

A tradição jurídica brasileira*

Ana Lucia de Lyra Tavares**

Sumário: Observações preliminares. 1. Dados históricos e multiplicidade de fontes. 1.1 Elementos que imprimem uma identidade ao direito brasileiro. 1.2 Elementos relativos à sua identidade sociojurídica. 1.2.1 A herança portuguesa e a tendência para a mesclagem étnica e cultural. 1.2.2 A miscigenação entre brancos, índios e negros e a abertura, por pendor natural, à recepção de influências culturais estrangeiras. 1.2.3 A preservação da unidade lingüística. 1.2.4 Receptividade às fontes jurídicas estrangeiras e internacionais e abertura da política econômica a outros mercados. 1.3 A aclimação jurídica e a tradição do direito brasileiro. 2. Abertura das fontes em alguns ramos do direito público. 2.1 No direito constitucional. 2.2. No direito administrativo. 2.3. No direito processual. 2.4 No direito internacional. 2.5 Citação, pelo poder judiciário, de fontes do direito estrangeiro. 2.6 A arbitragem como instrumento de abertura a outras fontes de direito. 3. Campos mais sensíveis às fontes de direito estrangeiro e influência de um direito comum contemporâneo. 4. Aplicabilidade da noção de *tradição inventada* à tradição jurídica brasileira. Conclusão.

Observações preliminares

O professor Patrick Glenn, Relator Geral da Seção I.A. do XVII Congresso Internacional de Direito Comparado, aponta as seguintes diferenças entre as noções de sistema jurídico nacional e de tradição jurídica: o primeiro é resultado de uma construção intelectual, é concentrado em si mesmo, busca coerência interna e é fechado aos outros sistemas. Constitui um quadro delimitado, dentro do qual os elementos interagem; a tradição jurídica, diversamente, não é sistêmica, abre-se a outras tradições, comporta contradições, e é complexa. Resulta da eficácia dos processos de sua transmissão para mantê-la viva na memória da sociedade.¹ Tomaremos como base a noção mais aberta e mais flexível de tradição jurídica, relativamente àquela de sistema jurídico nacional, que melhor se coaduna, a nosso ver, com a trajetória do ordenamento jurídico pátrio. Procuraremos examinar o grau de abertura do direito brasileiro a fontes estrangeiras de direito, formal e informalmente consideradas. Tentaremos fazê-lo em relação a alguns ramos

* Texto revisto e ampliado a partir do que foi acolhido pelo XVII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Utrecht, de 16 a 22 de julho de 2006, na Seção I.A., cujo tema *tradição jurídica nacional e dados históricos*, foi relatado pelo Professor Patrick Glenn, da Universidade de McGill (Canadá).

** Professora de Direito Comparado e de Direito Constitucional Comparado dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito (Paris II). Procuradora da Fazenda Nacional (aposentada).

1 V. H. Patrick Glenn, *La tradition juridique nationale*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, avril-juin, 2003, p266 e 273.

do direito público, sobretudo o direito constitucional, campo específico de nosso interesse acadêmico, tendo sempre em mente a fragilidade das fronteiras que existem entre muitos desses ramos. Ilustra essa fragilidade, a amplitude de nosso direito constitucional que, a partir do Diploma de 1988, contém princípios e normas que dizem respeito a outros domínios jurídicos, como atestam os inúmeros estudos que versam sobre o direito civil constitucional. Partindo dos dados históricos relativos à evolução do direito brasileiro (1), buscaremos analisar o seu grau de abertura a fontes de direito estrangeiro, notadamente em matéria de direito constitucional, internacional e processual, bem como o papel de procedimentos, como o da arbitragem, que intensificam a receptividade a essas fontes (2). Em seguida, visaremos destacar os campos mais vulneráveis às influências jurídicas estrangeiras (3) e refletir sobre a aplicabilidade, ao direito brasileiro, da noção de *tradição inventada* (4).

1. Dados históricos e multiplicidade de fontes

Os aspectos particulares do direito brasileiro resultam das especificidades de sua história. sob os pontos de vista político, administrativo e econômico, estreitamente ligada às características geográficas, étnicas e culturais do país. A importância da mistura desses elementos para o direito brasileiro, especialmente os relativos à etnia, foi bem salientada por Isidoro Martins Júnior, jurista da chamada Escola do Recife (1860-1904). Quando da reedição, em 1979, de sua obra mais conhecida, **A história do direito nacional**, outro historiador do direito brasileiro e igualmente jusfilósofo, o Professor Nelson Saldanha, observava que Martins Júnior fora um dos mais completos historiadores de nosso direito, associando, sistematicamente, em sua análise, dados sociológicos e filosóficos.²

Ao cotejar-se a história do direito dos outros países latino-americanos com a do direito brasileiro, pode-se, certamente, identificar inúmeras semelhanças, a tal ponto que, o Professor René David, entre outros comparatistas, reconhecia que os direitos latino-americanos constituem um subgrupo no quadro da família romano-germânica.³ Por outro lado, é possível encontrar diferenças fundamentais nesse subgrupo, decorrentes, em grande parte, dos traços distintos das colonizações espanhola e portuguesa.

