

CARACTERÍSTICAS GERAIS DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS IMPLICAÇÕES EM ACORDOS E CONTRATOS COMERCIAIS COM EMPRESAS ESTRANGEIRAS*

*Marina Gusmão de Mendonça***

Resumo: O crescimento chinês das últimas décadas vem causando grande impacto na economia mundial. Porém, a manutenção desse crescimento demanda suprimentos permanentes e garantidos de matérias-primas e energia, mercados cada vez mais amplos e fornecimento seguro de alimentos. Diante disso, a China vem desenvolvendo estratégias voltadas para a continuidade do crescimento, e uma das políticas adotadas tem sido a de se aproximar de governos de diversos países, inclusive da América Latina.

Diante da enorme capacidade do Brasil de produzir alimentos e minérios, e considerando o tamanho de seu mercado interno, o país se tornou um dos parceiros

* Texto apresentado no IV China-Latin America High-Level Academic Forum, com o tema “A community of destiny: cooperation in Latin America as a whole new stage, new goals, new challenges”, promovido pelo Instituto de Estudos Latino-Americanos da Academia Chinesa de Ciências Sociais (ILAS/CASS) e pela Editora de Ciências Sociais da China (SCCP), realizado na Shanghai University of Finance and Economics, entre os dias 20/11/2015 e 7/12/2015, em Shanghai, República Popular da China.

** Bacharel em História e em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre e Doutora em História Econômica pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP); possui Pós-Doutorado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – Campus de Marília; Professora Adjunta do Curso de Relações Internacionais da Escola Paulista de Política, Economia e Negócios (EPPEN) da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) – Campus de Osasco; Professora Colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – Campus de Marília (Endereço eletrônico: marinamendonca@uol.com.br).

privilegiados da China no continente. Essas relações, que adquiriram especial importância na década de 2000, se consolidaram em maio de 2015, durante a visita de Li Keqiang, primeiro-ministro da China, a Brasília, ocasião em que foram assinados 35 acordos, num valor superior a US\$ 50 bilhões em investimentos chineses em nosso país, especialmente nas áreas de tecnologia, infra-estrutura, energia e agricultura.

Todos esses acordos levantam uma questão de fundo: o problema das diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e chinês que, muitas vezes, levam a conflitos aparentemente incompreensíveis para nossos parceiros, mas que estão conformes as regras do ordenamento legal e do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. Para que não restem dúvidas a respeito dos principais traços dessas diferenças, faremos uma breve explanação das características do Direito brasileiro, procurando apontar suas origens e sua consolidação na estrutura do sistema jurídico Romano-Germânico.

Palavras-chave: Brasil; China; Relações Internacionais; Direito Brasileiro

Resumen: El crecimiento chino de las últimas décadas está causando un gran impacto en la economía mundial. Sin embargo, el sostenimiento de ese crecimiento demanda la provisión permanente y garantizada de materias primas y de energía, mercados cada vez más amplios, y el abastecimiento seguro de alimentos. Frente a esto, China se encuentra desarrollando estrategias orientadas a la continuidad del crecimiento, y una de las políticas adoptadas para ello ha sido la de aproximarse a gobiernos de países diversos, inclusive en América Latina.

Frente a la enorme capacidad de Brasil de producir alimentos y minerales, y considerando el tamaño de su mercado interno, el país se convirtió en uno de los socios privilegiados de China en el continente. Esas relaciones, que adquirieron una importancia especial en la década de 2000, se consolidaron en mayo de 2015, durante una visita del Primer Ministro de China, Li Keqiang, a Brasilia; en dicha ocasión se firmaron 35 acuerdos por un valor superior a 50 mil millones de dólares de inversión china en Brasil; especialmente, en las áreas de tecnología, infraestructura, energía y agricultura.

Todos esos acuerdos plantean una cuestión de fondo: el problema de las diferencias entre los sistemas jurídicos brasileiro y chino que, muchas veces, plantean conflictos aparentemente incomprensibles para nuestros socios, pero que derivan de la

conformidad a las reglas del ordenamiento legal y funcionamiento del Poder Judicial brasileiro. A fin de eliminar las dudas referentes a los rasgos principales de estas diferencias, daremos una breve explicación de las características del derecho brasileiro, buscando identificar sus orígenes y consolidación, en la estructura del sistema jurídico romano-germánico.

Palabras-clave: Brasil; China; Relaciones Internacionales; Derecho brasileiro

Abstract: Chinese growth in recent decades is having a major impact on the world economy. However, maintaining this growth requires permanent and guaranteed supplies of raw materials and energy, growing markets and safe food supply. Given this, China has been developing strategies aimed at the continuity of growth, and one of the policies adopted has been to approach governments in several countries, including Latin America. Given Brazil's large capacity to produce food and minerals, and considering the size of its domestic market, Brazil has become one of China's privileged partners on the continent. These relations, which became particularly important in the 2000s, were consolidated in May 2015, during the visit of Li Keqiang, China's Prime Minister, to Brasilia, where 35 agreements were signed, of more than US \$ 50 billion In Chinese investments in our country, especially in the areas of technology, infrastructure, energy and agriculture. All of these agreements raise a fundamental issue: the problem of differences between the Brazilian and Chinese legal systems, which often leads to conflicts that seem incomprehensible to our partners, but which comply with the rules of the legal system and the functioning of the Brazilian Judiciary Branch. So that there is no doubt about the main features of these differences, we will give a brief explanation of the characteristics of Brazilian Law, trying to point out its origins and its consolidation in the structure of the Roman-German legal system.

