XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, EDUCAÇÃO EPISTEMOLOGIAS, METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO E PESQUISA JURÍDICA

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

ORIDES MEZZAROBA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, educação, epistemologias, metodologias do conhecimento e pesquisa jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Carlos André Birnfeld, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, Orides Mezzaroba – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-175-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Educação. 3. Epistemologias. 4. Metodologias do Conhecimento. 5. Pesquisa Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO, EDUCAÇÃO EPISTEMOLOGIAS, METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO E PESQUISA JURÍDICA

Apresentação

Para facilitar o aproveitamento pelo leitor dos assuntos tratados neste Grupo de Trabalho, os Coordenadores separaram os artigos em cinco grandes Blocos temáticos.

O Bloco de Temas Epistemológicos inicia com dois artigos que possuem como objeto de estudo a própria questão da ciência. Inicialmente, Jovina dÁvila Bordoni e Luciano Tonet em A INCERTEZA DO PROCESSO CIENTÍFICO, avaliam a existência de certeza no processo científico, levando em consideração que a ciência busca permanentemente novos conhecimentos e progride com a crítica aos erros, busca a verdade, contudo estas são provisórias.

Por sua vez, Samory Pereira Santos em O DIREITO COMO TECNOLOGIA: A UTILIDADE DO SABER JURÍDICO busca avaliar se o conhecimento jurídico é científico e concluindo pela negativa, busca encontrar outro modelo no qual o Direito possa se adequar, encontrando a concepção de tecnologia como mais apropriada para o Direito, em vez da cientificidade.

Em específico, Tatiana Mareto Silva e Elda Coelho De Azevedo Bussinguer, considerando os obstáculos epistemológicos identificados por Gaston Bachelard, e considerando a forma que o ensino jurídico se faz no ambiente acadêmico discutem sobre O POSITIVISMO COMO OBSTÁCULO EPISTEMOLÓGICO À PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO: O DOGMATISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A FORMAÇÃO DO JURISTA. Identificando a acriticidade da formação do profissional e formação idealista e simplista que dificulta a resolução de problemas sociais complexos, como situações de necessário enfrentamento para a reformulação do modelo de ensino jurídico.

Na sequência, encontra-se o artigo de Patricia Veronica Nunes C Sobral De Souza, A EDUCAÇÃO JURÍDICA: CRÍTICAS DA CONTEMPORANEIDADE, no qual a autora reflete sobre a Educação Jurídica considerando as críticas que essa recebe na contemporaneidade.

Thula Rafaela de Oliveira Pires e Gisele Alves De Lima Silva a partir de pesquisa empírica realizada no curso de Direito do UNIFESO abordam os MOVIMENTOS DE POLÍTICA

CRIMINAL E ENSINO JURÍDICO procuram identificar os discursos político-criminais predominantes nos espaços de poder hegemônicos e entre os acadêmicos do curso de Direito.

No artigo O PENSAMENTO COMPLEXO DE MORIN E O DIREITO, Angelina Cortelazzi Bolzam e Rafael Fernando dos Santos buscam demonstrar como Morin concebe a educação do futuro bem como, quais são as limitações e problemas que devem ser superados para que o futuro nos espere de braços abertos.

Elisangela Prudencio dos Santos no artigo O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: A PACHAMAMA E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO CAPITALISTA, levanta algumas temáticas importantes para a América Latina a partir das Constituintes de Equador [2008] e da Bolívia [2009] que propuseram um Estado plurinacional, um projeto decolonial e a instituição da Pachamama/Natureza como sujeito de direito.

Finalizando o Bloco, Ana Iris Galvão Amaral e Stella De Oliveira Saraiva, no artigo intitulado A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E A PEDAGOGIA FREIREANA, buscam investigar as possíveis causas das limitações enfrentadas pelo ensino jurídico no Brasil, discutindo as principais ideias contidas na pedagogia de Paulo Freire, apontando de que maneira elas poderiam ou não contribuir para a superação dessa crise.

Leonardo Raphael Carvalho de Matos e Anderson Nogueira Oliveira no artigo intitulado O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E A EMANCIPAÇÃO SOCIAL PELA EDUCAÇÃO, versam sobre o Ensino Jurídico no Brasil e da emancipação social pela Educação, com enfoque na formação da pessoa cidadã. Alguns problemas são apontados, como: a crise paradigmática no campo pedagógico; as práticas de ensino impróprias para atender às demandas de uma sociedade mutável; a fragmentação do conhecimento observada por meio das disciplinas e departamentos; e as disciplinas propedêuticas colocadas em segundo plano, em beneficio das disciplinas de formação profissionalizante.

O segundo Bloco traz os artigos que se referem às questões funcionais da Educação Jurídica, iniciando com Renata Aparecida Follone e Rubia Spirandelli Rodrigues analisando o DIREITO E EDUCAÇÃO: A “CO-LABORAÇÃO” PARA A TRANSFORMAÇÃO DAS DIMENSÕES HUMANAS E SOCIAIS NA BUSCA DA EFETIVIDADE DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. No artigo, as autoras abordaram a educação como instrumento de “co-laboração” e o reconhecimento de cada ser humano dentro da sociedade em que vive como sujeito de direitos e deveres com o propósito de se ampliar o estudo e saber na sociedade contemporânea, pelo acadêmico de direito junto aos alunos do ensino médio público.

No artigo intitulado DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: O ESTADO E A IMPORT NCIA DO TRIPÉ: ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO, Leonardo Canez Leite e Taiane da Cruz Rolim procuram problematizar a educação enquanto princípio fundamental e analisar em que medida o direito à educação é contemplado na ótica da Constituição Federal.

Rita de Araujo Neves e Maria Cecilia Lorea Leite propõem uma discussão sobre questões subjacentes aos atuais índices de performance usados na avaliação do Ensino Jurídico no artigo ENSINO JURÍDICO: A CORRIDA DAS FACULDADES DE DIREITO RUMO AO PODIUM VERSUS OS RISCOS DA PERFORMATIVIDADE. Para tanto, embasam-se em concepções de performance e de performatividade propostas por Stephen Ball, articulando-as ao atual ranqueamento das Faculdades de Direito no Brasil e seus reflexos nas representações do "bom professor" de Direito.

Rogerio Luiz Nery Da Silva e Darléa Carine Palma Mattiello no artigo DIREITO À EDUCAÇÃO E EDUCAÇÃO INCLUSIVA - MECANISMOS DE EFETIVIDADE NA POLÍTICA PÚBLICA "ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA" (LEI FEDERAL Nº. 13.146/2015), analisam o conteúdo do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº. 13.146/2015, formalmente denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e avaliam se a lei é eficaz em termos de educação inclusiva.

Finalizando este Bloco, Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira escrevem sobre DISCUTIR GÊNERO E SEXUALIDADE NO ESPAÇO EDUCACIONAL BRASILEIRO: POR UMA POLÍTICA DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES, visando elucidar essa discussão e elencando os principais motivos pelos quais julgam ser importante que a escola seja um local de reflexão acerca desse tema.

O terceiro Bloco, dedicado às Metodologias de Ensino inicia-se com Tamer Fakhoury Filho e Frederico de Andrade Gabrich (RE)PENSANDO O ENSINO JURÍDICO POR MEIO DAS PRÁTICAS DE STORYTELLING: O EXEMPLO DO JÚRI. No artigo os autores propõem a mudança do modelo mental dominante no ensino e na prática do direito (ainda essencialmente fundado no conflito e no processo judicial) a partir do uso do storytelling na sala de aula e na prática profissional.

No artigo intitulado A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E A CRISE NO ENSINO DO DIREITO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEM BASED LEARNING COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO, Pedro Augusto De Souza Brambilla e

Paulo José Castilho pretendem demonstrar que urge a implementação de métodos de aprendizagem aptos a suprirem as deficiências do ensino jurídico, destacando-se o problem based learning como possível solução.