Assim, em relação aos outros direitos latino-americanos, esta especificidade do direito brasileiro resulta de certos aspectos, dentre os quais: a impor-

2 V. Nelson Saldanha, *Martins Júnior e sua História do Direito Nacional*, texto introdutório à obra de Isidoro Martins Júnior, **História do Direito Nacional**, co-edição do Ministério da Justiça e da Universidade de Brasília, 1979, p.6.

3 V. René David, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, in: **Le Droit Comparé, Droits D'Hier et Droits de Demain**, Paris, Economica, 1982, p.163.

tância da herança portuguesa, seja na formação étnica e cultura da população brasileira, seja no modo de administrar o Brasil, desde o período colonial até o imperial; a busca, sobretudo após a Independência, de um equilíbrio entre a centralização e a descentralização, recordando-se que a questão federal esteve no âmago dos principais movimentos políticos que culminaram com o advento da República; as conseqüências políticas e socioculturais do prolongado regime escravocrata; o cuidado na preservação da unidade lingüística, não obstante as particularidades das culturas regionais; as transições políticas de relativa tranqüilidade (se cotejadas com as dos países vizinhos), desde a Independência, proclamada pelo representante da potência colonizadora, até as graves crises que marcaram o período republicano, com rupturas e restabelecimento do regime democrático, sem o mesmo grau dos impactos, de natureza vária, que sofreram outros Estados latino-americanos.

Razões de ordem diversa podem explicar as peculiaridades desse percurso histórico. Martins Júnior ressalta aquelas de natureza etnológica, examinando o que ele denominou de Brasil, protoplasma etnojurídico, evocando as diversas matrizes de nosso direito, que, segundo ele, era um direito de origem estrangeira, nascido de uma peregrinação jurídica.⁴ Deve-se salientar, como o fez Véra Maria de Jacob Fradera, o fato de que em matéria de direito civil, o direito brasileiro foi o único, no grupo latino-americano, a receber, como influência de peso, a do direito alemão.⁵

1.1 Elementos que imprimem uma identidade ao direito brasileiro

Segundo Pontes de Miranda, nosso direito não pode ser estudado desde as sementes, pois que ele nasceu do galho de planta trazida pelo colonizador português e enxertada no novo continente. Resta saber, acrescenta ele, se o colonizador trouxe tudo o que ele tinha em matéria de direito ou se, considerando as circunstâncias, foi levado a modificar o que trouxera.⁶ Com efeito, o direito português, resultante, ele próprio, da mesclagem de uma série de elementos provindos, ao longo dos séculos, do direito romano, do direito canônico, do direito visigodo, dos costumes e haurindo em fontes culturais judaicas e árabes, estabeleceu um direito específico para as colônias. Assim, no caso brasileiro, inspirado por estratégias similares que adotara em seus territórios da Ásia e da África, Portugal recorreu, sucessivamente, a sistemas

4 Martins Júnior, op.cit. p.85

5 Véra Maria de Jacob Fradera, *La Partie Générale du Code Civil in: Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain* (org. Camille Jauffret-Spinosi e Arnoldo Wald) Société de Législation Comparée, 2005, p.204.

6 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1981, p.27.

diversos para gerir o imenso território e enfrentar as invasões francesas e holandesas nos séculos XVI e XVII. Recorde-se que, durante o período colonial, às reações negativas contra a excessiva centralização do governo, a política de exploração predatória dos recursos naturais, as cobranças asfixiantes dos impostos, a opressão sob todas as suas formas do colonizador, somavam-se as aspirações autonomistas, sob a influência dos ideais liberais de matrizes inglesa, americana e francesa, que alimentavam os movimentos pró-independência, avultando o da Inconfidência Mineira. Em 1808, a transmigração da família real portuguesa e, em 1815, a elevação do Brasil a Reino, acarretando a vinda da elite cultural portuguesa, conferiram à colônia uma situação peculiar que iria repercutir da formação do futuro sistema jurídico brasileiro.

1.2. Elementos relativos à sua identidade sociojurídica

1.2.1 A herança portuguesa e a tendência para a mesclagem étnica e cultural

Esta inclinação foi reconhecida por todos que procuraram compreender a realidade complexa que é o meio sociopolítico brasileiro. No que se refere ao aporte fundamental do legado português, cabe transcrever este trecho de Gilberto Freyre, no qual ele sublinha que o português, produto de sucessivas misturas, sempre se mostrou aberto às múltiplas contribuições étnicas e culturais, transmitindo aos povos por ele colonizados esta maneira de ser: “a história dos portugueses e não apenas a das artes os revela um povo com a capacidade única de perpetuar-se noutros povos. Mas sem que o povo português tenha feito nunca dessa perpetuação uma política biológica e anticristã de exclusividade: nem exclusividade de raça, nem exclusividade de cultura. Ao contrário: o português se tem perpetuado, dissolvendo-se sempre noutros povos a ponto de parecer ir perder-se nos sangues e nas culturas estranhas (...)”⁷ Sob este prisma, é nítida a diferença do que ocorreu com a colonização hispânica nas Américas, visto que a miscigenação se deu em proporção bem mais modesta se comparada com a que se verificou no Brasil.