Keywords: Brazil; China; International Relations; Brazilian Law.

O crescimento chinês das últimas décadas vem causando grande impacto na economia mundial. Porém, a manutenção desse crescimento demanda suprimentos permanentes e garantidos de matérias-primas e energia, mercados cada vez mais amplos e fornecimento seguro de alimentos. Diante disso, a República Popular da China (RPC) vem desenvolvendo estratégias voltadas para a continuidade do crescimento, e uma das políticas adotadas tem sido a de se aproximar de governos de diversos países, inclusive da América Latina.

Um dos parceiros privilegiados da China no continente é o Brasil, notadamente pela enorme capacidade de nosso país de produzir alimentos e minérios, assim como pelo tamanho de seu mercado interno. E essas relações foram muito incrementadas a partir da década de 2000, tanto que a nação asiática se tornou a maior parceira comercial do Brasil.

A importância dessas relações foi consolidada em maio de 2015, durante a visita de Li Keqiang, primeiro-ministro da China, a Brasília, ocasião em que foram assinados 35 acordos, num valor superior a US\$ 50 bilhões em investimentos chineses em nosso país, especialmente nas áreas de tecnologia, infra-estrutura, energia e agricultura. Entre as empresas brasileiras beneficiárias dos acordos estão a Petrobrás, que deverá receber recursos de US\$ 7 bilhões, e a Embraer, que fornecerá cerca de 40 aviões para a RPC. No entanto, o principal destaque desses acordos é a construção de uma ferrovia para ligar o Brasil ao Oceano Pacífico, através do Peru. A estrada deverá baratear enormemente as exportações brasileiras para a China, além de permitir o aumento do intercâmbio entre os dois países, sem a necessidade de passar pelo Canal do Panamá.

Todos esses acordos levantam uma questão de fundo: o problema das diferenças entre os sistemas jurídicos brasileiro e chinês que, muitas vezes, levam a conflitos aparentemente incompreensíveis para nossos parceiros, mas que estão conformes as regras do ordenamento legal e do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil. Para que não restem dúvidas a respeito dos principais traços dessas diferenças, faremos uma breve explanação das características do Direito brasileiro, procurando apontar suas origens e sua consolidação na estrutura do sistema jurídico Romano-Germânico.

A evolução dos sistemas jurídicos da família de Direito Romano-Germânico

Atualmente, duas famílias de sistemas jurídicos são encontradas em grande parte das nações do mundo: o Romano-Germânico e o da *Common Law*. O primeiro é dominante nos países da Europa continental e na América Latina, incluído o Brasil, e o segundo prevalece na Inglaterra e em suas ex-colônias, nos Estados Unidos (EUA), na Austrália e no Canadá. Além destes, são importantes ainda as concepções de direito existentes nos países muçulmanos, na Índia, na China, no Japão, no Extremo Oriente e na África Subsaariana.

Todos esses sistemas apresentam diferenças fundamentais, tanto no que diz respeito ao próprio ordenamento jurídico, como no que se refere à sua aplicação. Todos, sem exceção, buscam encontrar a maneira mais adequada de se fazer justiça. E é exatamente no que tange à idéia de justiça que se verificam os grandes debates acadêmicos a respeito da melhor forma de se aplicar o direito¹.

De todo modo, e no que diz respeito aos países cujos sistemas jurídicos pertencem à família Romano-Germânica, o primeiro aspecto a se salientar é que estes se formaram com base no Direito Romano, e suas normas

são concebidas (...) como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito (...). A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de “códigos” (DAVID, 1998, pp. 17-18).

Apesar de se vincular ao antigo Direito Romano, os sistemas jurídicos ligados a esta família se consolidaram lentamente. De certa forma, pode-se dizer que “*são continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram*” (DAVID, 1998, p. 25). E, ao que tudo indica, estes sistemas teriam surgido a partir do século XIII, na Europa continental.

De fato, até o século XIII, o direito apresentava-se, na Europa, com um caráter essencialmente consuetudinário. Foram o renascimento comercial e o aparecimento das cidades (BLOCH, 1982; HUIZINGA, s.d.; LE GOFF, s.d.; PIRENNE, 1968, PIRENNE, s.d.; e DUBY, 1988), naquele período, que levaram à percepção da necessidade do direito como elemento garantidor da ordem e da segurança. Como bem ressaltou René David, “deixa-se de confundir a religião e a moral com a

¹ Não pretendemos, neste texto, debater a noção de justiça, que preocupa os homens desde a Antigüidade, (veja-se, a propósito: ARISTÓTELES, 2011). De qualquer forma, e como bem salientou Tércio Sampaio Ferraz Jr., “*nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu senso moral, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável. Ao menos nesses termos existenciais é de reconhecer que a justiça confere ao direito um significado no sentido de razão de existir. Diz-se, assim, que o direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo. Ou seja, a perda ou a ausência do sentido de justiça é, por assim dizer, o máximo denominador comum de todas as formas de perturbação existencial, pois o homem ou a sociedade, cujo senso de justiça foi destruído, não resiste mais às circunstâncias e perde, de resto, o sentido do dever-ser do comportamento*” (FERRAZ Jr., 2003, p. 352). Para o debate acerca da idéia de justiça, vejam-se, especialmente: RAWLS, 2010; SEN, 2011; e MOORE Jr., 1987.

ordem civil e o direito; o direito vê-se reconhecer com uma função própria e uma autonomia que, no futuro, serão características dos modos de ver e da civilização ocidental” (DAVID, 1998, p. 31).