No mesmo sentido, no artigo APLICANDO METODOLOGIAS ATIVAS NO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL, Renata Albuquerque Lima e Átila de Alencar Araripe Magalhães tratam de sete metodologias ativas: diálogo socrático, método do caso, PBL – problem based method, role-play, simulação e seminário, com o objetivo de demonstrar que se pode ensinar o direito dentro de outras perspectivas e que os resultados são positivos.

Luisa Mendonça Albergaria De Carvalho apresenta uma outra metodologia no artigo A INOVAÇÃO DA METODOLOGIA DO ENSINO JURÍDICO ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DOS MAPAS MENTAIS. Afirma que Mapas mentais constituem uma ferramenta moderna, de fácil confecção e utilização, demonstrando sua utilização como fonte metodológica de ensino jurídico.

No artigo MÉTODO CLÍNICO DO ENSINO JURÍDICO: O LABORATÓRIO DOS FUTUROS PROFISSIONAIS, Juliana Luiza Mazaro e Julio Pallone defendem que o método clínico ao aliar a teoria com a prática do direito, pelo qual o estudante trabalha em casos reais, mostrou-se ao longo das décadas uma ferramenta pedagógica efetiva, principalmente, na formação de interpretes do direito, exigindo dos professores e do corpo de alunos reflexões críticas e habilidades em resolução de conflitos na busca da justiça social.

Jailsom Leandro de Sousa no artigo CRESCIMENTO DO ENSINO SUPERIOR E POPULARIZAÇÃO DO ACESSO: NECESSIDADE DE UMA NOVA METODOLOGIA DE ENSINO?, ao tratar do crescimento dos cursos e das matrículas no ensino superior no Brasil – e do curso de Direito em particular – e a mudança no perfil dos alunos ingressantes procura responder se a metodologia de ensino superior existente é adequada ou se seria necessário criar uma nova para atendê-los.

Finalizando o Bloco de metodologias, Claudia Regina Voroniuk no artigo O ENSINO DE GRADUAÇÃO A DIST NCIA E A INSERÇÃO SOCIAL NO BRASIL - OPORTUNIDADE OU MASSIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR, defendem a ideia de que o EAD não pode ser um mero distribuidor de diplomas de graduação. Os critérios de avaliação desses novos cursos precisam ser rígidos para assegurar a qualidade do ensino e a formação de profissionais preparados para suprir as necessidades atuais do mercado de trabalho.

O quarto Bloco é dedicado ao Professor de Direito e inicia com o artigo A ALTERIDADE COMO PERFIL ÉTICO E SOLIDÁRIO DO PROFESSOR AO SE COLOCAR NA POSIÇÃO “DO OUTRO”, no qual Aline Cristina Alves e Roseli Borin

Defendem que que cabe ao professor infundir no aluno um perfil ético e crítico na busca de transformações no sistema para a implementação do autentico Estado Democrático de Direito no Brasil.

No artigo A CRISE DO ENSINO JURÍDICO E O PAPEL DO DOCENTE NO PROCESSO DE TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL, Ramon Rocha Santos e Carlos Pinna De Assis Junior buscam investigar o atual fenômeno de democratização do ensino e a proliferação de cursos de Direito em nosso país, com ênfase na figura do docente como agente responsável pelo atual cenário e, ao mesmo tempo agente transformador da realidade social.

Por sua vez, Lahis Pasquali Kurtz e Anna Clara Lehmann Martins no artigo A LACUNA ENTRE O MESTRE E O PROFESSOR: DADOS ACERCA DA PRESENÇA DE DISCIPLINA VOLTADA A ENSINO NOS CURRÍCULOS DE CURSOS DE MESTRADO EM DIREITO NO BRASIL, buscam observar os currículos de mestrado em direito a fim de verificar se ofertam aos mestres capacitação para ensino, comparando-a com a importância dispensada no currículo à pesquisa e à produção da dissertação.

Finalizando o Bloco, no artigo O PROEMINENTE PAPEL DO DOCENTE DO ENSINO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS NO CONTEXTO ATUAL - ÊNFASE NA APRENDIZAGEM, Edyleno Italo Santos Sodré apresenta, com análise crítica, o proeminente papel do professor universitário na formação de profissionais do Direito - Juízes, Promotores, Delegados, Defensores e Advogados.

O quinto e último Bloco é dedicado à pesquisa em Direito e inicia com o artigo de Mariana Moron Saes Braga e Rodrigo Maia de Oliveira intitulado MEIOS DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISA E PADRÃO DE AUTORIA ENTRE LÍDERES DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO que tem o objetivo de verificar se os líderes de grupos de pesquisa em Direito possuem um padrão de autoria individual ou coletivo em suas publicações. O artigo também compara a quantidade de artigos, livros e capítulos de livros publicados de modo a identificar uma preferência entre os meios de divulgação das pesquisas.

Na sequência, no artigo O FENÔMENO DA REPETIÇÃO NA PESQUISA JURÍDICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA AUSÊNCIA DE INOVAÇÃO NOS TRABALHOS

ACADÊMICOS DE DIREITO, Laura Campolina Monti e Nathalia Guedes Azevedo, se propõem a investigar o papel da pesquisa jurídica e dos debates acadêmicos, tendo como parâmetro as dissertações de mestrado produzidas nos últimos três anos pelos dissentes de três das mais relevantes instituições de ensino do estado de Minas Gerais.

Por fim, o artigo A POSSIBILIDADE DE DESENVOLVER PESQUISAS NO CAMPO JURÍDICO VALENDO-SE DA METODOLOGIA DE ABORDAGEM QUALITATIVA de Adriana Ferreira Serafim de Oliveira e Jorge Luis Mialhe discute a possibilidade de pesquisar no campo jurídico através da metodologia de abordagem qualitativa utilizada nas pesquisas em ciências humanas.

Prof. Dr. Carlos André Birnfeld (FURG)

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches (UNINOVE)

Prof. Dr. Orides Mezzaroba (UFSC)

A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E A CRISE NO ENSINO DO DIREITO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEM BASED LEARNING COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO.

THE INFLUENCE OF THE COMMON LAW IN THE BRAZILIAN JURIDICAL SCENARIO AND THE CRISIS IN LAW TEACHING: PRESENTING THE PROBLEM BASED LEARNING AS POSSIBLE SOLUTION.

Pedro Augusto De Souza Brambilla [1]
Paulo José Castilho [2]

Resumo

O Direito brasileiro é multifacetado. Apesar de influência predominantemente romano-germânica, alguns aspectos revelam a penetração do common law na realidade jurídica nacional. Este sistema, originariamente inglês, exalta tanto decisões judiciais quanto precedentes como fontes primordiais do Direito. Assim, o ensino do Direito no Brasil, basicamente romano-germânico/expositivo-dialogado, é posto em xeque pela falta de dinamicidade, inserindo no mercado de trabalho meros reprodutores de teorias já consolidadas, cada vez menos reflexivos e mais distantes da prática. O presente estudo pretende demonstrar que urge a implementação de métodos de aprendizagem aptos a suprirem tais deficiências, destacando-se o problem based learning como possível solução.

Palavras-chave: Common law, Construção histórica, Influências no direito brasileiro, Crise no ensino jurídico, Método expositivo dialogado, Problem based learning

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian law is multifaceted. Despite its mostly Roman-Germanic influence, some aspects reveal the penetration of the common law in the national juridical reality. This system, originally British, exalts both precedents and court decisions as primary sources of law. Thus, the law teaching in Brazil, primarily Roman-Germanic/expositive dialogued, is put in check by the lack of dynamism, forming mere reproducers of already consolidated theories, less reflective and more distant from practice. The present essay aims to demonstrate it is urgent to implement learning methods that can supplement such deficiencies, presenting the problem based learning as a possible solution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Common law, Historic construction, Influences on brazilian law, Crisis in law teaching, Expositive dialogued method, Problem based learning

---

[1] O autor é graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente e Pós Graduado pela mesma instituição. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Advogado.

