*). O sistema dual jurídico é o termo utilizado para um país que possui ao mesmo tempo dois sistemas jurídicos nele aplicáveis e utilizáveis. Esse é exatamente o caso do Canadá e da África do Sul. Nesses países são aplicáveis ambos os sistemas jurídicos, isto é, tanto o *Civil Law* como o *Common Law*.

Apenas para exemplificar, no Canadá, a integração se dá de forma institucional. Isto porque, o Ato Federal Canadense de Interpretação dispõe: “ambos, o *Common Law* e o *Civil Law* são igualmente autorizativas e reconhecidas fontes da lei de propriedade e de direitos civis no Canadá (...)”⁴³ (traduzido pela autora).

Explicado o significado de harmonização legal, bem como o fato de que alguns países do mundo já começaram a realizar tal integração, então, talvez, a verdadeira pergunta não seja “se” tal harmonização acontecerá, mas sim “como” e “quando” ela será feita.

2.2. Pontos Positivos

Como já mencionado no presente trabalho, um dos maiores estímulos para a harmonização do *Common Law* e do *Civil Law* é a crescente globalização, em que, cada vez mais, percebemos uma interdependência entre países.

⁴² Um outro exemplo interessante de figura jurídica que foi iniciada no *Common Law* e vem sendo adotada por alguns países que possuem o sistema jurídico do *Civil Law* é a *hardship clause*, que, no *Civil Law* brasileiro teria o mesmo significado da figura jurídica da onerosidade excessiva, encontrada nos artigos 478 - 480 do Código Civil Brasileiro. Para mais informações, consultar: EUROJURIS INTERNATIONAL CONTRACTS, LITIGATION Group. *Hardship Provisions and Hardship Clauses in International Business Contracts*. Disponível em: <https://www.eurojuris.net/sites/eurojuris.net/files/article_hardship_clause-en_30.8.2016.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁴³ “8.1 Both the common law and the civil law are equally authoritative and recognized sources of the law of property and civil rights in Canada and, unless otherwise provided by law, if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province’s rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.” - JUSTICECA. *Interpretation Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csjsj/harmonization/bijurilx/interpretation.html>>. Acesso em: 20 maio 2018.

Nesse cenário, o potencial problema é que, com essa intensiva globalização e intercomunicação, os diferentes sistemas legais e as diferentes formas de pensar o Direito possam causar dificuldades nas negociações e cancelamento de acordos.⁴⁴

Assim, basicamente, uma das principais razões para a integração dos analisados sistemas jurídicos seria a facilitação das regras aplicáveis nas relações internacionais, de forma a prevenir e simplificar disputas, eliminando os riscos e incertezas relacionadas ao Direito em um acordo internacional, seja ele multilateral ou bilateral, de direito público ou de direito privado.⁴⁵

No contexto nacional, a integração entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law* seria positiva no sentido de que possibilitaria a utilização dos pontos fortes de cada sistema jurídico. Conforme já abordado no presente trabalho, as figuras legais existentes em um dos sistemas poderiam ajudar na interpretação e no preenchimento de lacunas do outro sistema jurídico.

De um lado, a flexibilidade do *Common Law* seria útil no momento de interpretação e consideração das jurisprudências do *Civil Law* e, do outro lado, o maior formalismo e rigorosidade do *Civil Law*, poderia trazer mais segurança jurídica para as relações do *Common Law*.

Pensando nisso, hoje existem diversos estudos jurídicos que sugerem maneiras de se realizar a convergência e a integração entre os dois sistemas jurídicos aqui tratados.

Exatamente com essa necessidade de integração em mente, é que foi criado o Instituto Internacional para Unificação de Direito Privado (UNIDROIT), que tem por objetivo o estudo dos métodos para “modernizar, harmonizar e coordenar direito privado e, em

⁴⁴ GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. p. 204.

⁴⁵ GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. p. 204.

particular, direito comercial (...) e formular instrumentos legais uniformes, princípios e regras para atingir tal objetivo⁴⁶. (traduzido pelo autor).

Desde sua criação, o UNIDROIT vem criando regras “modelo” que podem ser adotadas por empresas privadas quando da negociação de um contrato internacional.

2.3. Pontos Negativos

No que tange aos pontos negativos de uma possível harmonização legal, tal questão, na verdade, é mais voltada para a análise das dificuldades que se encontrariam no momento de transição e de integração entre os dois sistemas legais.

Os doutrinadores, que estudam as possibilidades de integração entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*, têm apontado três principais dificuldades de harmonização legal:

(a) as diferenças estruturais entre a teoria e a prática entre o common law e o civil law; (b) a eliminação das características originais e nacionais, bem como o valor do pluralismo legal; (c) o uso apropriado das técnicas de harmonização legal ao invés de a criação de um código civil unificado.⁴⁷ (traduzido pela autora).

No que tange às diferenças estruturais entre o *Civil Law* e o *Common Law*, uma das principais dificuldades em se harmonizar ambos os sistemas jurídicos tem se apresentado como a maneira de se pensar e praticar o Direito.