A difusão da idéia de que a sociedade deveria se fundar no direito se deu por meio das universidades (especialmente da Universidade de Bolonha, na Itália), que passaram a se dedicar ao estudo do Direito Romano e, subsidiariamente, do Direito Canônico. Somente a partir do século XVII, as universidades européias se voltariam também para o estudo dos direitos nacionais propriamente ditos, em que se mesclavam as idéias fundamentais do Direito Romano com as regras comuns das sociedades da época. Assim, nas “escolas de direito procura-se descobrir, com o auxílio dos textos romanos, as regras mais justas, as regras conformes a uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas” (DAVID, 1998, p. 35).

A partir de então, o direito passaria a ser sistematizado com base na razão, o que supunha a possibilidade de sua aplicação de maneira universal. Para tanto, contribuiu enormemente a chamada “escola do direito natural”, desenvolvida desde a Grécia Clássica, aceita em Roma e com grande repercussão na escolástica medieval. Nos séculos XVII e XVIII, foi reformulada sob a forma de um direito natural laico². Seus adeptos se afastavam da idéia de uma ordem natural concebida por Deus, defendendo a noção de uma ordem social criada por homens racionais³. Os “direitos naturais” do homem passaram a ser concebidos como resultado da própria personalidade de cada indivíduo. De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

² É preciso esclarecer que, segundo Eduardo Novoa Monreal, “a doutrina do chamado Direito Natural compreende uma grande variedade de escolas e teorias, desenvolvidas ao longo de mais de dois milênios, e que obedecem a concepções diferentes no que diz respeito a seus fundamentos, conteúdos e características. O denominador comum de todas elas seria a idéia de que existe, antes e acima do Direito Positivo, um conjunto de normas ou princípios básicos capazes de dar um conteúdo próprio às noções de justo e de injusto, válidos por si mesmos e fundamentados na natureza do homem. O Direito Natural pressupõe uma ordem jurídica a priori, passível de ser conhecida racionalmente, anterior a toda a legislação humana e com tal categoria que o legislador positivo não deve desconhecer-la; pelo contrário, cabe a este ajustar a este Direito os preceitos que dita e contribuir para que suas normas sejam obedecidas. Conseqüentemente, reconhece um dualismo no Direito. De um lado, um Direito Natural, superior, verdadeiro modelo ideal de princípios jurídicos para qualquer povo ou época; de outro, um Direito positivo, que cada país estabelece num momento dado dentro de seu próprio território. Se as leis positivas se distanciam das normas ou princípios do Direito Natural, convertem-se em meros mandatos ilegítimos, sem outro respaldo que a força” (MONREAL, 1977, p. 193; tradução nossa – MGM).

³ No século XVII, os principais autores e obras que inspiraram o desenvolvimento da concepção de direito natural foram: PUFENDORF, 2007; GROTIUS, 2005; e HOBBS, 2010. No século XVIII, a principal contribuição foi de Rousseau (ROUSSEAU, 2010; e ROUSSEAU, 2012).

teoria do direito na era moderna (...) passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da própria realidade. (...) Isso significa que o jurista da era moderna, ao construir os sistemas normativos, passa a servir aos seguintes propósitos, que são também seus princípios: a teoria instaura-se para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível. Por meio de leis, fundamentam-se e regulam-se ordens jurídicas que devem ser sancionadas, o que dá ao direito um sentido instrumental (...). As leis têm um caráter formal e genérico, que garante a liberdade dos cidadãos (...). Sobretudo, esboça-se uma teoria da regulação genérica e abstrata do comportamento por normas gerais que fundam a possibilidade da convivência dos cidadãos (FERRAZ Jr., 2003, pp. 68-69).

No século XVIII, a escola de direito natural daria duas contribuições para a evolução do conhecimento jurídico. De fato, até então, as preocupações dos estudiosos limitavam-se ao direito privado, tendo em vista que o Direito Romano, embora admitisse a separação entre as esferas pública e privada, só abarcava as questões referentes a esta última. Foi na esteira do movimento iluminista (CHAUNU, 1995) que os acadêmicos se voltaram para as relações entre governantes e governados, e o direito público passou a freqüentar as indagações dos juristas. Para tanto, muito colaborou a obra de Montesquieu – *Do espírito das leis* (MONTESQUIEU, 2007) -, na qual o pensador francês desenvolvia duas noções fundamentais: a idéia de lei e a concepção da divisão do poder.

Com efeito, até Montesquieu, a noção de lei compreendia três dimensões ligadas à idéia de norma de Deus, que exprimiam, ao mesmo tempo: certa ordem natural, resultante da vontade divina; um dever-ser, em que a ordem das coisas estava direcionada para uma finalidade também divina; e, por fim, autoridade. Portanto, a lei tinha três características: 1) legitimidade, pois era expressão da autoridade; 2) imutabilidade, porquanto estava dentro da ordem das coisas; 3) e ideal, já que visava a uma finalidade perfeita.