[2] O autor é graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Ex Professor da UNIESP campus de Presidente Prudente. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O cenário jurídico nacional atual revela fortes influências do *common law*, abrigando e conferindo força normativa a diversos institutos deste grande sistema jurídico primordialmente derivado da construção histórica do Direito inglês. Por este motivo, o constante e indispensável debate sobre o ensino jurídico se sobreleva dada a verdadeira crise que se revela justamente pelo lapso entre o ensino expositivo dialogado, oriundo do modelo romano-germânico (predominante no Brasil) e a realidade jurídica que adere à novas perspectivas ao modelo nacional, sendo que diante do retrato adotado, forma-se mais alunos, cada vez menos capacitados ao exercício pleno e satisfatório do múnus jurídico.

Diante desse contexto, mostra-se latente a necessidade de inovação das técnicas e expedientes de aprendizagem nas bancadas acadêmicas do país em vistas à melhor preparação daqueles que serão os futuros operadores do Direito no Brasil, destacando-se o papel do professor como principal canal nesse sentido pela implementação dessas medidas inovadoras.

Nesse ínterim, o presente estudo tem como objetivo contribuir com esta análise apresentando o *Problem Based Learning* como importante ferramenta didático-pedagógica apta a contribuir com o melhor ensino do Direito no sentido de melhor preparar os alunos e levá-los ao pleno entendimento do sistema jurídico brasileiro e suas derivações.

Para o alcance deste fim, *ab initio*, apresenta-se a construção histórica do direito inglês, dividida em quatro momentos-chave, que culmina com a consolidação do sistema do *common law*, para em seguida, brevemente, demonstrar a influência inglesa na formação do direito americano.

Em um segundo momento, são expostos os principais aspectos, nuances e tendências deste grande sistema jurídico, apontando para seu complexo de decisões judiciais e valorização dos precedentes como fontes primordiais do Direito.

No item subsequente, busca-se demonstrar, brevemente, em que medida e em quais aspectos o sistema que se apresentou está inserido no direito brasileiro, já na tentativa de demonstrar que a realidade jurídica em si não se apresenta meramente romano-germânica, mas dotada de características típicas do *common law*.

Por fim, diante do plano de fundo apresentado, tenta-se demonstrar que o ensino jurídico como se apresenta não é (mais) suficiente à preparação do aluno de Direito, que carece de maior enfoque prático e direcionamento teórico à compreensão e capacidade de atuação em um sistema efetivamente híbrido, com aptidão para identificar e bem manejar o Direito diante desta nova realidade.

Ao final, espera-se demonstrar de que maneira o *problem based learning* pode ser considerado como possível solução à melhor capacitação dos alunos e ao desenvolvimento do ensino jurídico brasileiro frente às influências do *common law*, além de ser um método que conduz o aluno à apreensão da produção do conhecimento e ao desenvolvimento de todas as suas potencialidades.

2. *COMMON LAW*: ORIGENS E ASPECTOS GERAIS

Em princípio, compreender o grande sistema jurídico da *common law* passa diretamente pela análise de sua matriz histórica e sua construção principiológica, construída sobretudo na Inglaterra pela atuação dos chamados Tribunais Reais de Justiça, instituídos depois da conquista normanda. Deste modo, qualquer estudo que se preste a analisar este grande sistema jurídico e suas nuances depende de abordagem e apresentação pormenorizada da construção do direito inglês, porque berço deste sistema jurídico.

2.1. Breve escorço histórico da construção do sistema *common law* pela análise do modelo inglês e sua influência no modelo americano.

Uma organização sistemática da história do direito inglês revela quatro períodos primordiais e bem definidos. O primeiro é anterior à conquista normanda, ocorrida em 1066; o segundo vai desde 1066 até 1485 com o advento da dinastia dos *Tudors* (aqui inicia-se a formação da *common law*, pela instituição de um sistema comum a todo o reino); o terceiro período, que vai de 1485 a 1832, revela o sistema que aqui se estuda, além daquele baseado em regras de equidade em relação de complementaridade. De 1832 até os tempos hodiernos temos o período moderno. (DAVID, 1993, P. 283/284).

O primeiro período do direito inglês é o denominado de anglo-saxônico. Embora a Inglaterra tenha sido dominada por Roma por cerca de quatro séculos (do imperador Cláudio até o começo do século V), os historiadores apenas consideram o direito tipicamente e puramente inglês a partir da cessação do domínio romano e da partilha das terras da Inglaterra por diversas tribos de origem germânica (saxões, anglos, dinamarqueses)[1]. Durante este período

[1] O fim do domínio romano sobre a Inglaterra se dá a partir da extinção do Império Romano do Ocidente, Há diversas teorias sobre a queda do império Romano, como o colapso da economia tipicamente escravagista, a falência dos pequenos proprietários de terras, o crescente número de guerreiros desocupados nas cidades, que gerava vultuosidade de gastos estatais, além das políticas de pão e circo. Por essas e outras razões, o Estado se torna insolvente. Daí em diante, os exércitos não mais guardam a disciplina de outrora e se compõem

(aproximadamente em 596 depois de Cristo) a Inglaterra se converte ao cristianismo pela missão de Santo Agostinho de Cantorbéry. (DAVID, 1993, P. 283/284).

Após esta conversão ao cristianismo inicia-se a redação das leis, estritamente locais, sem qualquer aplicação comum a todo o território inglês. Tamanha diversidade revelava conteúdo germânico, romano e até canônico, derivado do processo de cristianização da Inglaterra (LOSANO, 2007, P. 324).

Sucedendo a este período rudimentar da codificação e da elaboração do próprio direito inglês, temos a conquista normanda, que será de fundamental importância ao desenvolvimento de um direito comum, como nos ensina René David (1993, p. 285):

> A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece; o feudalismo instala-se na Inglaterra.

Este triunfo, comandado por Guilherme, o Conquistador, é marcado pela busca de proteção às propriedades dos Senhores normandos, que se viam em local conquistado, cuja língua lhes era estranha e que os costumes eram-lhes desprezíveis. Assim, Guilherme, preocupado com a possibilidade de rebeliões da vassalagem, distribui terras em pequena proporção a seus súditos, para que nenhum deles pudesse se levantar como potencial rival ao poder, organizando a Inglaterra em pequenos feudos espalhados por todo território, como um exército acampado por toda a sua extensão, o que será determinante ao desenvolvimento da *common law.* (DAVID, 1993, P. 285).

Este direito comum ainda não existe em 1066 (conquista normanda). A assembleia dos homens livres, chamada de *Conty Court* aplica os costumes locais limitada ao âmbito regional de cada organização isolada, guardando jurisdição ao Rei apenas em casos excepcionais, como bem nos apresenta René David (1993, p. 286)

> No início da conquista normanda, normalmente, os litígios eram levados às diferentes jurisdições que acabamos de enumerar. O rei exerce apenas a "alta justiça"; só se sente autorizado e só toma conhecimento de litígios em casos excepcionais: se a paz no reino for ameaçada, se as circunstâncias impossibilitarem que a justiça seja praticada pelos meios normais. A Curia regis, onde ele preceitua, assistido pelos seus servidores mais próximos e pelos grandes do reino, é a corte das grandes personagens e das grandes causas; não é uma jurisdição vulgar, aberta a qualquer um.

principalmente por mercenários estrangeiros. A guerra civil interna, derivada de rebeliões dos pobres enfraquecia ainda mais o império. Alguns bárbaros passaram a ocupar as suas fronteiras; a economia escravagista é paulatinamente substituída por uma economia de subsistência em modos de produção descentralizados e a Europa Ocidental se fragmenta. (WOLKMER, 2006, P. 104/106)

Esta *Curia regis,* apesar de se prestar apenas à análise de determinados casos específicos e extraordinários, paulatinamente é conduzida ao núcleo da administração executiva e da justiça no novo reino, da qual emanarão diversos juízes que serão os principais responsáveis pela consolidação do *common law* por meio de seus pronunciamentos.