Conforme demonstrado no capítulo 1 do presente trabalho, enquanto o *Common Law* tem sua fonte legal no *case law* (precedentes), com uma análise comparativa, a principal fonte legal do *Civil Law* é o código, e, nesse caso, a análise jurídica se dá de forma indutiva. Por isso, uma das principais dúvidas e dificuldades é a questão de como integrar pensamentos lógico-jurídicos tão distintos.

⁴⁶ UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law*. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 20 abril 2018.

⁴⁷ “(a) the structural difference in theory and practice between common law and civil law; (b) the elimination of the original national characteristics and the value of legal pluralism; (c) the appropriateness of using techniques of harmonization other than the drafting of a unified civil code.” GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. p. 206.

Com relação à segunda dificuldade, ela se traduz, na verdade, em um receio de que, com a harmonização legal, os países perderiam sua diversidade legal e suas características próprias.

Nesse sentido, é preciso ponderar que não é porque existe uma tentativa de harmonização legal que a França será menos francesa e mais italiana ou inglesa e vice-versa. Cada país manterá os seus traços distintivos. Não há, por causa da integração legal, uma necessidade de renúncia das heranças históricas de cada país. O que se busca é apenas uma maneira de facilitação para as relações de direito entre países e entre juristas de países diferentes.

Por fim, a terceira dificuldade apontada seria a indecisão sobre qual seria a melhor técnica de harmonização a ser usada. Conforme já apontado no presente trabalho, existem vários estudos que sugerem maneiras de harmonização legal. Cada um deles se baseia uma técnica de harmonização diferente e, alguns, comentam sobre a possibilidade de um código civil unificado⁴⁸. Não há, portanto, uma unanimidade sobre qual seria a melhor técnica a ser aplicada para a harmonização entre os sistemas jurídicos do *Common Law* e do *Civil Law*.

Entretanto, apesar de não haver um acordo sobre qual seria a melhor técnica de harmonização a ser usada, estudos de países que já adotaram o sistema jurídico dual (i.e. Canadá e África do Sul), estabeleceram, quando da integração de ambos os sistemas legais, algumas premissas que orientaram a aplicação das leis nos países.

A primeira premissa foi considerada como a necessidade de aplicação do princípio da igualdade, no sentido de que a harmonização deve assegurar que os cidadãos que fazem parte de tal mudança sejam tratados de forma igual pela lei, por isso tanto o *Common Law* quanto o *Civil Law* devem ser considerados igualmente autorizativos e válidos⁴⁹.

⁴⁸ GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. p. 208.

⁴⁹ Para mais informações consultar: JUSTICECA. Interpretation Act. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/harmonization/bijurilex/interpretation.html>>. Acesso em: 20 maio 2018.

A segunda premissa se traduz na importância de diferenciar harmonização de padronização, no sentido de que a harmonia se daria de forma a diminuir as discrepâncias quando da aplicação de uma lei de *Civil Law* e da aplicação de uma lei de *Common Law*.

Por exemplo, no Canadá, assim como no Brasil e na maioria dos países, a Constituição Canadense atribui competências legislativas diferentes para as Províncias (que no caso do Brasil seriam parecidas aos estados) e para o Governo Federal.

Assim, quando a Suprema Corte Canadense precisa julgar um caso, ela deve se atentar para a matéria que está sendo julgada e de qual Província é o caso. Isso porque, se for uma matéria de competência Federal, deverá ser aplicado o *Common Law*. Entretanto, se o caso deriva de uma Província que tem por sistema legal o *Civil Law*, este deverá ser utilizado quando do julgamento do caso. Mesmo tendo essa diferenciação, em caso de lacunas legais ou jurisprudências, nada impede que a Suprema Corte utilize uma figura jurídica do *Civil Law* no *Common Law* (ou vice-versa), para suprir tal lacuna⁵⁰.

Como uma terceira premissa, é importante que o sistema legal permita que seja mantida as identidades dos juristas, isto é, permita que juristas de *Common Law* anglófonos e francófonos, bem como juristas de *Civil Law* francófonos e anglófonos, reconheçam suas respectivas tradições jurídicas⁵¹.

Por fim, a quarta premissa é que haja uma flexibilidade no momento da implementação. Mudanças podem ser difíceis e é preciso que a lei ou ato que institua a integração entre o *Civil Law* e o *Common Law* seja flexível e dê tempo para que as pessoas, cidadãos e juristas, se acostumem com ela⁵².

Adicionalmente, existem ainda dúvidas mais concretas com relação ao processo de harmonização, que se referem à questão de como fazer a harmonização sem interferir com a segurança jurídica de cada país, ou ainda, como identificar as regras

⁵⁰ Para mais informações consultar: JUSTICECA. Interpretation Act. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/harmonization/bijurilex/interpretation.html>>. Acesso em: 20 maio 2018.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

mandatórias a serem adotadas, bem como significado das figuras jurídicas que não existem em ambos os sistemas jurídicos.

Restará, ainda, questões que não são simples de se resolver. Por exemplo, a identificação das regras obrigatórias referentes aos sistemas individuais de que cada uma das regras comuns deriva, a constitucionalização de regras de direito privado, o significado de lacunas legais (...) como “boa-fé”, “política pública”, “homem médio” e assim por diante.⁵³ (traduzido pela autora).

Por fim, uma última dificuldade a ser abordada e que não pode ser esquecida é a questão da língua falada em casa país. A tradição do *Common Law* é comumente ligada à língua inglesa, de outro lado, a tradição do *Civil Law*, por ter se espalhado por todo o mundo, não tem uma língua única, mas é tipicamente conhecida pelo francês⁵⁴.

As figuras jurídicas possuem diferentes significados a depender da língua que se esteja usando, isto é, muitas vezes uma palavra que parece ter o mesmo significado em ambas as línguas (francês e inglês, ou, português e inglês), na verdade possui um significado completamente diferente, como é o já explicado caso da equidade.

Por consequência, mesmo em um caso de integração, é importante que os juristas se atentem para esse tipo de sensibilidade, e estejam conscientes de que, a depender de onde você se encontre, a interpretação de termos jurídicos semelhantes pode ser, na verdade, bem diferente.

Além disso, uma diversificação de línguas também significa que os atos legais devem ser estabelecidos em todas as línguas aplicáveis, o que pode causar uma burocratização do processo legal, como é o caso da União Europeia que será estudado no próximo capítulo.

É fácil perceber que são diversos os pontos de dificuldade quando começamos a analisar uma possível integração entre o *Common Law* e o *Civil Law* e, conseqüentemente, é

⁵³ “There will remain questions which are not simple to resolve. For example, the identification of mandatory rules with respect to the individual systems from which the common rules drive, the constitutionalization of private law rules, the meaning of the blanket rules (...) such as “good faith”, “public policy”, “reasonable man”, and so on.” - GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005. p. 210.

⁵⁴ BEAULAC, Jean-François Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017. p. 21.

difícil conceber como tal harmonização se daria na prática. Entretanto, a verdade é que tal processo de integração já começou, e algumas das dificuldades citadas já foram resolvidas, como é o caso das premissas utilizadas para harmonização no caso do Canadá.

Ainda assim, no capítulo seguinte, o presente trabalho analisará uma das maiores tentativas de harmonização entre o *Civil Law* e o *Common Law*, que é a União Europeia. Tal análise será realizada com o intuito de demonstrar um dos meios concretos de como a harmonização pode ser implementada.

3. O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA

3.1. Histórico

No atual contexto internacional, existem três tipos de acordo que podem ser feitos entre países, que são: (i) acordos bilaterais; (ii) acordos regionais e; (iii) acordos multilaterais. Os três tipos mencionados podem trazer diferentes graus de integração entre países que, normalmente, são definidos na seguinte ordem: (i) zona de livre comércio (com a característica de eliminação de barreiras tarifárias); (ii) união aduaneira (que pode ser parcial ou total); (iii) mercado comum; (iv) união econômica; (v) união monetária; (vi) união política.⁵⁵

Acordos bilaterais são normalmente realizados entre dois países com o objetivo de diminuir taxas tarifárias e melhorar o comércio, entretanto, também existem acordos bilaterais para tratar de outras matérias de direito como, por exemplo, a livre circulação dos povos e acordos relacionados a impostos, que são realizados entre dois países com o objetivo de evitar dupla tarifação e evitar tentativas de evasão de imposto⁵⁶.

Acordos regionais são formados por múltiplos países que, normalmente, estão geograficamente próximos. No mundo atual, como exemplo de acordos regionais, podemos citar o Tratado Norte Americano de Livre Comércio (“NAFTA”), o Mercosul e a própria União Europeia. Esses acordos podem variar entre todos os graus de integração definidos anteriormente⁵⁷.

Por fim, os acordos multilaterais são conceituados como uma aliança entre múltiplos países em que todos seguem um determinado objetivo. Hoje, podemos citar como exemplo de acordos multilaterais o Acordo Geral de Comércio e Serviços (GATs), as Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMs) e outros acordos de impacto mundial que podem ser adentrados por vários países ao redor do mundo⁵⁸.

⁵⁵ KOZAK, Yuriy; Temur Shengelia. An Introduction to International Economic Relations. Tbilisi: Publishing House Universal (2014), pag 36. Disponível em: <<http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/1944/1/An%20Introduction%20to%20International%20Economic%20Relations.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2018.

⁵⁶ Baccini, Leonardo; Dur, Andreas. Journal of Conflict Resolution. Investment Discrimination and the Proliferation of Preferential Trade Agreement. Disponível em: <sagepub.com/journalsPermissions.nav>. Acesso em: 29 agos 2018.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

Mais especificamente, quando falamos sobre a União Europeia estamos nos referindo a um acordo regional, formado por diversos países da região da Europa em que houve a integração até o grau (v) acima citado (união monetária)⁵⁹. Abaixo, para uma melhor visualização, há uma tabela com os países integrantes da União Europeia e o sistema jurídico escolhido por cada um⁶⁰.

País Integrante da União Europeia	Sistema Legal Adotado
Áustria	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Bélgica	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Bulgária	<i>Civil Law</i> baseado pelo direito Alemão e pelo direito Romano.
Croácia	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Chipre	<i>English Common Law</i> com influências do <i>Civil Law</i> , em particular referentes ao direito penal.
República Checa	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Dinamarca	<i>Civil Law</i> Escandinavo.
Estônia	<i>Civil Law</i> baseado no Direito Alemão.
Finlândia	<i>Civil Law</i> Escandinavo.
França	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Alemanha	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Grécia	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Hungria	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão, com elementos do Código de Napoleão.
Irlanda	<i>English Common Law</i> .

⁵⁹ GUIDO, Alpa. Tradition and Europeanization in Italian Law. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005.

⁶⁰ As informações da tabela foram retiradas do site da União Europeia. Para mais informações, consultar: EUROPEAN UNION. About the EU. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en>. Acesso em: 29 agosto 2018

Itália	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Letônia	<i>Civil Law</i> baseado no direito Alemão.
Lituânia	Modelado após o Código de <i>Civil Law</i> da Holanda.
Luxemburgo	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Malta	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão, com influências do <i>Common Law</i> inglês.
Holanda (Países Baixos)	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão, com influência do direito Alemão.
Polônia	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Portugal	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão, com influência do direito Alemão.
România	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão, com influência do Código Civil de Quebec (Canadá).
Eslováquia	<i>Civil Law</i> descendente do Império Austríaco.
Eslovênia	<i>Civil Law</i> descendente do Império Austríaco.
Espanha	<i>Civil Law</i> baseado no Código de Napoleão.
Suíça	<i>Civil Law</i> Escandinavo.
Reino Unido ⁶¹	<i>English Common Law</i> .

Atualmente, a Unificação Europeia é o maior exemplo internacional de integração e harmonização entre diversos sistemas legais do *Common Law* e do *Civil Law*. As palavras chaves para o ideal funcionamento do acordo regional entre países europeus, que tenta

⁶¹ A saída do Reino Unido da União Europeia, processo conhecido como Brexit, será melhor estudado no presente capítulo. Entretanto, é importante deixar claro que, atualmente, o Reino Unido continua como parte integrante da União Europeia, informação retirada do website da União Europeia. Para mais informações: EUROPEAN UNION. About the EU. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en>. Acesso em: 29 agosto 2018.

integrar países de sistemas legais tão distintos, são flexibilidade e lógica, como explicado por Alpa Guido:

O processo de Unificação Europeia, promovido por meio das duas técnicas - “integração” e “harmonização” - baseia-se na lógica da flexibilidade, reconhecendo o pluralismo, a pluralidade de sistemas e a concentração e aplicação dos direitos da pessoa. Essa complexidade dos sistemas jurídicos pode ser governada com lógica; através da consulta com os estudiosos e com o desenvolvimento de um sistema de compromisso e resolução de conflitos internos.⁶² (traduzido pela autora)

A comunidade europeia tem se mostrado eficiente em determinar regras relacionadas a direitos individuais e direitos humanos que devem ser aplicadas nos níveis regionais de cada país signatário do Acordo Regional. Alguns doutrinadores europeus, como John J. Kirton e Alpa Guido, entendem que a chave do sucesso da União Europeia está baseada no fato de que existe um método de controle judicial para os problemas relacionados a direitos individuais e direitos humanos:

A Comunidade Europeia tem assumido cada vez mais poderes que afetam os direitos individuais. Uma vez que o direito comunitário foi inicialmente curto em uma disposição expressa sobre a proteção dos direitos humanos, o Tribunal Europeu teve que procurar um quadro legal fora de sua própria lei de letras negras. Isto é encontrado não apenas nas disposições de direitos civis comuns às constituições de seus membros, mas também na Convenção Europeia de Direitos Humanos, um tratado regional concluído dentro do âmbito mais amplo do Conselho da Europa, mas incluindo todos os Estados Membros da Comunidade Europeia. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, a disposição substantiva deste tratado também vincula a comunidade⁶³. (traduzido pela autora).

Justamente por esse controle judicial ser algo determinante no funcionamento e aplicação de regras da União Europeia é que o próximo tópico aprofundará um pouco mais o

⁶² “The process of European Unification, promoted by means of the two techniques – “integration” and “harmonization” – is based on the logic of flexibility recognizing pluralism, the plurality of systems, and the concentration and application of the rights of the person. This complexity of the legal systems can be governed with logic; through consultation with scholars and with development of a system of compromise and resolution of internal conflicts” - GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005.

⁶³ “The European Community has increasingly assumed powers affecting individual rights. Since Community law was initially short on express provision concerning the protection of human rights, the European Court had to look for a legal framework outside its own black letter law. This is found not only in the civil rights provisions common to the constitutions of its Members, but also in the European Convention of Human Rights, a regional treaty concluded within the wider framework of the Council of Europe but including all Member States of European Community. Under the European Court of Justice case-law, the substantive provision of this treaty also bind the Community” - J KIRTON JOHN, Madubic Jelena. *Global Law*. Farnham, England, Burlington, VT: Ashgate, 2009. p. 221.

estudo sobre a Corte de Justiça da União Europeia e sobre a Corte Europeia de Direitos Humanos.

3.2. Corte de Justiça da União Europeia e Corte Europeia de Direitos Humanos

A legislação da União Europeia, especialmente no que tange ao Direito Europeu e Direitos Humanos, teve impactos significativos nas legislações dos países que compõem o grupo regional. Isto porque as legislações propriamente ditas, as decisões da Corte de Justiça da União Europeia e as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos devem ser integradas no âmbito nacional de cada país.

Antes de adentrar nas funções de cada uma dessas cortes, é importante destacar que, enquanto a Corte de Justiça da União Europeia é um órgão integrante e criado pelo acordo regional entre os países, a Corte Europeia de Direitos Humanos não integra o acordo regional da União Europeia. Na verdade, esta última corte deriva de um outro acordo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que é um tratado internacional entre os países europeus para proteger direitos humanos e liberdade política⁶⁴.

Feita essa ressalva, comecemos analisando as funções da Corte de Justiça da União Europeia (“CJEU”) e seu impacto nos países integrantes. O papel da CJEU é assegurar que a interpretação e aplicação da legislação da União Europeia seja a mesma em todos os países integrantes. Além disso, a corte também decide as disputas que surgem entre os países integrante e a União Europeia propriamente dita e pode ser provocada a agir e decidir disputas entre pessoas físicas e jurídicas e a União Europeia. Ela é composta por 1 (um) juiz de cada país integrante e mais 11 (onze) advogados gerais⁶⁵.

Grande parte do poder da CJEU e do seu funcionalismo está relacionado com o fato de que a corte tem poder para aplicar/impor suas decisões no âmbito nacional de cada país. Em último caso, se o país continuar resistindo à decisão da corte, é possível que seja imposta multas que persuadirão o cumprimento da decisão⁶⁶.

⁶⁴ Para mais informações consultar: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Court. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>>. Acesso em: 29 agosto 2018.

⁶⁵ EUROPEAN UNION. About the EU. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en>. Acesso em: 29 agosto 2018.

⁶⁶ Idem.

Por fim, é importante citar que a corte também tem competência para: (i) anular atos/legislações da União Europeia que acredite ir contra tratados assinados pelo grupo europeu ou direitos humanos; (ii) assegurar que os órgãos legislativos da União Europeia (i.e. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia) tomem decisões quando necessário (ela não pode impor a decisão a ser escolhida, mas pode assegurar os devidos órgãos tomem uma decisão); (iii) sancionar instituições da União Europeia que tenham agredido direitos de pessoas físicas ou jurídicas⁶⁷.

No que tange à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), sua missão é decidir casos em que um país integrante do tratado tenha descumprido uma ou mais provisões referentes a direitos humanos e direitos políticos estabelecida na já citada Convenção Europeia de Direitos Humanos. O grande diferencial desta corte é que a ação poder ser iniciada por uma pessoa física, por uma pessoa jurídica ou mesmo por um país. As decisões da CEDH são normalmente incorporadas no âmbito nacional de cada país assinante da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.3. Progressos e Desafios atuais

Conforme visto no tópico anterior, a União Europeia conquistou grande progresso no que se refere à aplicação da legislação europeia no âmbito nacional dos países que a compõem, especialmente no que tange a direitos individuais, direitos humanos e direitos políticos. Este progresso tem sido atribuído pelos doutrinadores especialmente ao fato de que existe uma estrutura judicial que assegura que a legislação europeia seja seguida e até mesmo imposta em todos os países signatários.

Gostaria de concluir esta curta intervenção dizendo que, na minha opinião, a razão pela qual a Convenção Europeia dos Direitos Humanos teve um impacto muito mais forte sobre os sistemas jurídicos nacionais do que qualquer outro tratado é muito simples: um judicial. Sem a Corte Europeia e sua jurisprudência, a Convenção Europeia definitivamente não teria tido tal impacto em toda a Europa. (traduzido pela autora)⁶⁸.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ “I would like to conclude this short intervention by saying that, in my view, the reason why the European Convention on Human Rights has had a much stronger impact on national legal systems than any other treaty is a very simple one: its monitoring mechanism is a judicial one. Without the European Court and its case law, the European Convention would definitely not have had such an impact throughout Europe.” - BUSSANI, Mauro; HECKENDORN, Lukas Urscheler. Institut suisse de droit comparé, Comparisons in Development. The Impact of Foreign and International Law on Legal Systems. Zürich : Schulthess, 2016, p.103.

Apesar deste grande avanço, ainda existem contratempos que a comunidade Europeia precisa se atentar para uma melhor integração e harmonização legal, mais especificamente no que se refere à aplicação eficiente da lei e manutenção da segurança jurídica.

Um dos contratempos mais citados pelos doutrinadores europeus é a questão da língua. Isso porque a legislação europeia só pode ser incorporada no âmbito nacional de um país depois que o ato legislativo ou a decisão judicial tenha sido traduzida para língua do país relacionado. Isso acaba criando um processo burocrático que retarda a aplicação e imposição de leis e decisões judiciais:

Para além dos problemas jurídicos objetivos de execução acabados de descrever, a tarefa de harmonização do direito europeu é dificultada por questões mais triviais, como a tradução das diretivas para as diferentes línguas dos Estados-Membros. (...) este é um pequeno, mas significativo exemplo de como a harmonização pode ser facilmente frustrada⁶⁹. (traduzido pela autora).

Assim, apesar de já existirem várias diretivas e decisões relacionadas ao direito europeu e sua unificação, atualmente a comunidade europeia ainda enfrenta o desafio relacionado com segurança jurídica e aplicabilidade da lei:

Para concluir, parece-nos que uma harmonização substancial e a europeização do direito contratual ainda carecem de muito trabalho, o que vai além da elaboração de diretivas e traduz “literalmente, ainda que parcialmente” as diferentes línguas dos Estados-Membros. No entanto, cabe agora aos juristas e aos tribunais, nas diferentes medidas de execução, à luz do espírito de harmonização consagrado na diretiva europeia⁷⁰. (traduzido pela autora).

Outra questão que coloca em risco o avanço e desenvolvimento da comunidade europeia é a atual decisão tomada pelo Reino Unido de sair do grupo regional. Em

⁶⁹ “Besides the objective legal problems of implementation just outlined, the task of harmonization of European Law is made more difficult by rather more trivial issues, such as the translation of the Directives into the different languages of the Member States. (...) . This is a small but significant example of how harmonization can be easily frustrated.” - GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005, p. 134.

⁷⁰ “To conclude, it seems to us that substantial harmonization and Europeanization of contract law still needs a lot of work, which goes beyond drafting Directives and “literally yet partially” translating them into the different languages of the Member States. However, it is now left to lawyers and courts in the different implementing measures in the light of the spirit of harmonization which is embodied in the European Directive.” - GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005, p. 134.

23 de junho de 2016, um referendo democrático foi realizado para decidir se o Reino Unido deveria sair da União Europeia (processo comumente conhecido como "Brexit"), e a maioria dos cidadãos votou "sim"⁷¹.

Depois disso, em março de 2017 o Reino Unido informou oficialmente ao Conselho Europeu que gostaria de sair da União Europeia. Apesar de ser algo inédito, o tratado que constitui o acordo regional prevê o procedimento de saída caso algum dos países queira deixar de participar do grupo europeu. Esse procedimento deverá ser seguido pelos próximos anos para que seja realizada a saída do Reino Unido, entretanto, por enquanto, o país continua um membro integrante da União Europeia, com todos os direitos e obrigações a ele aplicáveis.

Após o referendo de 2016, o Presidente da Comissão Europeia fez a citada manifestação:

Em um processo livre e democrático, o povo britânico expressou seu desejo de deixar a União Europeia. Nós lamentamos essa decisão, mas a respeitamos.

Esta é uma situação sem precedentes, mas estamos unidos em nossa resposta. Vamos nos manter fortes e defender os valores fundamentais da UE para promover a paz e o bem-estar dos seus povos. A União dos 27 Estados-Membros continuará. A União é o quadro do nosso futuro político comum. Estamos unidos pela história, geografia e interesses comuns e desenvolveremos nossa cooperação nessa base. Juntos, abordaremos nossos desafios comuns para gerar crescimento, aumentar a prosperidade e garantir um ambiente seguro para nossos cidadãos. As instituições desempenharão seu papel total nesse esforço.

Esperamos agora que o governo do Reino Unido dê efeito a essa decisão do povo britânico o mais rápido possível, por mais doloroso que esse processo possa ser. Qualquer atraso prolongaria desnecessariamente a incerteza. Temos regras para lidar com isso de uma maneira ordenada. O artigo 50.º do Tratado da União Europeia define o procedimento a seguir caso um Estado-Membro decida deixar a União Europeia. Estamos preparados para iniciar rapidamente negociações com o Reino Unido sobre os termos e condições da sua retirada da União Europeia. Até que este processo de negociação termine, o Reino Unido continua a ser um membro da União Europeia, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes. Nos termos dos Tratados que o Reino Unido ratificou, a legislação da UE continua a aplicar-se integralmente ao Reino Unido e no Reino Unido até deixar de ser membro⁷².

⁷¹ BBC News. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results>. Acesso em: 13 abril 2018.

⁷² "In a free and democratic process, the British people have expressed their wish to leave the European Union. We regret this decision but respect it.

This is an unprecedented situation but we are united in our response. We will stand strong and uphold the EU's core values of promoting peace and the well-being of its peoples. The Union of 27 Member States will continue. The Union is the framework of our common political future. We are bound together by history, geography and

Conforme é possível extrair da última parte da manifestação acima mencionada, tecnicamente falando, a decisão tomada pelo Reino Unido de deixar de integrar a União Europeia não afeta os acordos europeus assinados anteriormente pelo país e, mais especificamente para o assunto aqui tratado, mesmo com a saída do grupo regional, o Reino Unido continuaria vinculado à Convenção Europeia de Direitos Humanos e, conseqüentemente, à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Assim, é possível concluir que o Brexit é mais uma questão política do que uma questão de direito propriamente dito. Entretanto, não há como negar que tal processo pode interferir nos planos de progressão da harmonização jurídica europeia.

common interests and will develop our cooperation on this basis. Together we will address our common challenges to generate growth, increase prosperity and ensure a safe and secure environment for our citizens. The institutions will play their full role in this endeavour.

We now expect the United Kingdom government to give effect to this decision of the British people as soon as possible, however painful that process may be. Any delay would unnecessarily prolong uncertainty. We have rules to deal with this in an orderly way. Article 50 of the Treaty on European Union sets out the procedure to be followed if a Member State decides to leave the European Union. We stand ready to launch negotiations swiftly with the United Kingdom regarding the terms and conditions of its withdrawal from the European Union. Until this process of negotiations is over, the United Kingdom remains a member of the European Union, with all the rights and obligations that derive from this. According to the Treaties which the United Kingdom has ratified, EU law continues to apply to the full to and in the United Kingdom until it is no longer a Member.

As agreed, the “New Settlement for the United Kingdom within the European Union”, reached at the European Council on 18-19 February 2016, will now not take effect and ceases to exist. There will be no renegotiation.

As regards the United Kingdom, we hope to have it as a close partner of the European Union in the future. We expect the United Kingdom to formulate its proposals in this respect. Any agreement, which will be concluded with the United Kingdom as a third country, will have to reflect the interests of both sides and be balanced in terms of rights and obligations.” - EUROPEAN UNION. About the EU. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en>. Acesso em: 29 agosto 2018.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no presente trabalho, no contexto atual de globalização, cada vez mais é possível perceber que os países se tornaram interdependentes. Isto é, acordos foram criados para garantir o livre comércio, a livre circulação de pessoas e muitas outras formas de interação entre países e povos.

No século XXI, com a difusão da mídia e a criação das redes sociais é quase impossível para um país manter-se isolado do público e da opinião pública. Além disso, não podemos deixar de citar o surgimento de empresas multinacionais que se espalharam pelo mundo e estão constantemente elaborando contratos privados em diversos países que, muitas vezes, dizem respeito a transações internacionais.

Não fosse isso suficiente, ainda é possível falarmos de um sistema financeiro global, em que muitas vezes decisões tomadas em bolsa de valores em um país afetam a economia de vários outros países com ele relacionados.

Com toda essa integração, não é possível esperar que o Direito, que nasceu para reger as interações entre as pessoas, continue o mesmo. É chegada a hora de se falar em um direito flexível e adaptável às diferentes culturas e regiões, caso contrário, ao invés de facilitar as relações humanas, o direito poderá se mostrar como um dificultador de processos de integração. É exatamente por isso que o estudo comparado de uma possível harmonização entre o *Common Law* e o *Civil Law* é tão necessário.

Com a harmonização não há a necessidade da renúncia histórica e dos costumes de certos países, como anteriormente era acreditado. O que se busca, na verdade, é um entendimento de como funciona o raciocínio lógico de cada sistema legal e como eles podem ser integrados para, mutuamente, suprirem lacunas legais e serem aplicados nas diferentes áreas do direito.

Atualmente, como demonstrado no capítulo 2 do presente trabalho, é muito difícil se falar em um sistema legal que seja “puramente” *Civil Law* ou “puramente” *Common Law*. Isto porque já é possível perceber, nos diferentes países ao redor do mundo, traços de ambos os sistemas legais.

Então, talvez a real dúvida não seja “se” a harmonização vai acontecer, mas sim “como” ela deve acontecer. Ao que parece, a tendência de harmonização já vem se espelhando pelo mundo e, cada país, de sua própria forma, tenta realizar estudos e criar formas de facilitar tal integração.

É claro que essa mudança, assim como qualquer outro tipo de mudança, traz alguns problemas a serem superados. Mas é importante manter em mente que a harmonização e a convergência serão alcançadas por etapas. Esta não é uma mudança que acontecerá de uma hora para outra ou, do dia para noite, como comumente costumamos falar. A harmonização deve ser tomada passo a passo, para que se possa analisar a sua real eficiência e corrigir problemas que surjam no decorrer da implementação.

Como demonstrado no presente trabalho, já existem estudos formidáveis e experiências fáticas que podem ser usadas como base para se trabalhar rumo a uma harmonização legal. O que está claro é que não existe uma solução ideal para o processo de harmonização, na verdade, ela requer um trabalho construtivo em diferentes áreas do direito. Realmente, esta é uma tarefa difícil, mas não há dúvidas de que é uma tarefa que deve ser concluída para que se possa garantir o progresso do Direito e dos próprios Estados envolvidos.

Por fim, fica aqui uma crítica da autora que, durante o presente trabalho, foi árdua a tarefa de encontrar fontes nacionais que tratem da questão do direito comparado e da harmonização entre o *Civil Law* e o *Common Law*. O que aparenta é que os autores nacionais ainda estão muito concentrados em analisar e atualizar o direito nacional, o que não é, por si só, algo ruim. Entretanto, é preciso lembrar que não podemos virar as costas para o mundo e deixar de analisarmos o importante processo de integração que tem acontecido e que, com certeza, afeta o Brasil de diversas formas.

REFERÊNCIAS

- ADAMSON, Calie. *Let's Be Honest: The New Duty of Good Faith in Contractual Performance*. Disponível em: < <http://mcmillan.ca/Lets-Be-Honest--The-New-Duty-of-Good-Faith-in-Contractual-Performance>>. Acesso em: 27 abril 2018.
- DICIONÁRIO AURÉLIO. *Significado de Harmonizar*. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/harmonizar>>. Acesso em: 20 maio 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BBC News. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results>. Acesso em: 13 abril 2018.
- BEAULAC, Jean-Fraçois Stéphane, Gaudreault-DesBiens. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Montreal: Éditions Thémis, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- BÖTTCHER, Carlos Alexandre. O Legado ético e universalista do direito romano. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67981/70838>>. Acesso em: 27 Abril 2018.
- BUSSANI, Mauro; HECKENDORN, Lukas Urscheler. *Institut suisse de droit comparé, Comparisons in Development. The Impact of Foreign and International Law on Legal Systems*. Zürich : Schulthess, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DEBRUCHE, Anne-Françoise. *What is "Equity"? Of Comparative Law, Time Travel and Judicial Cultures*. Disponível em: < <https://www.erudit.org/en/journals/rgd/2009-v39-n1-rgd01547/1026985ar/>>. Acesso em: 27, abril 2018.
- DIEL, Ana. *A boa-fé e seu tratamento na Constituição Federal, no título V, do Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/60960/a>>

boa-fe-e-seu-tratamento-na-constituicao-federal-no-titulo-v-do-codigo-civil-e-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 29 abril 2018.

DJANKOV, Simeon, Tim Ganser, Caralee McLiesh, Rita Ramalho, and Andrei Schleifer. 2010. *The effect of corporate taxes on investment and entrepreneurship*. American Economic Journal: Macroeconomics 2(3): 31-64. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/8705900/AEJMacro.pdf?sequence...> Acesso em: 27 abril 2018.

EUROJURIS INTERNATIONAL CONTRACTS, LITIGATION Group. *Hardship Provisions and Hardship Clauses in International Business Contracts*. Disponível em: <https://www.eurojuris.net/sites/eurojuris.net/files/article_hardship_clause-en_30.8.2016.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Parte geral*. 10 ed. Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 28 ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2012.

GUIDO, Alpa. *Tradition and Europeanization in Italian Law*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2005.

HOLDSWORTH, William Searle. *A history of English law*. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=oO19sqBbKZMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=history+of+the+english+legal+system&ots=f4iyBpz5ur&sig=q2gGBkipeKa8ieXSsPIWAniPkRc#v=onepage&q=history%20of%20the%20english%20legal%20system&f=false>>. Acesso em: 16 maio 2018.

J KIRTON JOHN, Madubic Jelena. *Global Law*. Farnham, England, Burlington, VT: Ashgate, 2009.

JUSTICECA. *Interpretation Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/harmonization/bijurilex/interpretation.html>>. Acesso em: 20 maio 2018.

KOZAK, Yuriy; Temur Shengelia. *An Introduction to International Economic Relations*. Tbilisi: Publishing House Universal (2014). Disponível em:

<<http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/1944/1/An%20Introduction%20to%20International%20Economic%20Relations.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Código de Napoleão Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais*. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1003/937>>. Acesso em: 16 maio 2018.

- SMITH, Lionel. *Trust and Patrimony*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016417>. Acesso em: 18 maio 2018.
- SUPREME COURT OF UK. *History*. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/about/history.html>>. Acesso em: 16 maio 2018.
- THEODORO, Humberto Júnior. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. 14 ed. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.
- UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law*. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>. Acesso em: 20 abril 2018.
- BACCINI, Leonardo; DUR, Andreas. *Journal of Conflict Resolution*. Investment Discrimination and the Proliferation of Preferential Trade Agreement. Disponível em: <sagepub.com/journalsPermissions.nav>. Acesso em: 29 agosto 2018.
- EUROPEAN UNION. *About the EU*. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en>. Acesso em: 29 agosto 2018.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *The Court*. Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>>. Acesso em: 29 agosto 2018.