Montesquieu entendia que a lei era manifestação de relações necessárias derivadas da natureza das coisas e, nesse sentido, seu pensamento estava essencialmente vinculado à física newtoniana. Para ele, era possível encontrar uniformidades no comportamento e nas formas de organizar os homens, pois assim como leis regem os corpos físicos (o que se verificava das relações entre massa e movimento), a partir da análise de quem exerce e como exerce o poder podia-se constatar que leis também regulavam os costumes e as instituições (ALBUQUERQUE, 2006).

De outra parte, até Montesquieu, prevalecia a classificação das formas de governo proposta por Aristóteles, ou seja, monarquia, aristocracia e democracia (ARISTÓTELES, 2015). O pensador francês propunha uma nova divisão: monarquia, despotismo e república, podendo ser esta subdividida em aristocrática e democrática. Mas a grande inovação de Montesquieu foi a elaboração da teoria da divisão dos poderes. Para ele, há três ordens de poderes: o legislativo (que elabora as leis), o executivo (que as põe em prática), e o judiciário (que resolve os conflitos com base na lei). Dessa forma, com “*os poderes se limitando uns aos outros, a liberdade, isto é, o governo fundado na lei, tornar-se-á possível*” (Apud MOSCA, G.; BOUTHOU, G., 1958, p. 202).

A teoria da divisão dos poderes e a concepção de lei expostas por Montesquieu teriam enorme influência em todo o Ocidente, especialmente nas nações influenciadas pelo sistema Romano-Germânico. Assim, o século XIX assistiria a um movimento de codificação do direito e de elaboração de constituições, sendo estas entendidas como a lei máxima dos países. Como bem apontou René David,

há seis séculos, as universidades ensinavam um direito que elas apresentavam como um modelo de justiça. (...) Eles [os juristas] estavam agora convencidos da excelência deste modelo e já não consideravam os direitos locais senão como uma sobrevivência arcaica de um passado obscurantista (...). Por que não realizar, sob o signo da razão, que a partir de agora brilha intensamente e governa o mundo, a etapa decisiva, (...) e por que não fazer do modelo de direito das universidades, completado e clarificado pela escola do direito natural, o direito ‘positivo’ (...)? (...) A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, (...) o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais (DAVID, 1998, pp. 51-52).

Nesse sentido, e na esteira das transformações políticas, sociais e econômicas provocadas pela Revolução Francesa – que permitiu a implantação da hegemonia burguesa -, o primeiro código a entrar em vigor foi o Código Napoleônico, de 1804⁴, que serviria de modelo para praticamente toda a codificação realizada posteriormente nos sistemas da família Romano-Germânica. E com o desenvolvimento da noção de uma legislação máxima, acima das demais, também tomou impulso a idéia do primado do governo das leis⁵. De acordo com Norberto

⁴ Antes do Código Napoleônico, a tentativa prussiana de colocar em prática um código (*Allgemeines Landrecht*), em 1794, fracassou.

⁵ A primeira constituição escrita do Ocidente foi a dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787.

Bobbio, esta doutrina

conclui-se e completa-se (...) com o moderno constitucionalismo, através do qual também o poder dos governantes é regulado, como aquele dos cidadãos, pelo direito natural, ou então por pactos (...), formalmente entre iguais, mas substancialmente entre desiguais, através da promulgação de constituições escritas dotadas de força de leis fundamentais e garantidas também por órgãos delegados que têm sua observância controlada pelo poder legislativo. O êxito final desse processo é uma ordem jurídica inspirada no princípio da responsabilidade não apenas religiosa ou moral, mas também política e jurídica dos órgãos de governo (BOBBIO, 2000, p. 249).

Ao longo do século XIX, esse movimento exacerbaria o direito comum, elevando-o à condição de direito nacional, além de levar ao chamado positivismo jurídico, em que a lei passou a ser entendida como a principal fonte do direito. Dessa forma, desenvolveu-se a idéia de que, se a lei pode mudar, dependendo da vontade do Poder Legislativo, o direito também é mutável. Firmava-se, pois, a noção de que só existe um direito, ou seja, o direito positivo. Hoje, o exagerado positivismo legislativo do século XIX tem sido ultrapassado por uma valorização da doutrina e da jurisprudência no conhecimento do direito. Conforme anotou René David, atualmente

o direito passa por uma crise. A preocupação essencial, outrora, era com a justiça comutativa; a idéia de justiça distributiva passou atualmente para o primeiro plano, e por conseqüência a ênfase, que antes era colocada sobre as relações entre os particulares e sobre o direito privado, é colocada atualmente sobre o direito público, sendo atribuído um papel primordial à administração e ao Estado (...). As concepções e as técnicas jurídicas que pareciam, há pouco tempo, satisfatórias, são mal adaptadas a esta nova ótica (DAVID, 1998, p. 55).