1.2.2 A miscigenação entre brancos, índios e negros e a abertura, por pendor natural, à recepção de influências culturais estrangeiras.

As mesclagens raciais e a receptividade às influências estrangeiras, assimiladas ou distorcidas, contribuíram para imprimir uma configuração típica ao nosso sistema político-jurídico. Além de Martins Júnior, outros

⁷ Gilberto Freyre, *Uma cultura ameaçada: a luso-brasileira*, Cia. Editora Nacional, Rio de Janeiro, 1942, p.26.

sociólogos e historiadores destacaram esse aspecto, entre eles: Sergio Buarque de Holanda,⁸ João Camilo de Oliveira Torres⁹, Gilberto Freyre.¹⁰

O encontro de culturas distintas em nosso meio decorre, por igual, da entrada, de numerosos grupos de imigrantes, de proveniência diversa, fenômeno que se verificou desde o império, renovado, por circunstâncias variadas, ao longo do período republicano, até nossos dias. Esses movimentos de imigração despertam muito interesse sob diferentes óticas, inclusive sob o ângulo da acolhida àqueles que aqui vieram para recomeçar as suas vidas, a maioria em decorrência de guerras, terrorismo, perseguições em seus países de origem, bem como em razão da deterioração das condições de vida num mundo refém do processo de globalização.

1.2.3 A preservação da unidade lingüística

Num país tão extenso como o Brasil, com uma população constituída por segmentos de procedência variada, mas que aqui se aclimataram, a preservação da unidade do idioma resultou não apenas do processo de colonização e da política imperial de integração do território, mas também dos esforços governamentais de todos os períodos de nossa história para tornar obrigatório o aprendizado da língua portuguesa, a fim de impedir a criação de núcleos lingüísticos. Relembre-se, outrossim, que além dessa integração interna, na fase contemporânea estreitaram-se os vínculos entre os países lusófonos, intensificando-se os intercâmbios culturais. Essa política estimulou a vinda ao Brasil de estudantes de Cabo Verde, de Angola e de outras ex-colônias portuguesas que aqui fazem cursos de pós-graduação em direito. Essa reaproximação com a África tem contribuído para alimentar as afinidades socioculturais desse grupo lusófono, conferindo um perfil diferenciado à cultura jurídica nacional e fortalecendo o patrimônio de uma língua comum.

1.2.4 Receptividade às fontes jurídicas estrangeiras e internacionais e abertura da política econômica a outros mercados¹¹

É certo que esses dois traços, que podem ser identificados nos campos jurídico e econômico, exercem uma influência conjunta para o reconhecimento da identidade do direito brasileiro. Em seu estudo pioneiro sobre

8 Sergio Buarque de Holanda, **Raízes do Brasil**, Livraria José Olympio Editora, 6a. ed., 1971.

9 João Camilo de Oliveira Torres, **Intepretação da Realidade Brasileira**, Livraria José Olympio Ed., 1973.

10 Gilberto Freyre, **Intepretação do Brasil** (edição em espanhol, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

11 Item decorrente do questionário elaborado pelo Relator Geral do Congresso de Utrecht.

as recepções de direito, sob a ótica sociojurídica, Athanase Papachristos insere, entre as causas desse fenômeno, aquelas de natureza econômica.¹² Assim, pode-se promover o transplante de um instituto de matriz estrangeira seja em virtude de relações econômicas entre dois sistemas jurídicos, o exportador e o receptor, seja pela meta deste último de alcançar o mesmo grau de desenvolvimento do primeiro. Esta postura de abertura foi sempre a do direito brasileiro que, como salientou o Professor René David, soube conciliar técnicas e conceitos de *Common Law* com aqueles próprios da família romano-germânica, faculdade que lhe conferiu uma singularidade¹³. Destacava, então, o conhecido comparatista francês, os méritos da capacidade dos direitos latino-americanos de amalgamar princípios de origem diferente, acentuando que tal procedimento constituía uma experiência digna de interesse e conferia-lhes originalidade.¹⁴

1.3 A aclimação jurídica e a tradição do direito brasileiro

As aclimações no direito brasileiro são efeitos habituais do processo de recepções jurídicas, pois que decorrem de sua natureza de absorção dos elementos jurídicos estrangeiros, modificando-os segundo seus condicionamentos sociojurídicos e, não raramente, em função de interesses conjunturais políticos e administrativos.

O exemplo de um desses traços de nosso direito foi a denominada teoria do *jeito*, objeto de um conhecido estudo do Professor Keith Rosenn.¹⁵ Corresponde este termo a uma certa maneira de fazer as coisas, em que a busca de soluções imediatas e práticas, leva os interessados a driblar, com arte similar aos passes futebolísticos, as prescrições legais. O vocábulo foi transposto para o inglês como *institutional bypass of the formal legal system*¹⁶. Em seu estudo, o Professor Rosenn efetuou o levantamento dos custos do jeito (nos quais incluiu os problemas de corrupção que ele provoca) bem como certos expedientes para superar obstáculos administrativos a investimentos privados.