Nesse sentido, festejada a contribuição de Mario G. Losano (2003, p. 325):

> A *Cúria Regis*, ou seja, a corte de Guilherme I, tornou-se o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino. Ao redor da *cúria regis* logo se condensou uma classe profissional forense muito homogênea, da qual saíam os juízes que, com suas sentenças, acabaram criando o c*ommon law*. Esse é, portanto, um direito consuetudinário, mas num sentido especial: o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes.

A distribuição da justiça era considerada prerrogativa real. O Rei outorgava a funcionários (*judges*) a função de representa-lo nas mais variadas localidades do Reino proferindo julgamentos (*circuits*). (SOARES, 1997, p. 175):

Esta realidade se revela quando, já no século XII, com Henrique I e Henrique II a aplicação do direito é uniformizada para toda a Grã-Bretanha (à exceção da Escócia que era autônoma em relação à coroa inglesa e que continuava a utilizar o direito romano) por intermédio desses juízes itinerantes, que aplicavam a justiça em nome do Rei, carregando consigo uma ordem escrita (*writ*[2]), que intimava o réu a comparecer em juízo (real) para esclarecer os fatos e demonstrar que o autor não tinha razão em seus argumentos. No entanto, estes *writs*[3]eram discricionários, ou seja, o rei rinha liberdade para configurá-los como quisesse. Deste modo, muitas ações eram retiradas dos tribunais feudais e confiadas ao tribunal central. (LOSANO, 2007, p. 329).

Neste interim, contrariados em face ao cenário apresentado, os feudatários pressionaram Henrique II a promulgar o *Provisions of Oxford*, em 1258, restringindo as possibilidades de *writs* editados deliberadamente[4], mostrando clara preocupação com a certeza em detrimento da flexibilidade. Podemos vislumbrar um princípio de segurança jurídica nesta disposição de Henrique II, característica esta que é elemento central nos sistemas *common law* como um todo.

---

[2] Guido Fernando Silva Soares (1997, p. 177) nos ensina que os writs eram como uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação. Constituíam-se em ordens formuladas pelo Rei às autoridades, a fim de respeitarem, em relação àquele que era beneficiado pelo remédio (ordem), sua situação jurídica, definida pelo julgamento a seu favor. Os writs funcionavam como uma ordem dada pelo Rei para a intimação do réu no sentido de prestar esclarecimentos frente à reclamação do autor. Fato é que o Writ se sobrepunha às autoridades locais, indicando clara prevalência dos tribunais reais sobre estas jurisdições.

[4] Podemos vislumbrar nesse período nítida influência da Carta Magna de João Sem Terra, outorgada em 1215, que é verdadeiro estatuto fundamental político e jurídico, que fincou as bases da garantia do devido processo legal.

Este sistema só veio a evoluir novamente em 1285 com Eduardo I e a proclamação do *Statute of Westminster II*, pela conciliação entre as exigências dos feudatários e a liberalidade dos *writs* de antes de 1258. Como nos ensina Mario G Losano, aqui, poder-se-ia conceder novos *writs*, mas apenas para "satisfazer pretensões análogas às já existentes antes das *Provisions of Oxford*, (...) essa decisão reiniciou o processo evolutivo do *common law*, porém segundo esquemas mais conservadores". (2007, p. 330). O chanceler até poderia outorgar *writs*, mas apenas aqueles que apresentassem semelhança com outros casos análogos.

Esta possibilidade de emitir *writs* e a efetividade jurisdicional dos Tribunais Reais de Westminster (que asseguravam o comparecimento das testemunhas e a execução de suas decisões) ampliam a sua competência pelas solicitações dos particulares. Como bem nos alerta René David: "Foram estas as causas pelas quais, no final da Idade Média, os Tribunais Reais são os únicos a administrar a justiça" (1993, p.288)

O que precisa ficar evidente é o fato de que desde a conquista normanda, era possível recorrer em grau de apelação ao rei contra as decisões dos tribunais reais. Tal prerrogativa real foi direcionada ao Lorde Chanceler, que tendia a decidir os casos com base em normas mais morais do que jurídicas. Esta jurisdição era chamada de *equity* [5][6] (LOSANO, 2007, p. 330).

Novamente Guido Soares complementa o assunto (1997, p. 177):

> (...) tal sistema, formalístico e rígido, logo deveria sofrer radicais modificações, premido pelos fatos das patentes injustiças; os recursos ao Rei, fora das regras processuais da "*common law*", aos poucos, se tornam possíveis, sendo que o Rei os decidia, em matéria de consciência e não mais por motivos estritamente jurídicos.

Esta possibilidade de julgamento com base em subjetividades colidiu amplamente com a proposta do *common law*, apresentando sentenças conflitantes para casos análogos.

Já no terceiro período de desenvolvimento do direito inglês (1485 a 1832), em razão das contradições apresentadas pelo sistema judiciário (alhures mencionado), em 1616, Francis Bacon, nomeado por James I para a resolução de um caso de clamoroso conflito, decidiu que

---

[5] René David bem explica o que representou a *equity* ao cenário da common law (1993, p. 295) "Elaborada na estrita dependência de processos formalistas, a *common law* estava exposta a um perigo guplo: o de não pode desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de leis. Depois da sua notável expansão no século XIII, ela não escapou a qualquer destes perigos, e veio, por isto, a correr um enorme risco: o de ver formar-se, em face dela, um sistema rival pelo qual seria, com o decorrer do tempo, abafada e suplantada, como acontecera em Roma com o direito civil antigo, na época clássica, que se viu suplantado pelo direito pretoriano. Esse sistema rival é a *equity*".

[6] A *Equity* era aplicada pelas chamadas "*Courts of Chancery*", que rivalizavam com os tribunais de Westminster. A *Equity* era um corpo de normas específicas desses tribunais e apoiavam-se no direito canônico. O Rei, por questões guerras internas, impossibilitado de reunir seu conselho e decidir, delegava esta função ao Chanceler. Quando os particulares buscavam este recurso, o faziam imbuídos de sentimento de injustiça pelo provimento lhes dirigido pelos tribunais Reais.

nesses casos de choque entre lei comum e *equity*, esta última deveria prevalecer. (LOSANO, 2007, p. 331).

Esta prerrogativa de aplicação da *equity* em detrimento do *common law* conduziu o sistema à insegurança jurídica por não centrar-se nas normas jurídicas, mas na discricionariedade do *Lord Chanceler*. Assim, em 1873, inaugurando o quarto período da construção do direito inglês, através do *Judicature Act*, houve a conciliação entre *common law* e *Equity*, que deveriam ser administrados pelos mesmos tribunais (LOSANO, 2007, p. 331).

O sistema judiciário inglês somente foi estruturado nos moldes atuais no período entre 1873 e 1907. O *Judicature Act* não apenas fundiu *common law* e *equity* mas criou uma Corte de apelação (*Court of Appeal*) e uma Suprema Corte (*High Court*). A partir de então, todas as jurisdições inglesas têm competência para aplicar as regras de ambos os sistemas. (LOSANO, 2007, p. 332).

O modelo inglês foi expandido aos Estados Unidos apenas no século XVII. Em princípio, a *common law* inglesa era aplicada, dada a relação entre colônia e metrópole. No entanto, este sistema inglês somente poderia ser aplicado na medida em que as suas regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes nas colônias. (DAVID, 1993, p. 359).

Em suma, passado certo tempo, fica evidente que as leis inglesas são absolutamente incompatíveis e antiquadas em relação ao modo de vida das colônias, que apresentam problemas novos, sem respostas satisfatórias provenientes da common law. Além disso, muitos dos colonos teriam sido perseguidos e obrigados a emigrar da Inglarerra, fato este que gerava resistência ao modelo inglês. (DAVID, 1993, p. 360):

O cenário passa a se alterar no século XVIII, com a melhoria das condições de vida dos colonos. Sente-se a necessidade de um direito mais evoluído. A *common law* passa a ser vista de outra forma, sendo dirigida à proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real. Assim, inicia-se um movimento no sentido de se aplicar de maneira mais geral a lei comum, pela utilização de algumas leis inglesas nos tribunais americanos. (DAVID, 1993 P. 360/361).