A estrutura do Direito nos sistemas da família Romano-Germânica

O movimento de codificação, iniciado no século XIX, se estenderia a todos os países cujos sistemas jurídicos derivam da família Romano-Germânica. Nessas nações, as regras do direito, além de codificadas, costumam ser também agrupadas em grandes categorias. Dentre estas, as principais são a divisão entre direito público e privado, tendo em vista a consideração de que as relações entre governantes e governados constituem problemas específicos, diferentes daqueles oriundos das relações entre pessoas privadas.

No caso do direito público, este se subdivide em direito público internacional e direito público interno. O primeiro rege as relações entre Estados soberanos, com

o objetivo de manter a paz e garantir o bom andamento do comércio internacional. Já o segundo, trata das questões do Estado, de suas funções, organização, ordem e segurança internas, dos serviços públicos e dos recursos necessários à sua execução. Dessa maneira, assim podemos dividir o direito público interno: direito constitucional, direito administrativo, direito financeiro, direito penal e direito processual. De outro lado, o direito privado regula os interesses privados em que, teoricamente, as partes se apresentam em pé de igualdade. Neste caso, divide-se em direito privado internacional e direito privado interno, sendo que este último está subdividido em direito civil e direito comercial. Finalmente, entre os dois, podemos apontar um direito misto, pois suas regras tutelam tanto o interesse público como o privado. São os casos do direito do trabalho e do direito falimentar (GUSMÃO, 1998).

O Código Civil alemão (BGB), promulgado em 1896, apontaria para uma nova técnica de divisão do direito, referente à separação entre “parte geral” e “parte especial”. Na primeira, estão relacionadas regras que se direcionam a diversos ramos do direito, como aquelas tocantes à capacidade das pessoas e aos atos jurídicos. Na segunda, encontram-se as normas específicas para cada tipo de relação entre pessoas privadas. Esta nova divisão influenciaria a elaboração de diversos códigos, como é o caso do Código Civil Brasileiro de 1916, substituído por outro em 2002 (DAVID, 1998, pp. 75-76).

Uma característica fundamental dos sistemas derivados da família Romano-Germânica é a noção de regra do direito. Conforme assinalou René David,

nesta família, (...) a regra de direito deixou de ser entendida, fundamentalmente, como uma regra própria para assegurar a solução dum caso concreto. Através do esforço de sistematização da doutrina, ela elevou-se a um nível superior; chegou-se a concebê-la como uma regra de conduta, dotada de uma certa generalidade, situando-se acima das aplicações que dela podem ter de fazer os tribunais ou os práticos num caso concreto (DAVID, 1998, p. 79).

E acrescenta o autor:

um código, na concepção romano-germânica, não deve procurar a solução de todas as questões concretas que se apresentarão na prática; a sua função é formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema, que se tornem acessíveis à descoberta e ao conhecimento, para que destas regras (...) juízes e cidadãos deduzam facilmente o modo como tal ou tal dificuldade concreta deve ser resolvida (DAVID, 1998, p. 81).

Porém, os estudiosos admitem que ao legislador é praticamente impossível prever todas as situações que se apresentem, pois, eventualmente, podem surgir possibilidades em que não há uma norma adequada a ser aplicada, assim como podem existir casos em que haja regras em conflito. Os sistemas da família Romano-Germânica resolvem essas questões com base na teoria das fontes do direito, que as distingue entre materiais e formais. De acordo com Paulo Dourado de Gusmão, as primeiras são

constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com as quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá ‘conteúdo’ ou ‘matéria’ às regras jurídicas, isto é, às fontes formais do direito (GUSMÃO, 1998, p. 100).

Já as fontes formais são os meios pelos quais o direito positivo pode ser conhecido. Estas fontes são concebidas de acordo com uma hierarquia que, no sistema Romano-Germânico, assim se apresenta: 1) Constituição; 2) leis complementares; 3) leis ordinárias e tratados internacionais incorporados ao direito interno; 4) costumes; 5) contratos coletivos de trabalho; e 6) regulamentos (GUSMÃO, 1998, p. 104).

Todavia, como já foi assinalado, a legislação, isto é, o direito positivo, pode ter lacunas, apresentar conflitos entre normas ou, até mesmo, obscuridades. Nesse caso, há necessidade de interpretação por parte daqueles encarregados de aplicar a lei e decidir os conflitos. E, para isso, há critérios aceitos nos sistemas da família Romano-Germânica, que se apresentam também segundo uma regra de hierarquia, a saber: 1) a lei; 2) os costumes; 3) a jurisprudência; 4) a doutrina; e 5) os princípios gerais do direito. Portanto, nos países em que predomina este sistema, a melhor maneira de se conhecer o direito e de se chegar às soluções de justiça é a aplicação da lei. Na falta desta, ou nos casos de conflito entre normas ou de obscuridade das mesmas, faz-se necessário interpretar o direito.

Mas esta interpretação também obedece a alguns critérios. No caso dos costumes, estes, na verdade, constituem a “infra-estrutura sobre a qual o direito é edificado e dirige a maneira pela qual é aplicado e desenvolvido pelo legislador, pelos juízes e pela doutrina” (DAVID, 1998, p. 113). De qualquer forma, dois requisitos são fundamentais para sua aplicação: o uso continuado e a convicção de obrigatoriedade.

Quanto à jurisprudência, é necessário diferenciar seu papel nos sistemas de *Common Law* daqueles da família Romano-Germânica. Nos primeiros, ela constitui a principal fonte de direito, enquanto a lei, propriamente dita, exerce uma função secundária. Já nos sistemas Romano-Germânicos, a jurisprudência é um mecanismo de interpretação da lei. Com efeito, no Código Justiniano⁶, já havia a expressa proibição de se decidir conforme o precedente, o que repercutiu nas grandes codificações modernas (FERRAZ Jr., 2003, p. 244). Assim, nos sistemas da família Romano-Germânica,

as “regras de direito” estabelecidas pela jurisprudência não têm a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo tempo (...). A rejeição da regra do precedente (...) não é um mero acaso. A regra do direito tem sido sempre considerada, desde a Idade Média, nos países da família romano-germânica, como devendo ser de origem doutrinal ou legislativa (...) (DAVID, 1998, p. 120).

No caso da doutrina, ela foi, durante muito tempo, a principal fonte de direito nos sistemas Romano-Germânicos, sendo substituído pela lei apenas no século XIX. No entanto, ela ainda tem papel importante nesses sistemas, pois lhe compete a criação de todo o vocabulário e a elaboração das noções de direito usadas pelo legislador. E é também a doutrina que estabelece os critérios de aplicação da lei e de sua interpretação.

Por fim, para a interpretação do direito, são utilizados os seus princípios gerais que, segundo os juristas podem ser percebidos nos próprios textos da legislação ou mesmo fora da lei. A dificuldade em explicá-los “põe em evidência a subordinação do direito aos imperativos da justiça, tal como é concebida numa época e num momento determinado (...)” (DAVID, 1998, p. 135). Assim, há autores que identificam os princípios gerais com aqueles do direito natural, formulados pela razão. Há também os que os consideram correspondentes à idéia de equidade, ou às decisões estabelecidas pela jurisprudência, ou, ainda, aos existentes no Direito Romano. Finalmente, há pensadores que admitem serem esses princípios descobertos por meio de processos lógicos de abstração e generalização progressivas, a partir das normas do direito positivo.

⁶ Também chamado de *Corpus Juris Civilis*, o Código Justiniano foi publicado pelo Imperador Justiniano I, entre 529 e 534, com o objetivo de unificar a legislação do Império Bizantino.

Um último aspecto deve ser salientado a propósito da estrutura dos sistemas da família Romano-Germânica: trata-se da própria organização judiciária. Com efeito, em todos esses países esta organização é hierárquica. Assim,

os litígios são submetidos em primeira instância aos tribunais repartidos por todo o território do país considerado. Acima destes tribunais de primeira instância encontram-se, em menor número, os tribunais de segunda instância ou apelação. Um supremo tribunal coroa o edifício. Contudo, grandes diferenças existem na execução desse esquema. Em especial os tribunais de primeira instância podem ser muito variados. No mesmo país podem existir várias espécies segundo a natureza e a importância dos litígios (...). As jurisdições de segunda instância podem igualmente ser variadas, (...) e as condições nas quais é possível um recurso são igualmente muito variáveis. (...) Um elemento perturbador é, ainda, introduzido pela estrutura federal de diferentes Estados. A justiça é, na maioria das vezes, nestes países, da competência das unidades federais (...) e encontram-se no vértice somente uma ou várias jurisdições federais (DAVID, 1998, pp. 121-122).

Traços gerais da estrutura do Direito brasileiro

Como se sabe, o Direito brasileiro está organizado segundo os critérios da família Romano-Germânica, e sua estrutura baseia-se na regra do direito e na hierarquia das normas e da organização judiciária. Dessa forma, no vértice da hierarquia legal, encontra-se a Constituição de 1988⁷. Nos sistemas da família Romano-Germânica, a constituição de um país é concebida como “a lei básica e suprema de uma sociedade politicamente organizada. É um conjunto de normas sintéticas que estruturam o Estado e dão—lhe organização jurídica, social e política, estabelecendo também os direitos e garantias individuais” (BRANCATO, 1998, p. 1). Portanto, a Constituição fornece as normas pelas quais se organiza o Estado, e ela se caracteriza por sua rigidez, ou seja, pela prevalência de suas regras sobre o restante da legislação.

No caso da atual Constituição brasileira, está baseada em alguns princípios fundamentais: 1) todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos; 2) forma republicana de governo; 3) união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal; e 4) prevalência de um

⁷ O Brasil já teve sete constituições. A primeira delas, de 1824, foi outorgada no I Império. As demais foram elaboradas no período republicano. Assim, o Brasil teve as seguintes Constituições: 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, que está em vigor atualmente. No entanto, é preciso ressaltar que, em 1969, foi aprovada uma emenda constitucional que, praticamente, substituiu a Constituição de 1967.

Estado democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político (BRANCATO, 1998, p. 83). De outra parte, a Carta Magna está dividida em nove títulos, que tratam dos seguintes temas: 1) dos princípios fundamentais; 2) dos direitos e garantias fundamentais; 3) da organização do Estado; 4) da organização dos poderes; 5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; 6) da tributação e do orçamento; 7) da ordem econômica e financeira; 8) da ordem social; e 9) das disposições constitucionais gerais (CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1994).

Conforme se verifica, a Constituição brasileira regula a organização dos poderes do Estado. No caso do Poder Judiciário, o artigo 92 estabelece sua estruturação da seguinte maneira: 1) Supremo Tribunal Federal; 2) Superior Tribunal de Justiça; 3) Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; 4) Tribunais e Juízes do Trabalho; 5) Tribunais e Juízes Eleitorais; 6) Tribunais e Juízes Militares; 7) Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal. O parágrafo único, do mesmo artigo, prevê que “o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional” (Constituição da República Federativa do Brasil In: CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1998, p. 56). E a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu nesta estrutura o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (MATHIAS, 2009, p. 278).

Como nosso direito é organizado segundo os critérios da família Romano-Germânica, a competência⁸ para julgar litígios entre pessoas privadas, ou entre estas e entes públicos, também é determinada segundo uma hierarquia. É o que salienta Sebastião de Oliveira Castro Filho:

No Brasil, de acordo com a Constituição, temos várias justiças, cada qual com órgãos superiores e inferiores, para que se possa cumprir o chamado

⁸ O vocábulo competência “possui, na técnica jurídica, uma dupla aplicação: a) tanto significa a capacidade, no sentido de aptidão, pela qual a pessoa pode exercer ou fruir um direito; b) como significa a capacidade, no sentido de poder, em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a seu respeito. No primeiro caso, a competência revela a faculdade que é assegurada por lei para que se possam exercer direitos, autorizando a prática de todos os atos defensivos dos mesmos, ou necessários para mantê-los. No segundo caso, significa o poder que outorga à pessoa ou instituição, autoridade jurisdicional para deliberar sobre determinado assunto, resolvendo-o segundo as regras ou os limites que a investem desse mesmo poder. (...) A competência judiciária é aquela em que se funda, ou de que se gera o poder de julgar, dando, assim, autoridade jurisdicional ao juiz ou tribunal para que possa conhecer o processo, instruindo-o e o julgando” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1994, v. 1, p. 472 – grifos do autor).

duplo grau de jurisdição⁹. São órgãos inferiores as varas, as comarcas e as seções. Os de segundo grau são os tribunais, geralmente estaduais ou regionais federais. Os tribunais superiores são o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar. Todos eles com sua competência específica. (...) A competência em matéria civil é residual. Resulta da exclusão das matérias atribuídas a outras “justiças”, especiais ou não. Por exclusão, o que não for penal, (...) eleitoral, (...) militar nem trabalhista, será civil. De sorte que na civil se integram também aquelas matérias de natureza constitucional, administrativa, comercial, tributária. Tudo é considerado como da jurisdição civil, da competência de juízo cível. A competência, nesses casos, está afeta tanto à Justiça Federal quanto à justiça estadual (CASTRO F^o, s.d. p. 2).

No caso da Justiça Federal, sua competência está determinada no artigo 109, I, II e VIII, da Constituição Federal, que reza:

Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; (...) VIII – os mandados de segurança¹⁰ e os ‘habeas data’¹¹ contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (...) (Constituição da República Federativa do Brasil In: CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1994, p. 64).

⁹ A expressão “duplo grau de jurisdição” refere-se à posição hierárquica existente entre um magistrado e outro e entre os tribunais. “Os graus de jurisdição formam as instâncias, que se dizem primeira e segunda, respectivamente, para a inferior e para a superior. Por princípio, todas as pendências judiciais são sujeitas a dois graus de jurisdição (...)” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1994, v. 1, p. 362 – grifos do autor).

¹⁰ O mandado de segurança designa uma ação processual, que pode ser entendida da seguinte maneira: “(...) ação intentada pela pessoa no sentido de ser assegurada em um direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato de autoridade, manifestamente inconstitucional e ilegal. É, assim, o remédio jurídico instituído para garantir a pessoa, seja física ou jurídica, no exercício do direito, que se quer ameaçar ou violar, sem que se encontre o ameaçador ou violador, dito propriamente de coator ou autoridade coatora, fundado em qualquer razão jurídica. E sua finalidade é a de anular o ato ilegal, que violou o direito, ou de impedir que se execute a ameaça contra o direito. Assim, o mandado de segurança é proposto contra a autoridade coatora, para que respeite o direito ofendido ou ameaçado. Desse modo, é fundado na prática de ato de autoridade administrativa, em função do poder, de que se acha investida. Não se incluem como atos lesivos, para que se possa fundar o pedido (...) os atos disciplinares, os de lançamentos de impostos, os atos de restrição à liberdade e os atos administrativos recorríveis. O ato lesivo, assim, deve importar numa ofensa ao direito, mesmo simples ameaça, quando este direito se exhibe certo e incontestável, merecendo, portanto, a proteção legal” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1994, v. 2, p. 133 – grifos do autor).

¹¹ O “habeas data” é uma das inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Ele “será concedido, ou para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (BRANCATO, 1998, p. 95).

Quanto à competência da justiça estadual, “a ela pertence tudo o que não estiver afeto a outras ‘justiças’. Por exceção, o que não for da justiça especial nem da federal, a competência será da justiça estadual” (CASTRO Fº, s.d., p. 2).

No cumprimento da lei e no provimento jurisdicional, importante função cabe ao Ministério Público, cujas estrutura e organização estão previstas no título III, capítulo IV, da Constituição Federal. Com efeito, tradicionalmente, o Ministério Público é considerado como um

“corpo de magistrados”, colocado junto aos juízes e tribunais, com a função de defender e zelar pelos interesses da sociedade e daqueles que, por incapacidade ou impossibilidade, não se possam defender, velando pelo fiel cumprimento das leis. (...) O ministério público é representado, nos juízos de primeira instância, pelos promotores e, nos de segunda instância, pelos procuradores-gerais e seus substitutos (DE PLÁCIDO E SILVA, 1994, v. 2, p. 191).

Mas na Constituição brasileira, ele não se configura como um órgão do Poder Judiciário. Na verdade, nossa Carta Magna o define como uma instituição cuja função é essencial à justiça. Dessa forma, o artigo 127 reza que: “*o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (Constituição da República Federativa do Brasil In: CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1994, p. 70). O texto constitucional fixa ainda suas atribuições, dentre as quais podemos destacar:

Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (...) (Constituição da República Federativa do Brasil In: CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1994, p. 71).

Esse aspecto é extremamente importante, pois, tendo em vista o crescimento do comércio entre Brasil e China, bem como os investimentos chineses em nosso país, todos os contratos que versam sobre trocas ou sobre a realização de obras no território brasileiro estão sujeitos ao nosso Direito. Dessa forma, os conflitos

eventualmente aqui verificados serão solucionados por juízes brasileiros, de acordo com a legislação e a organização judiciária nacionais.

Uma última observação deve ser feita a propósito da estrutura do direito brasileiro. Trata-se da inovação representada pela chamada “súmula vinculante”. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou à Constituição de 1988 o artigo 103-A, que introduziu a súmula vinculante no nosso ordenamento jurídico. Esta, na verdade, constitui uma espécie de resumo das decisões tomadas pelos tribunais superiores a respeito de determinadas matérias, isto é, uma síntese da jurisprudência. Reza o *caput* do artigo 103-A:

o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Emenda Constitucional nº 45/2004 In: MATHIAS, 2003, p. 323).

Isto, contudo, não significa que se esteja abandonando gradativamente a estrutura tradicional do direito brasileiro, substituindo-a pelos fundamentos dos sistemas de *Common Law*. Na verdade, como bem apontou Carlos Fernando Mathias, as súmulas vinculantes conduzem

senão à certeza, pelo menos à segurança jurídica, com a vantagem de que podem ser alteradas – quando as circunstâncias de ordem vária assim o impuserem – sem maiores dificuldades que a simples e fundamentada vontade da maioria absoluta dos tribunais (MATHIAS, 2003, p. 326).

Considerações finais

O incremento das relações econômicas e comerciais entre Brasil e China tem trazido grandes benefícios para ambos os países. E a recente consolidação dessas relações, verificada com os diversos acordos assinados durante a visita do primeiro-ministro chinês, Li Keqiang, a Brasília, em maio de 2015, abre enormes perspectivas para as duas nações.

No entanto, as grandes obras de infra-estrutura previstas nesses acordos provavelmente trarão conflitos com populações ou grupos de interesses atingidos

por sua construção. Estes, com certeza, tentarão barrá-las, seja antes de seu início, seja durante sua execução. Isto, evidentemente, pode causar transtornos aos investidores. Porém, é preciso atentar para o fato de que o sistema jurídico brasileiro está estruturado com base nos critérios da família Romano-Germânica, que se caracteriza pela prevalência da regra do direito e pela hierarquia, tanto da legislação, como da organização judiciária.

Desse modo, aqueles que investem no Brasil precisam estar cientes da necessidade de se subordinar a este sistema. Claro está que ele não é perfeito. Mas sua prevalência até os dias de hoje só pode ser compreendida se levarmos em consideração a trajetória histórica e a evolução de nossa sociedade, profundamente marcadas pela colonização portuguesa e pela forma de sua incorporação ao sistema capitalista internacional, que se refletem em lutas políticas e na utilização do Direito como instrumento de dominação e de manutenção da ordem vigente.

Referências

- ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2006, v. 1.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 20015.
- BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Lisboa: Edições 70, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de Direito público e de Direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (Org.). *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1994.
- CASTRO Fº, Sebastião de Oliveira. *Breves considerações sobre a competência no direito processual civil brasileiro*, s.d. (disponível em: <www.stj.jus.br/.../Breves%20considerações%20sobre%20a%20competência>, acesso em: 15/7/2015).

CHAUNU, Pierre. *A civilização da Europa das luzes*. Lisboa: Editorial Estampa, 1995, 2 v.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 2 v.

DUBY, Georges. *A Europa na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí/Fondazione Cassarca, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução do estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

HUIZINGA, Johan. *O declínio da Idade Média*. Lisboa: Ulisséia, s.d.

LE GOFF, Jacques. *Mercadores e banqueiros na Idade Média*. Lisboa: Gradiva, s.d.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MONREAL, Eduardo Novoa. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México; Siglo Veintiuno, 1977.

MONTESQUIEU, C. S., Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOORE Jr., Barrington. *Injustiça: as bases sociais da obediência e da revolta*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MOSCA, G.; BOUTHOU, G. *História das doutrinas políticas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1958.

PIRENNE, Henri. *História econômica e social da Idade Média*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

PIRENNE, Henri. *As cidades da Idade Média*. Lisboa: Publicações Europa-América, s.d.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Origem e fundamento da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Lafonte, 2012.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.