12 Athanase Papachristos, **La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

13 René David, op.cit.p.166.

14 Idem, ibid.,p.169.

15 Keith Rosenn, **O jeito na cultura jurídica brasileira**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

16 Anteriormente, o Professor Rosenn focalizara a questão em dois artigos: *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications*, in: **American Journal of Comparative Law**, vol.19, 1971, pp.514-559; *Legal Culture: The Jeito Revisited*, in: **Florida International Law Journal**, vol. 1, 1984, pp.1-43.

2. Abertura das fontes em alguns ramos do direito público

2.1 No direito constitucional

Tanto nas Constituições brasileiras, como nos julgados do Supremo Tribunal Federal, seu guardião máximo, podem ser encontrados inúmeros exemplos dessa postura habitual do direito constitucional brasileiro de abertura às fontes estrangeiras.

A Constituição de 1824 continha elementos extraídos do Texto Constitucional francês de 1814, da Constituição de Cadiz, de 1812, da Constituição portuguesa de 1822, bem como subsídios de textos e práticas constitucionais da Inglaterra.¹⁷

A primeira Constituição republicana recebeu numerosos aportes do direito norte-americano, que representava os ideais federalistas e republicanos. Por influência de Rui Barbosa, notável conhecedor da *Common Law* e autor do projeto submetido à Constituinte de 1891, os subsídios do direito americano se concentraram em torno dos seguintes temas: forma federal de Estado, forma republicana de governo, sistema presidencial, criação de uma Corte Suprema tendo, entre outras funções, a de controlar a constitucionalidade das leis. A fidelidade à matriz americana era tamanha que antes da promulgação do novo Texto Constitucional, o Decreto 848, de 1890, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal, estabelecia, em seu artigo 387, que: “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos EUA, os casos de *common law e equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.¹⁸

A Constituição de 1934, como se sabe, sofreu nítida influência das Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, absorvendo as inquietações contemporâneas quanto à preservação dos direitos sociais e econômicos. Ela previa, na linha de textos normativos estrangeiros, de orientação corporativista (como a lei eleitoral italiana de 1928, o projeto espanhol de Constituição de 1927, a constituição portuguesa de 1933), uma representação profissional que deveria ter assento no Parlamento, ao lado da representação política. Em outros diplomas legais esse representação havia sido consagrado, mas a título consultivo, como nos de Weimar (1919), da Polônia (1925), da Tcheco-Eslôvaquia (1922), da Iugoslávia (1929), do Japão (1924), da Áustria (na Revisão

17 V. Octacílio Alecrim, **Idéias e instituições do Império - influências francesas**. Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Políticos, 1953; Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, **Comentários à Constituição Brasileira**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, pp.32-34.

18 Apud Aliomar Baleeiro, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p.21.

Constitucional de 1929).¹⁹ A experiência brasileira foi de curta duração, com o golpe de Getúlio Vargas e a entrada em vigor da Carta de 1937. Esta, inspirada na constituição polonesa de 1935, recebeu também influências de outras fontes, como exemplificam os decretos-leis, de matriz italiana.

A Constituição de 1946, resultante do processo de redemocratização, retomou, em grande parte, os dispositivos de 1934. Sob outro ângulo, o mesmo ocorreu com o advento do período autoritário, em 1964, visto que a Constituição de 1967 e a emenda global que lhe foi dada em 1969, considerada por muitos como uma nova Carta, incorporou os referidos decretos-leis, da Carta de 1937, além de introduzir os Atos Institucionais e Complementares baixados pelo Executivo.

A Constituição de 1988, produto da retomada do regime democrático, a partir de 1986, é, inegavelmente, muito rica no tocante às fontes de direito estrangeiro²⁰. Além das contribuições abundantes das Constituições portuguesa (1975, com suas revisões quinquenais) e espanhola (1978), o Texto recebeu aportes, entre outros, dos direitos italiano, francês e anglo-americano, seguindo, no concernente aos direitos fundamentais, as normas internacionais, entre elas, as advindas da Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, dos Pactos Políticos e Sociais da ONU, de 1966, da Convenção Européia de Direitos do Homem.

É, sem dúvida, no campo do direito constitucional que se pode melhor apreciar a receptividade habitual do direito brasileiro ao direito estrangeiro, e, sobretudo, a sua capacidade de aclimação de institutos, regras e procedimentos recebidos, não apenas por meio de leis, mas também através da jurisprudência e da doutrina de outros sistemas jurídicos em sentido restrito.

A esse propósito, convém ressaltar a interação crescente entre doutrina e jurisprudência em nosso país. No campo da interpretação constitucional, essa característica apresenta-se de forma mais nítida. A abertura de nossos magistrados, muitos em decorrência de vivência acadêmica, às mais recentes tendências da doutrina estrangeira, notadamente, alemã e norte-americana, é incontestável. Assim, as obras de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Habermas,²¹ entre outros, são examinadas e muitas vezes citadas nas decisões judiciais.

19 V. Ana Lucia de Lyra Tavares, **A Constituinte de 1934 e a representação profissional**. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

20 Sob esse tema, v. da A. : *A Constituição Brasileira de 1988: Subsídios para os comparatistas*, in: *Revista de Informação Legislativa*; *As recepções de direito na CF de 1988: um balanço provisório*.

21 V. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Habermas e o Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006. Por nossa parte, graças ao generoso auxílio da Professora Nadia de Araujo, do Departamento de Direito da PUC-Rio, pudemos identificar uma série de Acórdãos em que esses doutrinados são referidos (Cf. da A. *Contribuição do Direito Comparado às fontes do direito brasileiro*, **Prisma Jurídico**, volume 5, São Paulo, Uninove, 2006, pp.59-77).

2.2. No direito administrativo

Sob o império, sobrelevam as influências francesas (Conselho de Estado, Poder Moderador), inglesas e portuguesas. No período do direito republicano, recorre-se a fontes norte-americanas. Nos anos 70 chegou-se a prever, no artigo 111, do Texto de 1967/69, através da emenda constitucional nº 7, um contencioso administrativo nos moldes franceses, mas tal dispositivo não foi regulamentado dadas as inúmeras resistências, preservando-se o sistema de julgamento de matérias administrativas pela justiça comum. No que se refere à administração indireta, sobretudo no atinente à criação de autarquias e fundações, foi no direito italiano que o legislador buscou inspiração. Atualmente, deve-se ressaltar o retorno da influência do direito norte-americano, sobretudo em relação ao estabelecimento de agências reguladoras, decorrentes do programa de privatização de órgãos públicos, durante os dois mandatos do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A doutrina aponta distorções que este modelo americano de regulação sofreu ao ser transplantado para o direito brasileiro, as quais repercutiram na menor eficácia quando da sua aplicação ao nosso meio, notadamente em vista da falsa autonomia das agências e da deslegalização deficiente, como adverte o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de quem destacamos a seguinte observação: “uma falsa agência reguladora independente ou um conjunto regulatório mal articulado e com má definição de competências pode provocar tantas e tão graves crises entre a agência reguladora e a administração indireta, que a má implementação de um desejável modelo, embora moderno, acaba sendo pior do que se manter um indesejável modelo antiquado de gestão burocrática”.²²

2.3. No direito processual

O Código de Processo de 1939, como se sabe, inspirou-se, amplamente, no direito italiano, por via dos renomados processualistas italianos que lecionaram na Universidade de São Paulo. Ele recebeu, entretanto, também subsídios austríacos e alemães. O Código de 1973 manteve essa linha de inspiração. Saliente-se que no campo do direito processual brasileiro é habitual a previsão de mecanismos de adaptação dos elementos importados, sobretudo daqueles provindos do direito anglo-americano, em vista da necessidade de sua acomodação ao sistema romano-germânico. São mais freqüentes, pois, análises que alertam sobre as distorções previsíveis que muitos transplantes podem ensejar. Foi o que ocorreu com a proposta, já agora acolhida pela Emenda 45 à CF de 1988, da súmula vinculante. A vinculação das demais instâncias

22 V. *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, p.425.

a certas decisões do STF, na linha do *stare decisis*, de matriz do sistema jurídico anglo-americano, suscitou estudos sobre os riscos desse transplante, destacando-se o do Professor José Carlos Barbosa Moreira.²³

Na área do processo penal, a recepção de institutos como o júri e o *habeas corpus* revela a influência do direito anglo-americano, desde o início do período republicano. Na construção do direito processual penal foram agregadas outras fontes num processo de amálgama que é bem típico do direito brasileiro. O Código de Processo Penal vigente, que hauriu amplamente de fontes italianas, sofreu, desde 1941, importantes mudanças. Leis especiais relativas aos crimes financeiros, ao tráfico de entorpecentes, aos crimes de colarinho branco, à lavagem de dinheiro, etc. baseiam-se, sobretudo, em convenções internacionais.

2.4 No direito internacional ²⁴

Evocando a união dos Estados latino-americanos em suas lutas pela emancipação política, o Professor Haroldo Valladão ressaltava que no século XIX, os ideais de uma nova ordem jurídica e política, de liberdade, fraternidade, regime democrático e constitucional iriam encontrar campo mais fértil na América Latina do que no resto do mundo. E ainda: “a profunda formação religiosa desses Estados tradicionalmente católicos, em que muitos padres lutaram pela Independência – independência sob a invocação de Deus – impregnou de um grande humanismo o direito que iriam formular os Estados latino-americanos”.²⁵ Como exemplo de pioneirismo, recordava o saudoso mestre, tínhamos o reconhecimento do princípio da igualdade de direitos do estrangeiro e do nacional, que foi incluído não apenas nas constituições desses Estados, mas também nas convenções latino-americanas. Em 1860, Teixeira de Freitas proclamava, no Esboço do Código Civil que os direitos ‘de que trata este Código são independentes da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política’ e, mais adiante: todos os cidadãos brasileiros poderiam adquiri-los e todos os estrangeiros, que tenham ou não seu domicílio ou residência no Império’, arrematando com essas palavras: ‘eis nosso direito, eis nossos costumes’.²⁶

23 Cf. *O processo penal americano e sua influência*, in: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, n.19, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2001, p.240.

24 Respostas às questões do relator, Prof. Patrick Glenn, sobre o grau de abertura às fontes internacionais em matéria de direito internacional.

25 Haroldo Valladão, **Le droit latino-américain**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1954, p.11(Tradução nossa).

26 *apud* Haroldo Valladão, *op.cit.* p.18 .(Tradução nossa).

O Professor Valladão também destacava que muitos princípios do direito das gentes haviam encontrado sua raiz ou tinham sido consolidados em tratados, convenções e práticas do direito latino-americano, tais como: a condenação pelo emprego da força, com a exigência de que toda questão fosse resolvida por meios pacíficos via conciliação, arbitragem ou justiça internacional; o princípio da solidariedade continental segundo o qual a agressão a um Estado americano implica agressão a todos os Estados americanos, etc.²⁷ Estas linhas, escritas nos anos 50, continuam atuais. Pode-se, portanto, registrar a permanente abertura de nosso direito internacional público e privado às diretrizes dos organismos internacionais. Sublinhe-se o papel da Organização dos Estados Americanos (OEA) e de suas Recomendações, na construção do direito brasileiro. Tivemos ocasião de observar, quando de uma pesquisa sobre a implementação do instituto do *habeas data*, de matriz espanhola, introduzido na Constituição de 1988 por sugestão do Professor José Afonso da Silva, o número elevado de orientações providas das Comissões da OEA.

Em matéria de direitos humanos, deve-se, também, enfatizar a abertura de nosso direito às fontes internacionais. A Constituição de 1988, no artigo 5º, LXXVIII, § 2º, dispõe que *os* “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ela abre, por conseguinte, as portas para a recepção de normas internacionais. Acrescente-se que a Convenção de Viena, de 1969, relativa à aplicação dos Tratados Internacionais, embora não tenha sido ainda ratificada pelo Brasil, constitui, na prática, a principal fonte do Ministério das Relações Exteriores nas relações internacionais do país.²⁸

2.5 Citação, pelo poder judiciário, de fontes do direito estrangeiro.

Os magistrados brasileiros, seguindo o estilo ibérico na confecção de suas decisões, não hesitam, hoje, como outrora, em recorrer a fontes do direito estrangeiro para fundamentar seus julgados. Atualmente, assiste-se a um aprofundamento desse traço pois que os novos juízes, acumulando, em geral, suas funções com as do magistério superior, de acordo com o que lhes permite a Constituição, prosseguem seus estudos acadêmicos nos patamares do mestrado e do doutorado, seja no Brasil, seja no exterior, enriquecendo suas decisões com referências ao direito estrangeiro, em particular à

27 Ibid., p.26.

28 Roberto Luiz Silva, **Direito Internacional Público**, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2005, p.95.

doutrina. Nota-se, outrossim, uma interação mais freqüente das fontes de direito. As obras doutrinárias reportam-se cada vez mais à jurisprudência, diversamente do que ocorria nos anos 50, e os juízes, por sua vez, citam usualmente a doutrina, não apenas no direito constitucional, mas também em outros ramos de nosso direito.

2.6 A arbitragem como instrumento de abertura a outras fontes de direito

O recurso à arbitragem é um traço de nossa tradição jurídica. Ele se intensificou na atualidade, não apenas em matéria privada, mas estendendo-se a outros campos. Desde 1996, temos a Lei nº 9.307 que dispõe sobre o assunto. O Professor Arnaldo Wald salienta que o sistema brasileiro deixa às partes um vasto campo de escolha.²⁹ Elas podem recorrer a fontes nacionais ou internacionais, o que traduz o potencial desse meio de resolução de conflitos para a abertura do direito brasileiro a fontes jurídicas estrangeiras. Sob este aspecto, notadamente no campo do direito privado, reportamo-nos à ilustre comparatista Professora Véra Maria de Jacob Fradera, igualmente relatora do presente tema, autora de vários trabalhos sobre a arbitragem no Brasil.³⁰

Ao examinar a questão da ordem pública em termos de arbitragem comercial internacional, o Professor Ricardo Almeida recorda que é precisamente nessa área que se impõe o recurso às fontes estrangeiras e aos estudos de direito comparado.³¹ Ao referir-se à posição mais flexível dos árbitros em comparação com a dos juízes estatais no atinente à vinculação de regras positivadas, nota: “o árbitro, assim, não se vincula a concepções estritas de direito positivo, exercendo com maior liberdade o pluralismo de métodos e o diálogo de fontes”.³²

Cabe notar, entretanto, que sob a ótica dos contratos internacionais, envolvendo brasileiros e estrangeiros, nem sempre se efetivava o emprego da arbitragem. Com o advento da Lei nº 9.307, que confere executoriedade à cláusula de arbitragem nesses contratos, o quadro deverá mudar. Paulo Borba Casella,

29 Arnaldo Wald, *Le droit brésilien pendant la deuxième moitié du XXème siècle*, in : **Le Droit Brésilien : Hier, Aujourd'hui et Demain**, op.cit., p. 192.

30 Cf. Véra Maria de Jacob Fradera, *Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – comentários à Lei de Arbitragem*, in: **O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme**, org. Claudia Lima Marques, Nadia de Araújo, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

31 Ricardo Ramalho Almeida, **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2005, p.5.

32 Id.Ibid., p.193.

ao mencionar a falta de uso da arbitragem nos contratos internacionais refere-se a um estudo de René David, em que o mestre francês assinalava que, além das tradições espanhola e portuguesa serem pouco favoráveis à arbitragem, devia-se considerar o fato de que os países emergentes, em negociação com exportadores e importadores europeus ou americanos sempre ficariam numa situação de inferioridade e a escolha dos árbitros, muito provavelmente, recairia sobre estrangeiros.³³

3. Campos mais sensíveis às fontes de direito estrangeiro e influência de um direito comum contemporâneo

O direito brasileiro acompanha os ciclos constitucionais e as inquietações político-jurídicas do mundo contemporâneo. Ele está, pois, em dia em matéria de normas relativas aos direitos humanos, contratos econômicos, meio-ambiente, informática, crimes internacionais de lavagem de dinheiro, de tráfico de entorpecentes, etc. Nesses e noutros campos, as correntes jurídicas internacionais são recebidas sem dificuldade. A implementação de tais normas se revela sempre mais difícil, dada a tradicional distância entre o direito ideal e o direito real, em razão dos traços etnológicos e socioculturais, acima referidos. Em estudo sobre o humanismo na cultura jurídica latino-americana, o Professor Antonio Carlos Wolkmer salienta que nos países latino-americanos, pós-independentes, as elites da época receberam e difundiram uma tradição jurídica marcada pelo idealismo abstrato jusnaturalista, pelo formalismo dogmático-positivista e pela retórica liberal-individualista, sem efetiva implementação, como revela a manutenção de um quadro sociopolítico injusto e desumano.³⁴

4. Aplicabilidade da noção de *tradição inventada* à tradição jurídica brasileira

A idéia segundo a qual, nos países antigos, foi a Nação que levou à formação do Estado, não se aplica aos novos, nos quais o processo foi invertido, visto que neles o Estado fez a nação,³⁵ como se deu com o Brasil. Consideramos

33 René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Econômica, 1982, pp.139 e 140, *apud* Paulo Borba Casella, *Autonomia da vontade, arbitragem comercial internacional e direito brasileiro*, in: **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**, Carmen Tiburcio e Luis Roberto Barroso (organizadores), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp.737-750.

34 Antonio Carlos Wolkmer, *Humanismo e cultura jurídica latino-americana*, in: **Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil**, Antonio Carlos Wolkmer, organizador, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003, p.36.

35 Georges Burdeau, *L'Etat*, Paris, Ed. du Seuil, 1970, p.37.

que, precisamente por sua habitual abertura às fontes estrangeiras, seja por inclinação e formação sociocultural, seja por injunções políticas e econômicas, o direito brasileiro não pode ser considerado um sistema jurídico no sentido técnico dessa expressão, implicando: concentração em si mesmo, encadeamento lógico de elementos diversos, relações excludentes com outros sistemas, etc. Ele traz em si, desde a origem, traços típicos das tradições jurídicas em sentido amplo, tais como descritas pelo Professor Glenn: abertura a direitos de procedência distinta, que ele busca amalgamar, flexibilidade e transmissão de concepções por informações normativas.³⁶

Pensamos, contudo, que em Estados de formação mais recente, como é o caso do Brasil, a manutenção e o fortalecimento de uma tradição específica, correspondente ao sistema jurídico nacional, são necessários.³⁷ O direito brasileiro, por sua grande flexibilidade e abertura, encruzilhada dos direitos romanistas e da *Common Law*³⁸ está, atualmente, em busca de si mesmo, de sua identidade cultural e jurídica. Há nítido impasse entre o reconhecimento das exigências econômicas, financeiras da globalização e a consciência da necessidade de serem preservadas as tradições jurídicas e culturais.³⁹

As formas de transmissão de nossa tradição jurídica estão ainda mais fragilizadas ante os efeitos devastadores que se fazem sentir no campo da informação cultural. Se a tradição se mantém por meio dos arquivos da memória⁴⁰, é fácil constatar as conseqüências negativas provocadas, de um lado, pela uniformização dos padrões culturais, em nossa sociedade, com a maioria da população submetida ao fascínio da comunicação audiovisual. De outro lado, considerando-se a inclinação do país para a incorporação de modismos intelectuais, certas obras fundamentais do passado cultural e jurídico brasileiro são relegadas, esquecidas, dando-se prioridade, nos meios acadêmicos e nas seleções editoriais, a trabalhos que estão na moda do pensamento europeu e norte-americano. Entretanto, não se deve supor que estejamos subestimando os benefícios do processo globalizante e o estreitamento de vínculos, de natureza vária, que ele propicia, inclusive, no campo do direito comparado. Sem dúvida, o consenso internacional, sob certos temas, não deve ser aprioristicamente rejeitado. O desafio está, como ressaltou o Professor Wald, em conciliar

36 H. Patrick Glenn, *La tradition juridique nationale*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, avril-juin, 2003, p.273, e segs.

37 Ibid.

38 Camille Jauffret-Spinosi e Arnaldo Wald, *Le droit brésilien, cet inconnu*, in : *Le Droit Brésilien Hier, Aujourd'hui et Demain*, op.cit. p.19.

39 V., a coletânea *Diversidade Cultural Brasileira*, Rio de Janeiro, Edições Casa de Rui Barbosa, 2005.

40 Patrick Glenn, op.cit., p.271 e segs.

os imperativos da globalização com a salvaguarda de uma tradição jurídica brasileira.⁴¹ Não se trata de afastar-se das diretrizes internacionais em inúmeros campos, que se impõem por injunções econômicas e financeiras.⁴² Para encontrar-se o meio-termo, o Estado não pode ser ignorado como o condutor desta estratégia de equilíbrio entre os pólos da globalização e a necessidade de fortalecimento da identidade cultural brasileira.⁴³

No tocante à prática de reavivarem-se elementos que possam lastrear a identidade cultural e jurídica, aspectos intimamente associados, acreditamos que não seria fora de propósito conceber-se a reativação de certas características culturais, na mesma linha de redescoberta de determinadas tradições, como analisa Eric Hobsbawm. No Brasil, por exemplo, a paixão pelo futebol, estimulada pelas vias oficial e particular, repercutiu no campo do ensino jurídico, com a criação de uma cadeira eletiva de direito desportivo e um Instituto Brasileiro de Direito Desportivo.⁴⁴

Certamente, a utilização pelo Estado dessa paixão e as políticas para estimulá-la nos remetem às reflexões de Hobsbawm sobre a produção das tradições como políticas estatais.⁴⁵

Conclusão

O direito brasileiro, ao mesmo tempo em que mantém e aumenta a sua receptividade em relação às fontes estrangeiras de direito, bem como às de origem internacional e supranacional, tem sido objeto de reflexão sobre os fundamentos de sua identidade cultural e jurídica, contexto no qual o Estado desempenha um papel condutor essencial. E isso ocorre porque a sociedade civil, por ela mesma, não conseguiu ainda – e pensamos que dificilmente conseguirá, mesmo a longo prazo – a regular-se unicamente por mecanismos de conciliação e consenso. Em nível internacional, nosso entendimento é, igualmente, pouco otimista, considerando-se a dissimetria das relações entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

41 Arnoldo Wald, *Le droit brésilien pendant la deuxième moitié du XXème siècle*, in *Le Droit Brésilien*, op.cit. p1196.

42 Rubens Ricupero, *O Brasil e o dilema da globalização*, São Paulo, Editora Senac, 2ª. Ed., 2001.

43 José Guilherme Merquior, *Brésil: cent ans de bilan historique*, in: *Cahiers du Brésil Contemporain*, n.16, Paris, EHESS, 1991, apud Rubens Ricupero, op.cit. p.88 ; Marcelo Neves, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2006.

44 Há uma literatura rica sobre o assunto. Como um dos precursores desses estudos, V. João Lyra Filho, *Sociologia dos Desportos* (1974) e *Introdução à Psicologia dos Desportos*. Rio de Janeiro, Ed. Record, 1983.

45 Eric Hobsbawm, op. Cit., p.296.

Embora os novos direitos sejam, rapidamente, reconhecidos e proclamados por meios de instrumentos internacionais, o meio jurídico está mais atento do que outrora para a insuficiência de condições de implementação dos direitos mais elementares, por falta de instituições sólidas e em razão da fragilidade das bases da sociedade civil. O realce às especificidades socioculturais e a preocupação de fortalecer a sua tradição sociojurídica são visíveis. Toda uma jovem geração de juristas está consciente do que está em jogo. Como foi bem ressaltado na obra da *Société de Législation Comparée* dedicada ao direito brasileiro, aqui tantas vezes referida, esta tomada de consciência é o que mais diferencia o pensamento jurídico atual relativamente ao anterior, num período em que as influências do direito estrangeiro eram recebidas sem uma avaliação crítica prévia. De outra parte, impõe-se promover a transmissão da tradição jurídica brasileira, particularmente através do ensino, com evocação dos grandes juristas pátrios que concorreram para a construção do nosso sistema jurídico, sobressaindo-se Teixeira de Freitas, e dando-se ênfase ao seu conteúdo dirigido para a construção de uma sociedade socialmente justa, democrática e pacífica.