Com a independência americana em 1776, cria-se para as ex-colônias inglesas, agora chamadas de Estados Unidos da América, condições novas. Há a necessidade de se consolidar a autonomia do direito americano, o que ocorreu com as declarações de direitos e a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787. Neste dado momento, pairava a dúvida sobre a manutenção da *common law* ou a utilização de um sistema codificado. (DAVID, 1993 P. 361).

Em que pesem alguns movimentos tipicamente positivistas, os Estados Unidos acabaram por se manter no sistema *common law*. O que precisa ser discutido é que, mesmo com

essa manutenção, as pressões pela codificação levou a diferenciações significativas entre o modelo americano e o inglês. Nos EUA o direito em si está marcado por uma originalidade que o torna substancialmente diverso do modelo inglês, sendo que múltiplos temas são tratados sob a égide do modelo romano-germânico[7]. Esta originalidade é abordada por Guido Soares (1999, p. 59):

> Além da organização federal, desconhecida na Inglaterra (...), o direito dos EUA é, convém insistir, dominado pela transcendental importância de uma Constituição Federal, rígida e escrita, igualmente fenômeno que a Inglaterra desconhece. Na verdade, o mais típico traço diferenciador entre EUA e Inglaterra está, precisamente, na maior sacralidade que o *statute law* tem naquele *stricto sensu*.

Sendo assim, a análise da construção do direito inglês alhures apresentada, e que é a pedra filosofal do sistema que deveras se estuda, além de alguns breves traços do modelo americano (considerado, de certa forma, um sistema misto), revelam um enredo fático histórico de estruturação em que o direito em si é produzido sobretudo dentro dos tribunais pela atividade jurisdicional dos magistrados, como veremos a seguir

2.2. *Common Law*, Aspectos gerais.

Os sistemas que se declaram adeptos do *common law* representam a derivação da influência inglesa, que como já dito, valoriza sobretudo o direito oriundo da atividade dos magistrados nos tribunais.

De início, faz-se mister compreender-se o grande foco deste sistema, que nos é brilhantemente apresentado por Guido Soares: "Na *common law*, a ideia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas" (1999, p.53).

Nas palavras de Norberto Bobbio, podemos vislumbrar bem esta característica (1909, p. 33):

> A common law não é o direito comum de origem romana, do qual falamos no parágrafo anterior, mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório). O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei, e num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento).

[7] Guido Soares menciona que no caso de julgamentos sobre divórcio e sistema da família no Estado da Louisiana, por exemplo, teremos procedimento e direito material tipicamente pautados em uma legislação escrita e preponderante. (SOARES, 1999, p. 59)

Pragmaticamente, como dito, este sistema tem como elementos norteadores os casos já julgados, ou seja, as decisões judiciais já proferidas anteriormente e cujas soluções se revelam como vinculantes e necessariamente observadas em (novos) julgamentos posteriores (CARPENA, 2010, p. 4).

Pela consumação dos interesses sociais construídos costumeiramente de maneira histórica, o *common law* se apresenta como direito oriundo dessa inter-relação entre o direito factual e aquele consolidado pelos tribunais como expressão de justiça.

De acordo com Guido Soares, e ainda nesse sentido, teríamos este sistema como bem representado pela figura de uma colcha de retalhos, que cumpriria com perfeição a sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, pensar nos seus ferimentos, representados pelas violações da paz social. (1999, p.54)

Ademais, há a necessidade de correção de algumas inconsistências geradas por falsas definições deste sistema como sendo (apenas) um "direito costumeiro". A concepção de um direito costumeiro não advém do povo, mas do prestigio do órgão que elabora a jurisprudência. É nesse contexto que emana o chamado precedente obrigatório, que declara a existência de uma norma jurídica para o fato em análise, sendo este provimento jurisdicional a fonte primeira formal do direito. Nesse sentido, há autores consideram a jurisprudência como evento costumeiro no sentido da repetição de julgados que se dirigem à formação de uma regra jurídica que, por método indutivo será conduzido analogicamente a outros casos semelhantes. (SOARES, 1999, P. 51)

Nesse sentido, nos ensina Marcio Carpena (2010, p. 8)

> É por razões históricas, e de longa data, que o *common law* se caracteriza pela eleição do precedente como fonte primária, sendo tal força vinculativa das decisões, como se registrou, elemento central de tal estrutura jurídica. De se registrar que os precedentes ostentam o condão de vincular a decisão proferida aos casos posteriores, ainda que tal decisão não pareça a mais correta (...)
> O seguimento de um precedente para os integrantes do *common law* é, pois, a materialização do que já foi definido e que, por tal razão e para manter a segurança jurídica, não pode ser modificado. É que, segundo a concepção existente, uma vez tendo sido a situação julgada, a sociedade já teria absorvido aquela decisão como norma de conduta não sendo razoável então, posteriormente, alterá-la.

A decisão judicial uniformizada por meio do precedente representa a consolidação do princípio da segurança jurídica frente a todo o exposto, como bem nos ensina Sérgio Gilberto Porto (s/a, p. 9)

> Na mesma jurisdição, o direito deve dar a mesma resposta para as mesmas questões legais. Para desenvolver o direito uniformemente e através do sistema judicial, as Cortes devem respeitar as resoluções hierarquicamente superiores. Trata-se, pois, do prestígio ao valor "segurança jurídica".

Se falamos de incorreções a respeito do sistema *common law*, novamente precisamos quebrar paradigmas. Quando se elenca o papel jurisprudencial como fonte do direito, não podemos nos olvidar de que, obviamente, o magistrado precisa se apegar à lei. No entanto, neste sistema, a flexibilidade é muito maior. O magistrado não dá tanta reverência ao texto legal. Ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal; ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, investiga diversas decisões sobre a questão em xeque e quais são as regras jurídicas a serem extraídas desse acúmulo histórico-normativo-decisional para a solução do caso específico (ABBOUD, 2015, P. 327).

Nesse sentido, brilhantes as palavras empregadas por Mauro Cappelletti (1993, p. 123):

> Nos países de "Civil Law", tende-se a identificar o direito com a lei, com a consequência de que, também em face da lacuna legislativa, entende-se ou se pretende entender, que de qualquer modo o juiz não faz senão aplicar a lei, na medida em que a lacuna é suprida com argumento por analogia ou a contrário da própria lei, ou dos princípios desta extraídos. Nos países de "common law, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito. Em face da lacuna o juiz daqueles países sabe que sempre há, para além da lei, o "common law", ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes, que disciplinará as relações jurídicas das partes (não disciplinada pela lei).

Deste modo, temos um modelo peculiar que marca o sistema ora estudado: a concentração da principal fonte do direito nas decisões judiciais e nos precedentes, que consolidam o direito histórico ínsito no seio da sociedade e garante a manutenção da segurança jurídica nesse sentido por meio da aplicação análoga a casos concretos que versem sobre a mesma matéria e/ou mesmo enredo fático.

Como bem nos ensina Georges Abboud (2015, p. 327):

> (...) não está se afirmando que no common law é permitido ao magistrado negar-se a cumprir a lei. Ocorre que essa tradição jurídica é mais aberta e flexível quanto a esta questão, justamente em virtude da posição e da função exercida pela lei que, além de não ser considerada principal forma de manifestação e desenvolvimento do próprio direito, atua de forma mais restrita (...)

Muito embora tenhamos no sistema jurídico brasileiro um apego maior à lei, derivado da influência romano-germânica (*civil law*), que limita a jurisprudência aos códigos e com força normativa inferior em relação à legislação, a evolução de nosso sistema jurídico nos revela diversos traços característicos da cultura e tradição da common law, os quais, em suas principais características e aspectos trataremos a seguir.

3. DA INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Como acima assinalado, os juristas americanos, a exemplo de Steven H. Gifis resumem os dois sistemas da seguinte maneira (1996, p.): "Roman law embodied in the Justinian Code (Codex Justinianus) and presently prevailing in most Western European States. It is also the foundation of the law of Lousiania. Civil law is based on statutes as opposed to court decisions" [8].

Relembre-se, ainda, a conclusão da Professora Harriet Christiane Zistscher (1999) de que o "direito inglês é o ordenamento-mãe de toda a família common law, e o ordenamento jurídico alemão é um dos representantes da família romano-germânica, mais precisamente, o representante principal da subfamília romano-germânica".

De sabença comum que o Brasil, desde a influência colonial portuguesa, sempre foi um ferrenho e ardoroso seguidor do sistema romano-germânico.

Conquanto haja um intenso e rico debate sobre qual modelo seria mais eficiente, e nem é esse o objetivo do presente trabalho, o fato é que (constatação empírica) no Brasil ninguém em sã consciência é capaz de duvidar que algo deu muito errado nesta adoção da hegemonia absoluta do sistema romano-germânico, posto a tonitruante ineficácia, morosidade e o descrédito que enfrentam o judiciário brasileiro desde há muito são representados pelo decantado estado de crise (MOREIRA, 2004).

Nessa linha, como não poderia deixar de ser, justamente na tentativa de buscar soluções para tal ineficiência, paulatinamente elementos da *common law* foram sendo incorporados em nosso ordenamento jurídico, culminando com o Código de Processo Civil de 2015, onde da sua própria Exposição de Motivos se extrai que:

> Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize

Da inteligência deste breve trecho é inegável a consagração expressa e literal da máxima do *common law*, no sentido de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

[8] Tradução livre: Direito Romano incorporado no Código Justiniano (Codex Justinianus) e atualmente prevalece na maioria dos Estados da Europa Ocidental. Ele também é o fundamento da lei de Louisiana. O *Civil Law* é baseado em estatutos em oposição a decisões judiciais.

Antes mesmo da vigência do novo Código, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 47) já apontava a necessidade do Superior Tribunal de Justiça, muito mais do que uma simples Corte de Revisão, atuar como verdadeira Corte de Precedentes pois:

> A falta de uma Corte de Precedentes, relacionada ao direito infraconstitucional, além de gerar tratamento diferenciado em face do direito, não permite que se tenha uma ordem jurídica coerente. A coerência do direito, diante da função judicial contemporânea, obviamente exige que as decisões judiciais guardem coerência, o que não existe quando casos similares recebem respostas diferentes. Note-se que a falta de coerência no que é dito envolve uma falta de 'sentido'. O direito dos juízes, visto como discurso do Poder Judiciário, não guarda coerência quando formado por decisões que conferem significados díspares ao mesmo texto legal. Na verdade, no caso de decisões que afirmam significados diferentes a um mesmo texto, não há sequer como pensar em direito dos juízes ou em discurso do Poder Judiciário; desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário.

Fredie Didier Jr., por seu turno, explicita que a técnica das cláusulas gerais incorporadas no sistema processual aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*, porquanto a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais, permitindo, ainda, ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgado. (2011, p. 31).

O Autor ainda ensina que (2011, p. 31):

> (...) as cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à autorresponsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides.* O legislador transformou o seu trabalho - através da referência à 'boa-fé', aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. - em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar

Nessa ordem de ideias, conclusão incontornável é de que nosso ordenamento atualmente está impregnado de conceitos e princípios do sistema do *common law,* conceitos e princípios esses que, paradoxalmente, foram positivados em normas codificadoras.

Esta lenta e gradual aproximação do nosso sistema romano-germânico para o sistema do "direito dos precedentes" obviamente gera a necessidade de uma nova visão na formação dos operadores do direito, porquanto desenganadamente o tradicional método da *subsunção* do fato ao enunciado normativo não mais corresponde à realidade do ordenamento contemporâneo.

Dito ainda de outra forma: na medida em que nosso ordenamento foi se moldando segundo princípios de um sistema jurídico que antes nos era estranho, surge a necessidade de uma nova metodologia no ensino do Direito.

Se antes bastava o método expositivo dialogado, com a apresentação e explicação das fontes do direito para depois induzir o aluno a concluir qual seria a regra legal a ser aplicada a

um caso concreto, hoje é preciso que o futuro bacharel esteja familiarizado com os conceitos de julgamento de recurso repetitivo representativo de controvérsia, súmulas vinculantes, repercussão geral, cláusulas gerais processuais abertas, identificar o que é um precedente, etc., de tal sorte que a solução para o caso concreto não mais reside no rígido estudo da lei e na sua aplicação casuística.

Portanto, pode-se concluir novamente com Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 5) que:

> A estabilidade dos precedentes das Supremas Cortes, bem vistas as coisas, é a estabilidade do próprio direito. Portanto, ao contrário do que supunha a generalidade dos juristas de *civil law*, a 'certeza do direito' não pode ser considerada privilégio da lei. Atualmente, mais do que nunca no *civil law*, o respeito aos precedentes é fundamental para a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade. A eficácia obrigatória dos precedentes, assim, não apenas tem significado diferente do de eficácia geral da lei como é necessário para dar estabilidade a um direito de nova consistência

Em suma: nosso ordenamento mudou e, evidentemente, tal mudança traz intrínseca a necessidade de mudança no método de ensino para que os futuros operadores do sistema possam ser capazes de entende-lo.

4. DA INSUFICIÊNCIA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL PELO TRADICIONAL MÉTODO EXPOSITIVO DIALOGADO FRENTE AOS CAMINHOS AOS QUAIS SE DIRECIONA O DIREITO BRASILEIRO: APRESENTAÇÃO DO *PROBLEM BASED LEARNING* COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO

Por todo o exposto na discussão que acima se apresentou, o clássico método de ensino expositivo dialogado (derivado primordialmente do sistema romano germânico), utilizado como regra nas Universidades, Centros Universitários e Faculdades de Direito espalhados por todo o país, se mostra defasado e incompleto à formação de operadores do Direito capazes de aliar a técnica à prática jurídica bem como de discernir além da estrita legalidade. A atuação do Judiciário não se mostra nesses moldes. Relações de causa e consequência estão bastante distantes do novo panorama jurídico trazido pelo sistema brasileiro, principalmente após a consolidação do neoconstitucionalismo e a infinitude de interpretações possíveis pelos Tribunais Superiores no exercício de suas funções.

Além disso, atualmente, a atuação do jurista não se resume apenas ao patrocínio de causas junto aos tribunais judiciais ou administrativos, mas também se dá de maneira consultiva a empresas, organizações privadas e até mesmo do Estado. Do mesmo modo, muitos têm se

dedicado ao magistério e aos concursos públicos, o que indica a necessidade de que novas habilidades e capacidades sejam desenvolvidas pelo aluno durante o curso de direito.

Diante desse cenário, vivemos uma crise no ensino do Direito no Brasil, que segue o mesmo padrão e modelo linear, sem maiores saltos ou rupturas de pensamento, decorrente do tradicional método expositivo-dialogado, que acaba por repetir teorias e conceitos jurídicos já fundamentados e consolidados, se distanciando da realidade social brasileira e do próprio sistema judicial e jurídico brasileiro que é deveras dinâmico.

Neste modelo, que em última análise acaba se revelando meramente expositivo e não dialogado, sobreleva-se a disparidade entre teoria e prática. Os alunos perdem a capacidade de direcionar o conteúdo exposto às situações práticas e cotidianas junto ao Judiciário e à sociedade.

Tal percepção é latente desde 1955 com San Tiago Dantas, que em sua aula inaugural na Faculdade Nacional do Rio de Janeiro, salientou que o problema do ensino jurídico no Brasil poderia ser analisado como uma projeção do problema geral do ensino superior e de todo o sistema educacional; e como um aspecto da própria cultura jurídica. Diante desse diagnóstico, afirmava que as universidades estavam em um processo de burocratização estéril e falta de criatividade e preocupação com o novo, sendo meros centros de reprodução de conhecimentos tradicionais. (A*pud* Rodrigues, 2002, p. 20).

Ademais, San Tiago Dantas (*Apud* Rodrigues, p. 21) seguiu com seu raciocínio crítico:

> O ponto de onde, a meu ver, devemos partir, nesse exame do ensino que hoje praticamos, é o próprio objetivo da educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas e, sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático.

Vejamos. Já se passaram mais de 60 anos dessa aula inaugural de San Tiago Dantas, mas nos parece que o mundo do ensino jurídico permanece praticamente o mesmo. A sua fala é perfeitamente aplicável ao que vemos na grande maioria dos cursos e salas de Direito no Brasil. (RODRIGUES, P. 21). Se revela, portanto, a crise (que se instalou há mais de 60 anos e se perpetua).

Diante do enredo fático apresentado, bem como das linhas gerais (alhures expostas) que revelam a crise do ensino jurídico no Brasil, e a alta influência do modelo inglês/americano no sistema Brasileiro, o método de ensino de nossas universidades carece de reforma, cabendo-

nos destacar, inicialmente, o chamado "Case System", criado e historicamente utilizado nas universidades dos Estados Unidos.

Introduzido pelo professor Langdell, partia da concepção de que "o modo mais fácil de dominar os princípios gerais nos quais se funda o direito era o de estudar as soluções dadas pelos tribunais aos casos correntes" (BARRETO FILHO, s/a, p. 15). O estudo nesses moldes conduziria os alunos à análise dos chamados julgados principais, chamados de *"leading cases"*, que, como precedentes, haviam firmado o direito em seus diversos campos.

Tal ferramenta de ensino levou os professores americanos a abandonarem o método tradicional de preleções e a compor as aulas com questões e discutir com os alunos alguns casos que levariam a conclusões hipotéticas infinitas na busca por soluções adequadas. Neste método, o estudo do direito levaria os aprendizes à análise crítica de casos particulares, induzindo à elaboração de princípios gerais aplicáveis ao cenário jurídico em questão (BARRETO FILHO, s/a, p. 16).

De acordo com Oscar Barreto Filho (s/a, p.17):

> O método de casos se coaduna com o sistema da "common law", peculiar ao direito anglo-americano, que se baseia nos precedentes judiciários, ao contrario dos países de "civil law" (Europa continental e America latina), que fundam o direito nos textos da lei.

Diante da nova realidade jurídica brasileira (conjugada com elementos da *common law)* e, face à latente implantação de um sistema que trará de maneira ainda mais visível esta conexão, pela entrada em vigor do Novo Código de processo Civil brasileiro, urge a implantação de novas metodologias de ensino no cenário nacional, a fim de proporcionar aos alunos de direito um sistema com aulas tanto expositivas quanto ativas, como no modelo do *case law* brevemente exposto.

O método ativo de aprendizagem denominado "*problem based learning*" (aprendizagem problematizada) é, sem sombra de dúvidas um excelente caminho a ser seguido em vistas à otimização do ensino e do aprendizado jurídicos neste novo cenário brasileiro, representando verdadeira evolução ao antigo sistema americano de aprendizagem por casos.

Ensina Angélica Lucia Carlini (2005, p. 101):

> A aprendizagem baseada em problemas é mais do que uma técnica ou uma metodologia de ensino-aprendizagem. É um paradigma em que se propõe ao aprendiz que se torne o principal responsável pela aquisição do conhecimento e nessa condição se relacione com outros aprendizes buscando trocar pesquisas e informações, construindo uma relação de cooperação que possa trazer elementos capazes de agregar novas informações e novas formas de interagir.

Prossegue a autora (2005, p. 101)

> O problema é o ponto central do paradigma, mas ele não é um fim em si mesmo. A solução do problema é importante para permitir ao aluno se apropriar do conhecimento, porém mais importante que o resultado encontrado são os caminhos para se chegar até eles. Esses caminhos se iniciam com a determinação dos objetivos de aprendizagem, se desenvolvem com momentos de estudo individual e discussão em grupo e se completam com a integração das pesquisas realizadas pelos alunos.

O método é desenvolvido em sala de aula, basicamente sob o seguinte procedimento: o professor divide a sala em grupos, estabelecendo um número de participantes (o professor fica livre para coordenar e conduzir a sala na formação dos grupos, que poderão ter tantos integrantes quantos o professor entender necessários). Com os grupos já definidos, o ensinante apresenta o problema em linhas gerais, que será amplamente analisado pelos alunos.

Em um primeiro momento, o grupo formado debate em sala e traça as metas para o seguimento do trabalho. Em seguida, cada aluno se responsabiliza por pesquisar e cumprir o cronograma estabelecido para o grupo, e deve levar a sua tarefa pronta ao novo encontro que ocorre em sala de aula, em data marcada pelo professor.

A partir da reunião de todas as pesquisas individuais realizadas pelos alunos, o grupo elabora uma solução para o problema, considerando cada um dos aspectos, vértices, nuances e detalhes das pesquisas realizadas.

O papel do professor neste processo é de facilitador. Irá orientar os alunos na pesquisa, na apresentação do material obtido, na discussão e na solução do problema no grupo.

O interessante deste método de aprendizagem ativa é justamente o fato de que o aluno se torna um vetor de conhecimento, no sentido de se habituar à pesquisa, ao estudo e à busca constante pelo conhecimento. Ainda, o método estimula o raciocínio dialético no sentido da realização de debates e confrontos teóricos em grupo. Ademais, o *problem based learning* revela o fato de que a aprendizagem não se encerra com a solução do problema, como nos ensina, mais uma vez, Angélica Lucia Calini (2005, p. 102):

> O problema é o desencadeador do processo de aprendizagem, mas solucioná-lo não é o único momento de aprendizagem que o aluno vivencia. A busca de informações de maneira individual e coletiva, a proximidade do problema com a realidade e o desenvolvimento da aprendizagem de forma contínua, são os elementos responsáveis pela construção do conhecimento do aprendiz.

Imagine-se o método de aprendizagem que ora se apresenta aplicado à nova realidade do judiciário brasileiro, com a consolidação dos precedentes, evidente traço do sistema da *common law*. Aos estudantes de direito, que jamais tiveram contato com este modelo, se torna algo praticamente intangível quando meramente apresentado de forma expositiva dialogada.

O *problem based learning* revela uma total afinidade com esse sistema, já relembrando o sistema do *case law* americano. O professor de direito apresenta um problema e, pelo mesmo procedimento acima mencionado, os alunos são estimulados a atuarem como ministros dos tribunais superiores no sentido de solucionar o problema e proferir verdadeiro (fictício) acórdão, sob orientação, monitoria e coordenação do professor.

A partir do momento em que elaboram o julgado devidamente fundamentado e estruturado nos moldes das Cortes superiores, o professor lhes apresenta o precedente real de força vinculante proferido como solução daquele caso concreto. Aos alunos cabe, então, questionarem os fundamentos de sua decisão em método comparativo.

Tal dinâmica de aprendizado se revela extremamente útil e enriquecedora. Além de despertar o aluno à busca de conhecimento de maneira ativa pelas pesquisas individuais, debates e trabalho em grupo, para ao final elaborar um precedente judicial, quando deparados com a solução dada pelos tribunais brasileiros, desenvolverão raciocínio crítico sobre sua própria participação, confrontando o próprio conhecimento que (auto) construíram, e além disso, ainda terão contato direto com o sistema jurídico brasileiro e suas novas modalidades de prestação jurisdicional e uniformização de julgados.

Um relato de aluno que participou deste processo de aprendizagem ativa, mencionado na Tese de doutorado pela PUC da professora Angélica Carlini Comprova estes efeitos (2005, p. 261):

> Tem dois pontos positivos: o primeiro me forçou como estudante a ir atrás de soluções, correr atrás, não só das soluções, mas de como encontrar soluções. Muitas coisas em razão da mudança do mundo atual não têm uma solução pronta, eu não sabia como achar. Eu via na sala de aula tantos códigos, tantas leis, e eu me perguntava 'meu Deus do Céu', como eu vou resolver tantas situações, tantas coisas como profissional? Eu aprendi isso. E o segundo ponto é, já como profissional formado, me deu uma noção de como eu vou agir como profissional formado, a partir da OAB.

Diante disso, no Brasil, diversas instituições de ensino têm se mobilizado à implantação destes métodos em sua grade curricular, capacitando, treinando e incentivando seus professores à utilização das metodologias ativas como diferencial à formação dos jovens juristas.

Estas instituições, todas membras do consórcio "Sthem Brasil" (em inglês, STHEM: Science, Technology, Humanity, Engineering and Mathematics), programa afiliado com a Universidade de Harvard (LASPAU[9]), ousam em inovar a educação superior brasileira na busca de melhores resultados e de maior qualidade no ensino.

[9] O LASPAU é um programa Acadêmico e Profissional para as américas, afiliado com a Universidade de Harvard, e se dedica a fortalecer o ensino superior no ocidente. O foco do programa é a criação de programas personalizados para melhoria do ensino e da aprendizagem. Esta iniciativa, chamada de IDIA – Iniciativa para o Desenvolvimento

Diante dessa convergência de ideias e dos diagnósticos percebidos através do estudo dos perfis dos alunos dos diferentes cursos de graduação no território brasileiro, as diversas instituições membras do consórcio elegeram um comitê gestor, composto por líderes de Instituições de Ensino Superior do setor privado para estabelecer normas e critérios a fim de alcançarem os objetivos institucionais definidos pelo comitê[10].

O que nos traz alento é justamente o fato de que diversas instituições de ensino como ESPM, UNESP, TOLEDO, UNISAL, UERJ e tantas outras instituições membras deste consórcio têm se mobilizado no sentido de revolucionar e proporcionar um ensino superior mais adequado à necessidade dos alunos e da realidade do profissional que se forma nas bancadas acadêmicas pelo Brasil.

Esta possibilidade aplicada ao Direito, que tanto muda, que tanto se revela multifacetado e diante dos novos mecanismos processuais apresentados pelo novo código de processo civil, que consolida e regulamenta alguns institutos característicos da *common law* (já abordados) se mostra altamente relevante e indispensável à plena aprendizagem do aluno, dada a completa superação do tradicional (e antiquado) método exclusivamente expositivo dialogado frente ao cenário jurídico brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a apresentação da construção histórica do *common law*, perseguiu o presente estudo a definição e configuração deste sistema e suas principais características. Frente aos mais variados traços a ele inerentes, abordou-se, em linhas gerais, de que maneira estas concepções

da inovação acadêmica já elaborou e implementou 45 programas de ensino e aprendizagem em 21 países da América Latina e Caribe e estabeleceu uma rede global com mais de 120 facilitadores de programas de universidades como a Harvard University, Olin College of Engineering, Massachussetts Institute of Tecnology. (Sthem Brasil, 2016, s/p)

[10] Atualmente o comitê é formado pelas seguintes IES: UNISAL; UNIFEI; ESPM; TOLEDO PRESIDENTE PRUDENTE E UNISUAM. Dentre as metas traçadas para os anos de 2014/2015, podemos destacar as seguintes divulgadas no site oficial do consórcio: 1- Capacitar 100 professores das IES participantes do Consórcio, no mês de maio de 2014, no tema da metodologia ativa. 2- Gerar um efeito multiplicador nas Instituições participantes do Consórcio. Sendo 500 em 2015. 3- Avaliar (avaliação dos gestores e autoavaliação) o resultado da aplicação das metodologias dos professores que participaram do curso presencial e do acompanhamento online. Aplicar a avaliação até 30 de novembro. O Comitê avaliará o resultado dessa avaliação.4- Elaborar um instrumento de verificação sobre quais as metodologias ativas (mapeamento) estão sendo aplicadas, até o mês de setembro. 4.1- Criar um evento científico em março de 2015 para que cada IES apresente seus cases. Nesse evento, será lançada a revista científica. 4.2- Os critérios da publicação na revista científica serão definidos pelo comitê gestor e previamente divulgados. 5- Até agosto de 2015, será publicada uma revista científica com o tema das metodologias ativas. 6- Propor cooperação com as empresas para que apresentem 1 ou 2 problemas (casos, falhas no processo, projetos de futuro, inovação e outros) enfrentados no seu cotidiano para que as IES participantes – grupo de trabalho misto – possam buscar alternativas, via metodologias ativas, para a solução dos problemas. 7- Captar, no mínimo, 3 situações de cooperação com as empresas até 2015.

são aplicadas à realidade jurídica brasileira, exibindo uma clara intersecção entre o *civil law* romano-germânico e o modelo inglês/americano.

Deste modo, como visto, o Direito não é estático e está em constante mutação, evoluindo conforme as demandas da sociedade se apresentam.

O sistema romano-germânico predominante no Brasil mostrou-se ineficiente, mormente se considerarmos a constante crise do Judiciário, que deixa os cidadãos à mercê de uma prestação jurisdicional morosa, quando não altamente imprevisível.

Diante disso, gradualmente foram sendo incorporados princípios e soluções do *common law*, que hoje se encontram plasmados no Código de Processo Civil de 2015.

A decantada crise do Judiciário e as apostas abrigadas pelos legisladores para sua solução não é estanque da crise do ensino jurídico, exigindo novos métodos de ensino para que o futuro operador possa compreender esta sua nova consistência do direito, em que um sistema antes tradicionalmente rígido, como é o romano-germânico, hoje é íntimo do sistema saxão do *common law.*

Diante desta realidade, em seguida, apontou-se, ainda que brevemente, para as deficiências do sistema de ensino jurídico no Brasil, que ainda segue o tradicional método expositivo dialogado, completamente defasado e inapto à preparação de futuros operadores do Direito diante de um sistema híbrido que se delineia.

Nesta perspectiva, apresentou-se o método de aprendizagem baseada em problemas (*problem based learning*) como possível solução à adversidade apresentada, na medida em que conduz o aluno ao contato direto com casos práticos, à familiarização com procedimentos inerentes ao sistema jurídico brasileiro e à detenção da produção do próprio conhecimento.

Por derradeiro, acima de questões técnicas e metodológicas, não se pode olvidar do alerta do consagrado George Steiner de que a rotina pedagógica desgarrada da realidade é assassina e metaforicamente um pecado, diminuindo o aluno e reduzindo o assunto apresentado a algo completamente sem sentido, corroendo a sensibilidade (e capacidade cognitiva) do aluno com o mais poderoso dos ácidos, qual seja, o tédio com os eflúvios perniciosos do enfado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Introdução à teoria e à filosofia do direito** / Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARRETO FILHO, Oscar. **Novos métodos no ensino do direito: a experiência americana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1968, disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66567, acesso em 19 de março de 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/ tradução e notas Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo. Icone: 1995

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 de março de 2016.

CARLINI, Angélica Luciá. **Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de Direito**: projeto exploratório na área de relações de consumo. Tese (Doutorado em Educação) – Pontíficia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARPENA, Marcio Louzada. **Os Poderes do Juiz no Common Law**. Revista de Processo nº 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo. Editora dos Tribunais. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf acesso em 15 de março de2016.

DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas Gerais Processuais**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 44 - Setembro-Outubro/2011

GIFIS, Setevn. H. **Law Dictionary**. Barron´s, 1996: USA

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos grandes sistemas jurídicos europeus e extra europeus** / tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 54 - Maio-Junho/2013

_____. **O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC)**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil Nº 53 - Março-Abril/2013.

NETO, Francisco Quintanilha Véras. **Fundamentos de História Direito**/ Antonio Carlos Wolkmer, organizador. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em 15 de março de 2016.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**/ tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes. 1993.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I) O que é a "common law", em particular a dos EUA**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67360/69970 - Acesso em 15 de março de 2016

_____.. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 1999.

STEINER, George. **Lições dos Mestres***;* tradução de Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Record, 2005

STHEM Brasil. **O consórcio**. Disponível em: http://sthembrasil.com/site/o-consorcio/ acesso em 26 de março de 2016.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês**. Belo Horizonte Editora Del Rey:1999: