

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

Airto Chaves Junior
Thiago Aguiar de Pádua

O COMMON LAW E O DIREITO
BRASILEIRO: UM OLHAR CRÍTICO
SOBRE O DECRETO 848/1890 E A
ESQUECIDA DECISÃO DE 1902 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JUNIOR, Airto Chaves
PÁDUA, Thiago Aguiar de
O COMMON LAW E O DIREITO BRASILEIRO: UM OLHAR
CRÍTICO SOBRE O DECRETO 848/1890 E A ESQUECIDA
DECISÃO DE 1902 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 182 (487): 153-180, set./dez. 2021

Rio de Janeiro
set./dez. 2021

O *COMMON LAW* E O DIREITO BRASILEIRO: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O DECRETO 848/1890 E A ESQUECIDA DECISÃO DE 1902 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

COMMON LAW AND THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE: A CRITICAL LOOK AT DECREE NO. 848/1890 AND THE FORGOTTEN 1902 SUPREME COURT'S DECISION

AIRTO CHAVES JUNIOR¹
THIAGO AGUIAR DE PÁDUA²

Resumo:

A presente pesquisa busca refletir sobre o seguinte problema: quais as condicionantes normativas históricas do antigo Processo Criminal brasileiro que influenciam hoje no âmbito da intrincada relação entre os modelos de legislação escrita e do sistema *common law* no Brasil? Para responder à questão, tem-se os seguintes objetivos: a) tratar das fontes normativas legais, em especial do Decreto 848/1890 e da breve inserção do Brasil no modelo do *common law*; b) pesquisar as fontes normativas judiciais a partir do Acórdão da ACi nº 745 e Embargos, cujos julgamentos se deram, respectivamente, em 6/8/1902 e 30/7/1904, do Supremo Tribunal Federal; c) verificar as condicionantes levantadas pela Suprema Corte para que se estabelecesse uma orientação *common law* no sistema jurídico brasileiro. A pesquisa se justifica na medida em que, no Brasil de hoje, é bastante criticada a postura do juiz criador do direito (*judge made law*), pois conflita com o modelo de legislação escrita, romano-germânico. Embora os críticos possuam certa dose de razão, ignoram, em sua maioria, certas premissas normativas históricas. O método de pesquisa a ser utilizado na investigação é o indutivo, o qual é sequenciado pelo método dialético crítico da história do direito.

Palavras-chave: *common law*; Processo Penal brasileiro; ACi nº 745; Decreto 848/1890; História do processo.

Abstract:

The research aims to solve the following problem: what are the historical normative restraints of the old Brazilian Criminal Process that exercise influence today within the scope of the intricate relationship between the models of written legislation and the common law system in Brazil? In order to answer the question, we have set the following objectives: firstly, to deal both with legal normative sources, in particular with Decree no. 848/1890, and with the brief insertion of Brazil in the common law model. Secondly, to research the judicial normative sources from the judgment of civil appeal no 745 and the embargoes, whose judgments were issued by the Brazilian Supreme Court on respectively June 6, 1902 and September 30, 1904, and thirdly, to verify the conditions raised by the Supreme Court to establish a common law orientation in the Brazilian legal system. The paper is justified to the extent that, in Brazil today, the position of the judge who creates the law (judge made law) is highly criticized, as it conflicts with the model of the Roman-Germanic written legislation. Although critics may be correct in their views, most of them ignore certain historical normative premises. We use an inductive research method of investigation followed by the critical dialectical method of legal history.

Keywords: *Common Law, Brazilian criminal procedure, judgment of civil appeal no 745, Decree 848/1890; history of the process.*

1 – Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado.

2 – Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu

Introdução

Não é tarefa fácil a observação das possíveis origens da conturbada e complexa relação do Processo Penal brasileiro com o *common law*, assim como também não é simples tratar das negligenciadas consequências de uma tal relação. Em termos gerais, costuma-se dividir e classificar períodos históricos a partir de certos marcos. No caso brasileiro, em regra, remonta-se as origens anteriores à independência de Portugal, com os marcos lusitanos e, portanto, as influências sofridas pelos colonizadores, pesadamente de caráter romano³. Mas a relação tradicional entre direito e história é equivocada, geralmente de caráter legitimador e apologético⁴.

Além disso, trabalhar em termos de uma busca “originária” poderia conduzir a um duplo problema. Primeiro, traria a enganosa percepção de um suposto “continuísmo” demonstrativo das “raízes”. Depois, isso poderia legitimar, no caso do direito brasileiro contemporâneo, uma aparente “americanização” acrítica⁵. Neste sentido, prefere-se a estratégia

em Direito do UDF - Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do Centro de Estudos Constitucionais – CBEC. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Advogado

3 – Conforme os comentários ao Código Criminal de 1872 feitos por Braz de Souza “É princípio fundamental de toda boa legislação que as leis só dispõem para o futuro, e que não tem efeito retroactivo. Este princípio, formalmente reconhecido pelo Direito Romano <<Leges et constitutiones futuris est dare negociis, non ad facta preterita revocari>> – as Leis retroactivas chamavam os Romanos privilegia, ou leis privadas (como Cícero se exprime acerca dellas: <<Velant leges sacrate, vetant duodecim tabulae, leges privatae hominibus irrogari; id enim est privilegium. Nemo unquam tulit: nihil est crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus hoc civitas ferre possit>> –, e consagrado pelo artigo 179, §3º da nossa Constituição Política em harmonia com a legislação de todos os povos civilizados, acha-se aqui novamente reproduzido.” HENRIQUES DE SOUZA, Braz Florentino. *Lições de Direito Criminal*. Recife: Livraria econômica de José Nogueira de Souza, 1872, p. 3; ainda, confira-se: MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 86, p. 41, 1991; MOREIRA ALVES, José Carlos. Universidade, cultura e direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 87, p. 61, 1992; MOREIRA ALVES, José Carlos. Rui Barbosa e o direito romano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 96, p. 31-32, 2001.

4 – GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e História: uma relação equivocada*. Londrina: Edições Humanidades, 2004, p. 13-22.

5 – Como exemplo tome-se a análise nestes termos sobre a história da “delação premiada” no Brasil. SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 445, 2019.

narrativa que privilegia elementos descritivos de maneira crítica com ênfase na descontinuidade, conforme bem exercida por António Hespanha⁶ mas, também, trilhando o vale das sombras na esteira de Paolo Grossi e de sua propagada “tripla salvação cultural” nos lindes da história, a favor “da ciência jurídica e, mais especificamente, tanto do historiador do direito quanto do operador do direito positivo, resgatados ambos do exílio sombrio em que possa confiná-los, ou a erudição, ou a exegese normativa”. Neste ponto, é importante ressaltar que a história do direito não tem a incumbência de brindar modelos ao presente, antes, claro, dentro da comparação horizontal e vertical, ela oferece ao presente momentos dialéticos⁷.

No campo do estudo da história do direito em geral, bem como do processo penal, em particular, costuma-se transitar entre os marcos normativos pós-independência (1822) com a referência àquilo que fora determinado pela Constituição do Império de 1824 que, em seu artigo 179, inciso XVIII, determinava a organização de um Código Criminal baseado “nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Na sequência, tem-se o Código de Processo Criminal de 1832, o qual fora alterado em duas oportunidades: primeiro, com a Lei nº 261/1841, que aumentou os poderes da autoridade policial, aliada ao Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842; segundo, com a Lei nº 2.033/1871, que conferiu maiores atribuições e poderes à autoridade policial, sendo certo que inicialmente o Juiz de Direito era o “Chefe da Polícia”, posteriormente atribuída tal função a um Desembargador⁸.

6 – HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13-30.

7 – GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. *Sequência*, v. 26 n. 51, p. 42-43, 2005.

8 – Recordemos uma vez mais Braz de Souza, desta feita em seus comentários de 1859 ao Código de Processo Criminal do Império: “Art. 6º Feita a divisão, haverá em cada Comarca um Juiz de Direito: nas Cidades populosas porém poderão haver até três Juizes de Direito com Jurisdição cumulativa, sendo um d’elles o Chefe da Policia (4)”. Na parte respectiva ao Chefe de Policia foi alterado este art. pelo 4º da Lei das Ref. Haverá no município da corte, e em cada província, um Chefe de Policia com o Delegado e Subdelegado necessários. 4º da Lei das Ref. - Elle será escolhido d’entre os Desembargadores e Juizes de Direito”. HENRIQUES DE SOUZA, Braz Florentino. *Codigo do processo criminal de*

Com o advento da República, em 1889, e logo mais com a Constituição de 1891, surge o modelo federativo inspirado pelos lindes que vigoravam nos Estados Unidos da América. E foi a partir desse modelo que surgiram os Códigos de Processo Penal Estaduais e também da Consolidação da Legislação Federal Processual, os quais ficaram a cargo do Ministro do Supremo Tribunal Federal José Hygino Duarte Pereira (1892 - 1897), realizado pelo Decreto nº 3.084/1898, jurista que faleceria poucos meses depois, em 1901.

Há duas normas federais principais neste sentido. A primeira foi o Decreto nº 848/1890, que dentre outras importantes disposições determinou a adoção do *common law* no sistema jurídico brasileiro por meio do art. 386, que previa:

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.

no que se relaciona à fonte do direito, “em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial”. A segunda foi a Lei nº 221/1894, que “completa a organização da Justiça Federal da Republica”.

A história normativa processual penal brasileira registra o fato de que a polifonia de muitos Códigos de Processo Penal Estaduais, conforme imitação do modelo norte-americano, existiria entre sua permissão e modelo imitado em 1890 até o surgimento do Código de Processo Penal federal de 1941 (na ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941), de flagrantes bases fascistas⁹ e impregnado

primeira instancia do Imperio do Brasil: com a disposição provisoria da administração da justiça civil, e lei de 3 de Dezembro de 1841, que o reformou. Recife: Typ. Universal, 1859, p. 11.

9 – Dentre outros: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121; ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, A. J. do. *Cultura da Punição*: a ostentação do horror. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017, p. 13-49; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 15 e ss; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no

de referentes milenaristas da religiosidade de seus colaboradores, notadamente Francisco Campos¹⁰.

Neste cenário, o problema de pesquisa que se busca solução ao longo do estudo é o seguinte: quais são as condicionantes normativas históricas do antigo Processo Criminal brasileiro que influenciam hoje no âmbito da intrincada relação entre os modelos de legislação escrita e do sistema *common law* no Brasil? Com efeito, *ex hypothesi*, é possível dizer que o breve passado brasileiro de *common law* tenha efeitos ainda hoje ignorados no imaginário jurídico, com algum desvio dos preceitos da legalidade estrita, muito embora seja admitida, também como hipótese, certa permeabilidade entre o modelo normativo dos Códigos de Processo Penal estaduais e o posterior modelo federal unificado, a partir do que surgem novas agendas de pesquisa e reflexão teórica.

Aliás, não seria de se estranhar que muitas respostas para antigas queixas da doutrina processual penal estivessem parcialmente escondidas nos escombros do passado (se para ele olharmos com olhos críticos e de descontinuidade), a exemplo da dura crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹¹ sobre o engodo da teoria unitária (geral) do processo, desde um lugar de privilégio das categorias do processo civil, bem como a crítica de Aury Lopes Junior¹² a partir da narrativa carnelutiana da cinderela

pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2019.

10 – PÁDUA, Thiago Santos Aguiar; GUEDES, J. C. Guerra às drogas, e paz quem? Utopias, Distopias e Milenarismo a partir das exposições de motivos das leis de drogas e dos códigos penal e de processo penal. Em: CHAVES JUNIOR, Aírto, PÁDUA, Thiago Aguiar; SILVA, Denival Francisco (Org.). *Quotidianus II: a questão criminal das Drogas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 29 e ss.

11 – COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 119.

12 – LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, p. 231, 2005.

e da gata borralheira¹³. Nesta toada, é possível verificar que nas paredes do passado estão gravados os transplantes e as rupturas sensíveis, mesmo no caso de temas primordiais como a polêmica do devido processo (e do processo indevido), e sua disputa política¹⁴.

Para que seja possível responder a esta questão, são traçados os seguintes objetivos: Em primeiro lugar, busca-se tratar das fontes normativas legais, em especial do Decreto 848/1890 e da breve inserção do Brasil no modelo do *common law*. Num segundo momento, são pesquisadas as fontes normativas judiciais a partir do Acórdão da ACi nº 745 e Embargos, cujos julgamentos se deram, respectivamente, em 6/8/1902 e 30/7/1904, por parte do Supremo Tribunal Federal. Por fim, verificamos as condicionantes levantadas pela Suprema Corte para que se estabelecesse uma orientação de *common law* ao sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa é justificada porque no Brasil de hoje é bastante criticada a postura do juiz criador do direito (*judge made law*), pois conflita com o modelo de legislação escrita, romano-germânico. Embora os críticos possuam certa dose de razão, ignoram, em sua maioria, certas premissas normativas históricas. O método de pesquisa utilizado na investigação é o indutivo, o qual é sequenciado pelo método dialético crítico da história do direito, conforme preconizado por Paolo Grossi, e com ênfase na descontinuidade, como aplicado por António Hespanha.

1. Processo Penal, modelos jurídicos e Brasil como país de *common law*: o Decreto 848 de 1890

Muito embora seja lugar comum a diferenciação entre os modelos do *civil law* e os do *common law*¹⁵, há também certa reflexão jurídica que

13 – CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería del Foro, 1960, p. 1521.

14 – Em termos gerais, a reflexão de Juan Montero Aroca. Cfr. MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 1, n. 1, p. 87, 2015.

15 – BORGES DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, n. 10, p. 43-68, 2014.

preconiza haver mais similitudes¹⁶ que diferenças entre os dois modelos¹⁷, e que as poucas diferenças não deveriam ser exageradas¹⁸, sendo igualmente correto observar que diversos trabalhos contemporâneos, relativamente profundos sobre o tema, ignoram solenemente o fato de o Brasil ter tido um passado como país de *common law*¹⁹, quando tanto o artigo 386 do Decreto 848/1890, quanto a decisão na Apc 745 de 1902, do Supremo Tribunal Federal, seguramente uma das decisões mais importantes da história do STF, permanecem praticamente ignorados²⁰, além de suas consequências tanto para as reflexões sobre o processo penal, como para o direito de uma forma geral, com algumas exceções²¹.

16 – DAINOW, Joseph. The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *The American Journal of Comparative Law* v. 15, n. 3, p. 419-435, 1966.

17 – Veja, ainda, a comparação de Vinícius Vasconcelos sobre os modelos do Brasil e dos EUA, entre dúvida razoável e motivação da sentença. Cfr. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, p. 14, maio/ago. 2020.

18 – Dois importantes textos neste sentido. Cfr. FRANK, Jerome. Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on “Comparative” and “Contrastive” Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 7, 1956; e PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal. *Victoria University of Wellington Law Review*, n. 42, p. 839, 2001.

19 – Dentre outros, citemos dois textos profundos, mas que de maneira perturbadora ignoram nosso passado como país de *common law*. Cfr. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 3, 2018; há ainda o texto recente que afirma que no Brasil a aproximação entre os sistemas (*civil law* e *common law*) seria de décadas recentes, especialmente por conta do CPC de 2015 e a suposta “teoria dos precedentes”, um absoluto equívoco, principalmente por se tratar de pesquisa publicada em periódico especializado em história do direito. Cfr. NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *Common law* e *civil law*: da bifurcação à aproximação entre o direito dos juizes e o direito dos legisladores e uma leitura crítica da precedentização do direito brasileiro. *Revista Brasileira de História do Direito*. v. 4, n. 2, p. 67, 2018.

20 – Veja-se, exemplificativamente, importante pesquisa da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), em que se insere o Brasil sem maiores considerações como país de *civil law*, ignorando nosso passado de *common law*: 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*, v. 92, p. 175, 1997.

21 – Dentre elas, cite-se: DOLINGER, Jacob. The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, n. 4, p. 808, 1990; DIDIER JR., Freddie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 99-120, 2015; PÁDUA, Thiago Aguiar. *A Balzaquiana Constituição*: Constitucionalismo

Em termos reflexivos, é relevante a observação do Ministro aposentado do STF Célvio Borja que, como muitos membros da Corte, defendeu e enxergou uma separação rígida entre o *civil law* e o *common law*, para mencionar que o Brasil é um país de *civil law* (de formação romanística), e não estaria preparado para trabalhar com o *common law*, já que aquele modelo trabalharia segundo a lógica analógica²². Refira-se, ainda, texto relativamente recente²³ que pretendeu traçar linhas de comunicação no processo penal brasileiro entre os modelos do *civil law* e do *common law*, também ignorando por completo tanto o decreto 848/1890, quanto a decisão do STF na Apelação 745 de 1902.

Recorde-se, a propósito, a reflexão proposta por Fauzi Choukr sobre julgamento operado pelo STF no caso da prisão em segunda instância (sobre o tema constitucional da presunção de inocência²⁴), com a crítica ao magistrado que realizou “a invocação de ordenamentos pertencentes a tradições jurídicas distintas, v.g. *common law* (direito estadunidense) e *civil law* (direito europeu continental)” como “se entre eles houvesse simetria e, entre ambos e o direito interno brasileiro plena harmonização²⁵”, ou seja, independentemente das cautelas devidas, o próprio Supremo Tribunal Federal não teria analisado tais temas à luz da sua própria história precedente, como no caso da Apelação 745, de 1902, adiante analisada.

e democracia nos 30 anos do (des) aniversário da CF/88. Brasília: Trampolim Jurídico, 2018, p. 6 e ss; PÁDUA, Thiago Aguiar. *Ao vencedor o Supremo: o STF como Partido Político “sui generis”*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020; SOUZA, Francisco de Assis Diego Santos de. Precedentes judiciais e a comparação luso-brasileira: semelhanças e distinções. *Rev. de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 6, n. 1, p. 29, jan./jun. 2020.

22 – BORJA, Célvio. [Depoimento] Setenta Anos de História & Memória (Uerj), 1935-2005. Rio de Janeiro: Uerj, 2005; PÁDUA, Thiago Aguiar de. O Direito Comparado e as “famílias do Direito”: as advertências de Jerome Frank e Célvio Borja. In: Brevê ensaio sobre o(s) precedente(s) no Direito Comparado, ano 24, n. 94, p. 4, abr./jun. 2016.

23 – TAFFARELLO, Rogério Fernando; LANGER, Máximo; ROACH, Kent. Direitos no processo penal: um estudo de caso sobre convergência e direitos de disclosure. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 116, set./out. 2015.

24 – BRASIL. STF. HC 126292, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico dje-100 divulg 16-05-2016 public 17-05-2016.

25 – CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1134, 2018.

Não obstante, existe um outro fato singularmente mais negligenciado contemporaneamente, qual seja, o elo comum a partir do qual se constata que o direito romano influenciou tanto o *civil law* quanto o *common law*. Neste último caso, para o Brasil, sugestivo de maiores aprofundamentos com agenda de pesquisa específica, tendo em vista que não só já se afastou anterior análise de que o direito inglês do *common law* não possuiria uma grande dívida para com o direito romano, conforme ultrapassada referência de Maitland, como se reconhece hoje, conforme William Holdsworth, um grande débito, apontando-se que Bracton, o grande responsável pelo *common law*, sofreu diversas influências romanas²⁶.

Não se perca de vista trecho de Bracton, autor de *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, no qual recolhe cerca de 500 casos oriundos de uma glosa anterior que continha 2000 casos, alegando que os “novos” casos poderiam ser decididos a partir de disposições pretéritas que fossem “similares”, muito embora não fosse ainda a doutrina do “*stare decisis*”, uma vez que seu autor não via os precedentes como vinculantes (*binding*²⁷), mas apenas como guias, especialmente porque entendia os juízes como “ignorantes que pervertem o direito” (“*ignorant perverters of the law*”), e Bracton foi o primeiro perceber a importância das decisões judiciais para as fontes do Direito²⁸.

26 – HOLDSWORTH, William. *Some makers of English law: the Tagore Lectures* (1937-38). Cambridge: CUP, 1966, p. 21.

27 – Para uma visão mais contemporânea, confira-se: STRECK, Lenio L.; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 36-37; FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 68; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Trad. M^a Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 127. SESMA, Victória Iturralde. *El Precedente en el Common Law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 25; ZANETTI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil: Universalização e Vinculação Horizontal como critérios de Racionalidade e a Negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, v. 235, p. 5, 2014; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

28 – Por todos, conferir o importante e esquecido grupo de textos (embora incompletos) de Thomas Ellis Lewis, um dos mais profundos sobre o tema. Cfr.: LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXII, April, 1930;

Em todo o caso, existe uma agenda de pesquisa ainda mais relevante, não apenas sobre as origens e influências comuns entre *civil law* e *common law*, mas de como tais influências e transplantes de ideias podem interferir no campo específico do processo penal, especialmente no caso brasileiro de acentuada americanização contemporânea, com transplantes de ideias (*legal transplants* e mesmo naquilo que os pesquisadores chamam de diálogo entre juízes²⁹) sem as cautelas gerais preconizadas, como similitude histórica e de tradições jurídicas (sistemas legais cognatos), cautela com a linguagem, soberania de um país, proximidade de princípios e procedimentos, dentre outros³⁰. Fala-se, hoje, em “circulação global dos precedentes³¹”, desde que seja para acentuar a proteção dos direitos humanos, embora não sem grandes distúrbios potenciais.

LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent II. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXIII, July, 1930; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent III. *The Law Quarterly Review*, n. CLXXXVII, July, 1931; LEWIS, T. Ellis. The History of Judicial Precedent IV. *The Law Quarterly Review*, n. CXC, April, 1932.

29 – Contrários a um suposto diálogo entre sistemas distintos, vide; YOO, John; DE-LAHUNTY, Robert. J. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 29, 2005; WALDRON, J. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005; e, POSNER, Richard. No Thanks, We Already Have Our Own Laws. *Legal Affairs*, 2004; Num outro campo, admitindo, com características teóricas próprias, vide: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. 1. ed. Curitiba: Editora CRV, 2014; VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

30 – GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the Australian legal system. In: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010; PARISE, Agustín. Legal transplants and codification: exploring the north american sources of the civil code of Argentina (1871). In: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D. C.: International Academy of Comparative Law, 2010; WIGMORE, John H. A Map of the World's Law. *Geographical Review*, v. 19, n. 1, jan. 1929; TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957; PADUA, Thiago Aguiar de. O (não) diálogo entre juízes e o dilema de Ajax: uma abordagem reflexiva a partir e além da necessidade da observação da noção de “empréstimo/ transplante” de ideias. Em: TELES DA SILVA, Solange; MARI-NHO, Maria Edelvacy; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Orgs.). *Diálogos entre juizes*. Bauru (SP): Canal 6, 2015, p. 115.

31 – Por todos, confira-se: PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A circulação global dos precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2014, p. 577 e ss.

O grande problema, entretanto, parece decorrer do fato de que os que buscam a importação de modelos inspirados em outros países, tendo por seus defensores mais visíveis alguns juízes e membros do Ministério Público, em larga maioria, parecem fazê-lo com nítido viés punitivista e de recrudescimento punitivo, permeado por certa política pública populista (dentre várias, aquela inserida nos marcos da “lei e da ordem”). E isso quase sempre decorreria da conhecida doutrina da “defesa social³²”, sendo certo, a propósito, que “o campo penal não se restringe mais a um pequeno círculo de atores, teóricos e práticos”, pois é “estruturado pelo confronto das comunidades epistêmicas contrárias, cujos membros concorrem para influir na definição dos princípios que nortearão a escolha das políticas em matéria penal³³”.

Isso significa, por mero exemplo, que na disputa entre as “comunidades epistêmicas” no âmbito penal nacional, são importados institutos diversos como a “delação premiada”, como inserida na Lei Federal nº 12.850/2013 e, antes dela, nas Leis nº 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro), nº 11.343/2006 (Narcotráfico), e em outros dispositivos normativos, a exemplo da Lei nº 9.807/1999 (Proteção às Vítimas, Testemunhas e ao Réu Colaborador). Além dessas, e muito antes disso, alguns autores consideram a previsão encontrada nas Ordenações do Reino, em especial nos títulos VI e CXVI do Livro V das Ordenações Filipinas (“Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”). Deve-se ter em conta, porém, que há estridente equívoco em se considerar este último

32 – Dentre vários, confira-se: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1999; VAN SWAANINGEN, René. *Critical Criminology: Visions from Europe*. London: Sage, 1997, p. 51-107 e 97-207; LARRAURI, E. *La Herencia de la Criminología Crítica*. 3. ed. Madri: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, p. 67-75; CASTRO, Lola Aniyar de. La Criminología Crítica em Siglo XXI como criminología de los derechos humanos y contra-reforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes. *Revista Interferencia – Derechos y seguridad humana*, 2009.

33 – Por todos, confira-se: MACHADO, Bruno Amaral; ALVES, Reinaldo Rossano. Comunidades Epistêmicas e a Produção dos Decretos de Indulto no Brasil. *R. Opin. Jur.*, ano 15, n. 21, p. 53, jul./dez. 2017; ENGUÉLÉGUÉLÉ, Stéphane. As comunidades epistêmicas penais e a produção legislativa em matéria criminal. Tradução Wagner Amorim Madoz. Revisão Bruno Amaral Machado. *Revista Droit et Société*, Paris, n. 40, p. 563-581, 1998.

caso como similar à hipótese de delação premiada, uma vez que se trata do mero exercício do poder moderador atrelado ao ato de clemência real, e não de persecução penal ou proteção de qualquer espécie³⁴, sugerindo-se atenção de caráter continuísta e crítica³⁵.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em texto propedêutico fundamental para a disciplina do processo penal, apresentado inicialmente perante a Comissão de Estudos criada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Instituto Max Planck no “Projeto a Justiça como garantia dos direitos humanos na América Latina”, de maio de 1998, e depois publicado na revista da UFPR³⁶, ressaltou não apenas a importância do estudo dos sistemas processuais (inquisitório e acusatório) com a diferenciação feita “pelo critério de gestão da prova”: no inquisitório vinculado essencialmente ao magistrado; no acusatório como “instrumento de descoberta de uma verdade histórica”. Notadamente, este último modelo estaria relacionado ao modelo inglês, dentro do *common law*, como um processo de partes, com o juiz em posição passiva. Com isso, o autor conclui que o modelo brasileiro seria essencialmente “inquisitório”, pois a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz, o que é algo “imprescindível para a compressão do direito processual penal vigente no Brasil”,

34 – Como consta dos comentários ao Quinto Livro das Ordenações Filipinas, Título CXVI, nota n. 1, “O poder moderador pode perdoar a pena à quem entender que merece clemência. A doutrina desta Ord. não he seguida presentemente, parecendo immoral, ou promotora de tendências ou actos em desacordo com os bons sentimentos que devem existir em Cidadãos de um Paiz livre, e que se respeitam”. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Comentários na decima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747, desde 1603 ate o prezente por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Ou seja, sendo ato de clemência do poder moderador, presentemente trata-se de tema que viola a tripartição de poderes, de acentuada imoralidade e que não era adotada nem na vigência das ordenações.

35 – Em especial a nota de rodapé n. 6 da importante pesquisa de Ricardo Sontag. Cfr.: SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, 2019.

36 – COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

não obstante inexista pureza nos sistemas processuais, pois são todos eles sistemas “mistos”.

Ainda, conforme apontado pelo mesmo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, aqui fundado em Franco Cordeiro³⁷, no Processo Penal Brasileiro atual (1941), o juiz pode fazer quase tudo o que quiser dentro da chamada “lógica deforme” a partir do “quadro mental paranoico” forjado a partir da lógica do primado das hipóteses sobre os fatos³⁸. E isso figura algo muito similar a um dos pilares do realismo jurídico norte-americano, em que primeiro se decide e apenas posteriormente se fundamenta a decisão previamente adotada³⁹. Neste ponto, aliás, é importante recordar também o realismo jurídico escandinavo, o qual contempla certa visão de mundo peculiar sobre o direito romano e o *common law*⁴⁰. Ainda,

37 – CORDERO, Franco. *Guida allá procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51-52.

38 – COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n. 183, p. 112, 2009.

39 – GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Edição do Autor, 2013; STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Confira-se, ainda: PÁDUA, Thiago Aguiar; BRAGANÇA FERREIRA, Fabio Luiz; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges. A Outra Realidade: o Panconstitucionalismo nos Istaites. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, número especial, p. 857-604, 2015.

40 – Os principais nomes do realismo jurídico escandinavo são Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona e Alf Ross, sendo certo que diferencia-se do realismo jurídico norte-americano por diversos traços de suas características, notadamente porque neste último há marcante presença de pragmatismo, enquanto naquele primeiro há predominância de reflexão filosófica, e aspectos que atribuem certas forças místicas e superiores aos humanos (forças misteriosas e divinas), sendo relevante destacar: “No antigo Common Law, por exemplo, Hägerström aponta a convicção segundo a qual os juízes e o rei responsável por dar instruções aos julgadores – principalmente em questões processuais – não configuravam o direito conforme as suas vontades, mas sim buscavam conformar as decisões ao direito preexistente, cujas variadas fontes contavam com os costumes, o direito canônico e com ensinamentos jurídicos romanos. Graças a tal convicção, juízes e reis não eram tidos como totalmente livres para exercer suas vontades e criar o direito, em que pese os espaços para interpretação de costumes e antigas fontes. Porém, assim como em Roma, o *Common Law* não poderia ser sustentado por um acordo de vontades. Isso seria o mesmo que dizer que uma moral predominante depende de uma resolução popular para que continue a ser dominante. Contra esse tipo de voluntarismo místico, Hägerström sustenta a existência de uma relação entre a força do direito e a crença na força do direito: o poder de um sistema jurídico emana da própria ideia de que tal sistema é dotado de poder, e o povo é governado por essa ideia”. Cfr. BARROS, Matheus de. Realismo jurí-

importa lembrar do realismo jurídico vienense⁴¹, do qual Hans Kelsen seria o expoente maior.

Mais recentemente, Miranda Coutinho, em exposição intitulada “Americanização à Brasileira – um desafio à Constituição e ao Processo Penal⁴²”, observou a impropriedade de importações legais indevidas por meio do “*direct transplant*”, especialmente através da utilização de decisões judiciais, observando a Lei como nossa fonte primeira, fonte de nossa “moralidade”.

E é exatamente sobre esse tema que se propõe a reflexão acerca da disposição contida no art. 386 do Decreto nº 848/1890, que a par de disciplinar a Justiça Federal, organizar o Supremo Tribunal Federal, dentre outras situações, também dispôs que nosso país passaria a ingressar no modelo do *common law*, ao estabelecer que se ingressaria em modelo aparente e radicalmente distinto de maneira expressa⁴³. Observe-se, ainda, a exposição de motivos do referido Decreto 848/1890, levado a cabo por Manuel Ferraz de Campos Sales, à época Ministro da Justiça no governo de Deodoro da Fonseca, posteriormente 3º Presidente do Estado de São Paulo, e na sequência o 4º Presidente do Brasil. Quanto ao tema, a referida exposição já atribuíra explicitamente ao juiz o papel de poder recusar aplicação da Lei contrária à Constituição⁴⁴, com destaque ao papel

dico escandinavo e a noção de ponto de vista interno. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, n. 3, p. 299-300, 2020.

41 – CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: D’ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 152.

42 – CHIASSONI, Pierluigi. Wiener Realism. Em: D’ALMEIDA, Luís Duarte; GARDNER, John; GREEN, Leslie (Org.). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, p. 152.

43 – Eis a referência: “Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal”. Cfr. Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890, Coleção de Leis do Brasil - 1890, página 2744.

44 – Eis a referência: “A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do

do liberalismo político e o papel político dos juízes⁴⁵, traçando também o mote sobre o elemento motriz que permitirá a dualidade de codificações, tanto na esfera federal quanto na esfera estadual⁴⁶, e a confessada preocupação com relação aos direitos do acusado em esfera criminal contra o poder abusivo de certos juízes⁴⁷.

Além disso, a mesma exposição de motivos estabeleceu a vinculação da importância do *habeas corpus* como elemento de soberania do cida-

poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não á Constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo conseguiu-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa”.

45 – Eis a referência: “A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos. Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto”.

46 – Eis a referência: “O organismo judiciario no systema federativo, systema que repousa essencialmente sobre a existencia de duas soberanias na triplice esphera do poder publico, exige para o seu regular funcionamento uma demarcação clara e positiva, traçando os limites entre a jurisdicção federal e a dos Estados, de tal sorte que o dominio legitimo de cada uma destas soberanias seja rigorosamente mantido e reciprocamente respeitado [...] A organização contida no decreto, que ora submetto á vossa assignatura, rigorosamente calcada sobre as bases estabelecidas pela Constituição, remove todas as difficuldades e evita todos os perigos, traçando com clareza e precisão os limites da competencia entre a Justiça Federal e a dos Estados, de tal modo que cada uma, resguardada de todo o perigo de invasão, conservará na mais completa integridade a sua autonomia jurisdiccional”.

47 – Eis a referência: “No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutaes ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada pôde ser mais prejudicial á causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias e subtilezas, de subterfugios e ciladas, que commumente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o órgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do acusado extorquida á força de uma sagacidade criminosa. No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente - sim ou não - e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E' a instalação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa”.

ção⁴⁸, bem como a promessa de que a garantia dos direitos individuais seria importante elemento do sistema⁴⁹. Também consignou o reconhecimento de que a luta entre um indivíduo e o Estado era desigual e, portanto, digna de atenção a partir de um poder independente⁵⁰, para que o poder judiciário se preocupasse apenas com a salvaguarda dos direitos do cidadão, e não com a prática de atos políticos⁵¹. O texto previa ainda a lacônica finalização de que não iria se alongar mais sobre questões processuais, pois já seriam conhecidas e fruto de pequenas modificações, muito embora o que se tenha visto na prática é a completa “americanização” do direito brasileiro, o que rompeu com a tradição anterior.

Exatamente por esta ruptura, houve grande dificuldade de aceitação por parte dos juristas da época, sendo notável a opinião de João Mendes Junior de que a Constituição de 1891 não proibia o Congresso Nacional de legislar sobre o direito processual das justiças estaduais (locais), e de que “os Estados não pod[iam] absolutamente legislar sobre actos decisórios e somente podem legislar sobre actos ordinatorios do processo, quando não houver sobre o caso lei federal⁵²”. Atribuiu-se, ainda, tais

48 – Eis a referência: “O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu ás disposições relativas ao habeas-corpus. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior effica-cia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que soffre o constran-gimento, ficou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de habeas-corpus. Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos á previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. E' este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano”.

49 – Eis a referência: “O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes”.

50 – Eis a referência: “O principio fundamental de que só um poder judicial indepen-dente é capaz de defender com efficaia a liberdade e os direitos dos cidadãos na lucha desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado”.

51 – Eis a referência: “A magistratura federal fica de posse das principaes condições de independencia - a perpetuidade, a inamovibilidade e o bem-estar. E, si accrescentar-se a isto, que ella, no nobre exercicio de suas elevadas funcções, applicando a lei nos casos occorrentes e julgando da inapplicabilidade das suas clausulas ou preceitos mediante pro-vocação dos interessados, todavia não desce jámais a immiscuir-se nas questões politicas, ver-se-ha que ficou-lhe assignalada uma posição solida, de socego e tranquillidade de consciencia, aliás indispensavel para que ella possa manter-se nas altas e serenas regiões de onde baixam os arestos da justiça”.

52 – MENDES JUNIOR, João. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasilei-

problemas à “falta de preparo e anarquia” dos legislativos estaduais⁵³, o que fora contrariado por Pedro Lessa, em opinião diversa, o qual reconheceu que nosso constituinte de 1891 se limitou a copiar a Constituição norte-americana⁵⁴.

Foi exatamente João Mendes Junior que, já em 1904, buscava resistir e criar embaraços jurídicos para a ruptura operada pelo Decreto 848/1890, quando disse ser absurda a disposição que inseriu entre nós o *common law*, pois em sua opinião já se teria aqui a Lei de 18 de Agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), enquanto o *common law* já ia perdendo influência nos Estados Unidos e na Inglaterra, conforme a opinião daquele jurista que posteriormente viria a ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

Segundo seu raciocínio, o DNA nacional jurídico seria atribuído a modelo estabelecido pelo Marquês de Pombal em nosso Direito Oitocentista, o que, seguramente, é paradoxal se estivesse falando, e se falou, em manter o “gênio da raça” contra uma protoideia de resistência à colonização jurídica. Sugeriu-se agenda de pesquisa específica, uma vez que a Lei da Boa Razão previa certo caráter de suposta completude do ordenamento baseada exatamente na ideia de colonização a partir de elementos também chamados de “mecanismos completude, coerência e do ordenamento português oitocentista”, o que envolvia:

ro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p. 124 e ss, 1899.

53 – VILLABOIM, Manoel Pedro. “O processo criminal brasileiro” por João Mendes de Almeida Junior. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 8, p. 139, 1900.

54 – LESSA, Pedro Augusto Carneiro. Da competência do Estado para legislar sobre o processo das justiças locais. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, p. 147 e ss, 1899.

55 – A referência completa é digna de nota: “como, pois abandonar o nosso direito subsidiário, tão perfeitamente determinado pela Lei de 18 de Agosto de 1769, como renegar os costumes da nossa raça, os estylos do nosso foro, os arestos dos nossos tribunaes, para declarar especialmente subsidiários «os estatutos que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity», casos estes que nada mais são do que arestos de tribunaes, arestos que, só por força do tradicionalismo da raça ingleza, têm efficacia jurídica e que, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, vão perdendo a influencia?”. Cfr. MENDES JUNIOR, João. As formas da praxe forense. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 12, p. 23 e ss, 1904.

- a) costume como fonte supletiva do direito, com requisito de validade de ser conforme a boa razão, não contrariar a Lei e ter mais de cem anos de existência;
- b) na verificação de lacunas, deve-se buscar o Direito Romano, conforme a boa razão, a *recta ratio* do jusnaturalismo;
- c) caso a lacuna dissesse respeito a matérias políticas, econômicas, mercantis ou marítimas, determinava-se o uso das nações cristãs;
- d) em caso de antinomia, o intérprete deveria aplicar a norma dita mais adequada pelo Rei ou que fosse definida como tal a partir dos Assentos da Casa de Suplicação⁵⁶.

Os elementos que fizeram João Mendes Junior refutar o art. 386 do Decreto 848/1890, e sua consequente determinação de inserção nacional nos quadrantes do *common law*, vinculados à Lei da Boa Razão, demanda termos em mente que antes dela havia fatores supostamente impeditivos, considerados “negativos para o estabelecimento de uma justiça eficaz e efetivamente centralizada tanto no direito material como no processual⁵⁷”, inspirando o denominado iluminismo jurídico⁵⁸ subsequente, que surge com clara intenção de estrangular e limitar a possibilidade de interpretação dos doutores juristas, pois “a razão e a vontade do monarca são as fontes do direito” segundo a Lei da Boa Razão, nascida para centralizar e unificar.

Se o fundamento doutrinário de João Mendes Júnior para afastar o *common law* foi o de que o Brasil já dispunha da Lei da Boa Razão, e se esta norma representava a reafirmação do poder monárquico, então não soaria exagero alegar que o quadro também escondia uma imagem de

56 – GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A completude do ordenamento jurídico na lei da boa razão: a teoria de Norberto Bobbio e a experiência jurídica pombalina. *Scientia Iuris*, v. 2, p. 208, 1999.

57 – WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José Mesquita Cavalleiro de Macedo. Despotismo Ilustrado e Uniformização Legislativa: O Direito Comum Pombalino e Pós-Pombalino. *Ciências Humanas*, v. 20, p. 143-160, p. 416, 1997.

58 – CATTANEO, Mario. *Iluminismo e legislazione*. Milão: Ed. Comunità, 1966, p. 13.

disputa entre república e monarquia, a primeira instituída com a determinação de inserção do modelo americano entre nós, a segunda sendo defendida através da defesa e prevalência de um de seus grandes instrumentos normativos. O problema, claro, foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Apelação 745, de 1902.

Entretanto, é fato plenamente visível que Rui Barbosa foi o grande artífice da inicial “americanização” de nosso modelo, de forma mesmo apaixonada, quando disse que o direito americano seria “nossa lâmpada de segurança”, em caráter triplo (antecedentes, decisões e doutrinadores), e que a então nascente Constituição brasileira de 1891 era “filha” do direito americano, por ele chamado de “foco luminoso”, e cujo fundamento por ele utilizado foi exatamente o art. 386 do Decreto 848/1890, e sua previsão do “common law” à brasileira⁵⁹.

Tão relevante o tema discutido em 1893 por Rui Barbosa, a propósito, que 97 anos depois ocorreria o famoso debate entre Moreira Alves e Paulo Brossard sobre o papel do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o primeiro dizia que “o Supremo está acima dos demais poderes”, pois segundo Moreira Alves, fundado em Rui Barbosa, examinar os atos “em abstracto” seria função política e não jurídica. O segundo, por sua vez, repudiava esta alegação com base no mesmo Rui Barbosa. Dizia ele que, na verdade, tal perspectiva não advinha de Rui, pois estava mais vinculada às origens europeias das Cortes Constitucionais. Diante disso, o debate permanecia com a dúvida sobre o “Supremo estar acima dos demais poderes⁶⁰”. De fato, a leitura do debate demonstra que estavam Moreira

59 – O trecho: “Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, através dos artificios, com que as conveniências e os infortunios de uma epocha anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedencias, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha delle, e a propria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos organicos da justiça federal, que “os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações juridicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity serão subsidiários da jurisprudência e processo federal”. Cfr. BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Distrito Federal: Companhia Impressora, 1893, p. 16.

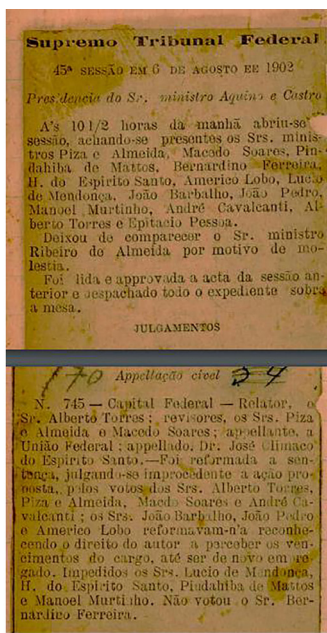
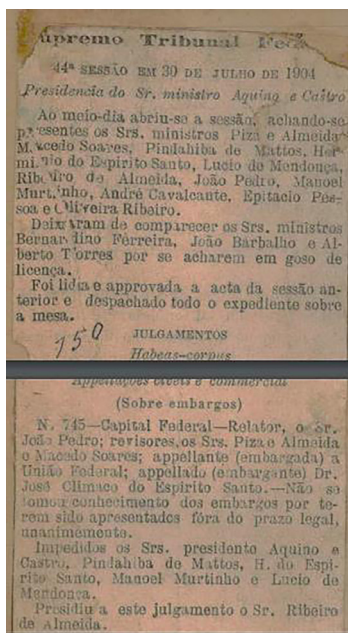
60 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.941, relator mi-

Alves e Paulo Brossard a falar de coisas distintas, reverberando, entretanto, um sutil conflito de identidade, menos sobre a superioridade desse ou daquele órgão do que sobre a matriz teórica do modelo jurídico (*civil law* x *common law*), muito embora não tenham citado o Decreto nº 848/1890, e nem a decisão do STF de 1902.

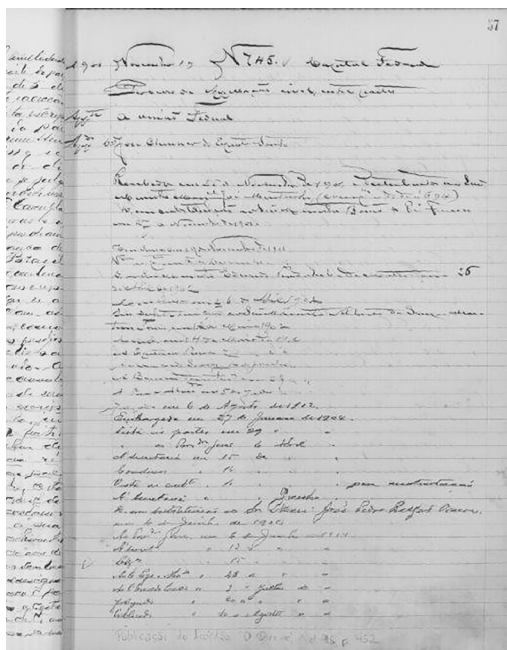
2. O Supremo Tribunal Federal diante do dilema: a ACi nº 745

Uma abordagem sobre a importante decisão do Supremo Tribunal Federal na Apelação 745, de 1902, que enfrentou o tema do Decreto nº 848/1890, o qual inseriu o Brasil no modelo do *common law*, deve iniciar pela constatação de que, infelizmente, o STF não preserva em seu acervo o referido documento (inteiro teor do processo), o que revela um duplo problema: além de denotar péssimo zelo pela própria história naquela época, numa segunda camada, denota desapego pela importância política e jurídica da referida discussão. Por tal razão, o acesso ao acórdão exigiu pesquisa na biblioteca do Supremo Tribunal Federal e também ao arquivo da referida instituição, com localização da Ata de Julgamento tanto do caso principal em 1902, quanto dos Embargos de Declaração, em 1904:

nistro Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, 09.02.1990; VALLS, Luiz. *Brossard: 80 Anos na História Política do Brasil*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004. p. 497; BRAGANÇA FERREIRA, Fabio Luiz; PÁDUA, Thiago Aguiar. Entre o tribunal e o parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na Reforma Política. *Revista da AGU*, v. 14, n. 04, p. 231-270, out./dez, 2015, p. 238-241.



Naquela manhã de 6 de agosto de 1902, chamou atenção o número de ministros impedidos para julgar a causa, os senhores Lúcio de Mendonça, Hermínio Espírito Santo, Pindahiba de Mattos e Manoel Murinho, juntos com a omissão de voto do Sr. Bernardino Ferreira, ou seja, 5 Ministros num colegiado de 15, em que um deles já era o Procurador-Geral e outro o Presidente da Corte. Também chamou atenção o fato de os Embargos de Declaração contra a decisão terem sido julgados apenas 2 anos depois, ao meio-dia de 30 de julho de 1904, com um fundamento demasiado simples, a rejeição por intempestividade. O registro manuscrito:



Se por um lado, o art. 387 (depois renumerado para 386, do Decreto nº 848/1890) inseriu o país no modelo do *common law*, o Supremo Tribunal Federal tratou de mitigar a questão através da Apelação 745, de 1902, uma vez que estabeleceu os seus critérios e parâmetros. No entanto, de maneira explícita admitiu e chancelou que, em certos casos, o sistema jurídico brasileiro adotasse o modelo *common law* de maneira mitigada (porém, legitimada pela mais alta Corte do Brasil)⁶¹.

61 – No que se refere a este aspecto, não se pode esquecer da luta de Rui Barbosa para fazer implementar o regime republicano de feição norte-americana contra a mentalidade da época. Ver: NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 67, p. 146, jul./set. 1980; ainda o precioso estudo de Fábio Furrier, examinando a importância da história do Brasil por meio das decisões do STF, em especial o papel de Rui. Cfr. FURRIER, Fábio Luis. *A evolução do conceito de questão política na obra de Rui Barbosa: pequena história da afirmação do Judiciário como Poder na República Velha (1892-1914)*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UniCEUB, Brasília, 2017.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha guardado ou preservado em seus arquivos o inteiro teor do processo, ao menos o fez publicar esse acórdão em 1905 na *Revista O Direito*⁶², o que permitiu que fosse possível a sua análise de maneira inédita⁶³, 116 anos depois, de forma crítica, sistemática e sugestiva de novas reflexões e agendas de pesquisas futuras. Pois bem, observe-se que o caso da Apelação 745 de 1902 apresenta um tema simples, embora engenhoso, enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal. Cuida-se de uma Apelação interposta pela União contra decisão de primeira instância, tendo por recorrido o Sr. José Climaco do Espírito Santo, que teria concorrido ao cargo de Juiz Seccional Federal do Estado de Mato Grosso, tendo sido proposto pelo Supremo Tribunal Federal ao Governo, e devidamente nomeado por meio do Decreto de 9 de setembro de 1899, recebendo o título respectivo, mas o Governo teria posteriormente tornado o mencionado Decreto sem efeito, com a subsequente nomeação de outro para o cargo.

Contra o ato governamental, portanto, o Sr. José Climaco do Espírito Santo judicializou o tema alegando violação às garantias da magistratura. Disse, ainda, que a legislação da época propugnava a nomeação de Juizes como ato complexo que exigia a participação mediante proposta do STF, e que, por isso, não poderia o Governo simplesmente tornar o ato sem efeito. Arrematou, por fim, o fundamento que mais importa para este

62 – Cfr.: *O Direito*: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano XX-XIII, v. 96º. Rio de Janeiro: M Orosco & C, 1905, p. 462.

63 – Nem mesmo as publicações institucionais do Supremo Tribunal Federal denominadas “Memória Jurisprudencial”, sobre importantes ministros da história da Corte, tocaram no tema ou na Apelação 745. Até o presente, são 13 volumes dedicados a resgatar a memória da Corte através de seus ministros: Epitácio Pessoa (1902-1912), Pedro Lessa (1907-1921), Carlos Maximiliano (1936-1941), Castro Nunes (1940-1949), Orozimbo Nonato (1941-1960), Ribeiro da Costa (1946-1966), Hahnemann Guimarães (1946-1967), Nelson Hungria (1951-1961), Victor Nunes (1960-1968), Evandro Lins (1963-1969), Aliomar Baleeiro (1965-1975), Leitão de Abreu (1974-1981), Teori Zavascki (2012-2017). Nem mesmo mereceu abordagem nos 21 volumes do projeto da FGV “História Oral do Supremo”, série de entrevistas com diversos ministros do STF com a finalidade de preservação da história da Corte: 1) Rafael Mayer, 2) Aldir Passarinho, 3) Sepúlveda Pertence, 4) Cezar Peluso, 5) Sydney Sanches, 6) Célio Borja, 7) Carlos Velloso, 8) Néri da Silveira, 9) Nelson Jobim, 10) Eros Grau, 11) Luís Roberto Barroso, 12) Luiz Fux, 13) Moreira Alves, 14) Ilmar Galvão, 15) Francisco Rezek, 16) Teori Zavascki, 17) Octavio Gallotti, 18) Marco Aurélio, 19) Ayres Britto, 20) Paulo Brossard e 21) Dias Toffoli.

estudo, qual seja, de que o Brasil adotava o *common law* como fonte do direito, expressamente o *common law* americano, invocando o precedente do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, fazendo-o em dois sentidos. O primeiro de *ratio decidendi*, com os fundamentos pelos quais a Suprema Corte Americana teria delineado os fundamentos da investidura do cargo de magistrado no caso concreto. O segundo, sobre o papel de fiscalizador da constitucionalidade dos atos do governo (*judicial review*).

Noticia-se que o Juiz Federal de primeiro grau proferiu sentença procedente do pedido, tornando-se inválido o ato governamental de tornar sem efeito a nomeação, e subsistente a nomeação do Sr. José Climaco do Espírito Santo para o cargo de Juiz Federal. Aqui, foram três os fundamentos do juízo de primeiro grau: 1) o decreto de nomeação já era o próprio título de posse, e se o recorrente não prestou juramento constitucional e nem entrou em exercício regular, foi por motivos alheios à sua vontade; 2) resolução também segundo as Ordenações Filipinas, Livro 4, título 53, § § 3º e 4º, segundo a qual o título de nomeação seria regido por relações possessórias, “e a posse da coisa também se adquire, não havendo quem a contradiga, pelo justo título de aquisição”; e, 3) a revogação da nomeação de um empregado público seria apenas permitida quando fosse o caso de empregado demissível *ad nutum*, diferente da nomeação de um magistrado, vitalício e inamovível, com o direito adquirido, apenas admitindo disposição de afastamento nos termos da Lei.

Contra a referida sentença apelou a União. O resultado foi que o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão em grau de recurso, afirmando que a decisão teria se dado sem base de Leis Brasileiras, o que contrariaria, segundo o entendimento firmado, os preceitos de direito público nacional. Além disso, entendeu que a vitaliciedade só nasce com a entrada em exercício, e também entendeu que não era cabível invocar preceitos de direito privado para solucionar questões de direito público, “corruptela que visivelmente nasce da viciosa denominação de direitos adquiridos e prerrogativas asseguradas em prol da justiça aos magistrados”, conforme trecho decisório.

Quanto ao tema central do Decreto nº 848/1890, e o Brasil como um país de *common law*, nos termos da segunda parte do dispositivo, entendeu o STF que o direito subsidiário para os Tribunais só tem força obrigatória: “a) em falta de lei nacional que, expressa ou implicitamente, resolva a questão; b) na matéria regulada por lei ou, quanto aos julgados americanos, nas matérias que forem objeto da *common law* ou da *equity*”. O acórdão preconiza ainda que não se aplica aos casos de direito Público Constitucional, em razão da força e sentido de termos uma constituição escrita, desenvolvendo ainda uma dicotomia sobre as duas partes da decisão do caso *Marbury v. Madison*, uma delas sobre a afirmação da supremacia judicial no caso do *judicial review*, e outra sobre a parte fático-jurídica relativamente ao momento em que incidem as garantias legais da magistratura, tornando o caso *José Climaco do Espírito Santo v. União* a nossa emulação jurídica do caso *Marbury v. Madison*⁶⁴, embora com releitura absolutamente distinta, pois aproveita a doutrina do controle dos atos governamentais, e despreza as *rationes decidendi*, em puro esforço hermenêutico fictício.

Tal questão importa para o Processo Penal e para o direito brasileiro de diversas maneiras. Primeiro, no que se refere ao problema de ausência de critérios de distinção do que seria direito público. Depois, a partir dessa anomia, admitir-se que na ausência de Lei, poder-se-ia implementar a incursão sobre as fontes subsidiárias, notadamente o *common law* norte-americano. Ainda, sobre a crítica de utilização de elementos de direito privado para solucionar questões de direito público, eterno drama da Teoria Geral do Processo sob as lentes críticas dos juristas do processo penal. Por último, preconizar que se a matéria não estiver presente na Constituição Federal, admitir-se-ia abertura ao uso do modelo do *common law*.

64 – O trecho: “Nas questões de direito Público Constitucional a jurisprudência americana não constitui direito subsidiário, o que, aparentemente extranhável, se explica, entretanto, pela natureza do nosso regimen, cujos preceitos estão todos expressos ou implicitamente contidos na Constituição escrita. Essa jurisprudência será, por conseguinte, apenas elemento doutrinário de interpretação das disposições da nossa lei fundamental análogas à americana”. Cfr.: *O Direito*: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano XXXIII, v. 96º. Rio de Janeiro: M Orosco & C, p. 473, 1905.

No caso aqui apreciado, momento fundante em 1890 (art. 386 do Decreto 848), criou-se uma tentativa de ruptura com a adoção do *common law*. De outra parte, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Apelação 745 de 1902 tentaria fornecer as balizas e os contornos, sendo possível afirmar que ali se delinearía um perfeito, embora paradoxal, conflito de identidade do caso brasileiro, absolutamente fundamental para o Direito nacional, sobretudo em razão dos diversos Códigos de Processo Penal estaduais admitidos sob o mesmo signo do *common law* norte-americano.

Considerações finais

A partir das sugestões de Paolo Grossi, oportunizou-se brindar a dialética para refletir acerca do Decreto nº 848/1890 na parte em que estabelece e disciplina o uso dos mecanismos do *common law* dos Estados Unidos da América e torna o Brasil um país de breve histórico americanista. Mas, a referida incursão reflexiva ocorreu de maneira a privilegiar a descontinuidade pois, não obstante o momento atual seja sugestivo de uma americanização ou “commonlização” do Direito Brasileiro, seria muito fácil apontar elementos do passado com finalidade legitimadora e apologética, notoriamente no Direito Processual Penal.

O texto buscou sugerir agendas de pesquisa, identificando passado normativo problemático em termos de instituição de uma tradição lusitana com posterior tentativa de ruptura na República, no que foi possível identificar que o mesmo apanágio que sustenta a disputa entre os modelos no período (*civil law* x *common law*) escondiam insuspeita disputa pelos modelos políticos (monarquia das ordenações do reino, diante da república de um suposto governo das leis).

Mas, os termos ganham maiores contornos para além do possível fanatismo americanista de Rui Barbosa e das disposições de Campos Sales na Exposição de Motivos do Decreto, verdadeiras declarações de amor pelo modelo jurídico dos coirmãos do Norte. Pela espiral do debate entre João Mendes Junior e Pedro Lessa, restou verificado, ainda, algo que representa uma espécie de fantasma que atormenta o modelo jurídico

pátrio. Aqui foi possível, inclusive, escutar o som das correntes ao fundo quando mais recentemente dois significativos ministros do STF discutiram sobre o Supremo Tribunal Federal ser ou não ser superior aos demais poderes, conforme a polêmica Brossard-Moreira Alves.

Fato é que, por suposto, as pesquisas do Direito em geral, e da disciplina Direito Processual Penal em particular, mas de uma forma geral, vem negligenciando diversas implicações sobre o possível conflito de identidade brasileiro. Isso se dá, ainda que não se caia nas simplificações apressadas e ingênuas de que não existem modelos puros, ou de que um novo Poder Constituinte, como aquele de outubro de 1988, teria o condão de apagar as marcas do passado. Certamente essa afirmação seria carente de verificabilidade, especialmente por ignorar as marcas que a tradição do *common law* é capaz de produzir em suas diversas camadas.

A pergunta mais incômoda, entretanto, abrange as condicionantes normativas históricas do antigo Processo Criminal brasileiro que influenciam hoje no âmbito da intrincada relação entre os modelos de legislação escrita e do sistema *common law* no Brasil. As consequências do breve passado brasileiro como país de breve tradição do *common law* acabam influenciando no papel dos juizes como gestores da prova no Processo Penal, bem como no tratamento dispensado ao acusado. Além disso, não se pode deixar escapar que, tanto o *civil law* quanto o *common law* possuem grandes laços com o Direito Romano, mas esses laços foram absolutamente ignorados pelo Supremo Tribunal de 1902, assim como são ignorados pelo Supremo Tribunal de hoje, bem como pela maioria dos pesquisadores de ontem e de hoje. O ideal, neste ponto, seria o implemento de uma urgente agenda de pesquisa que promovesse a escavação de diversos escombros das paredes do passado.

Se por um lado é possível afirmar que o papel do Poder Judiciário, segundo o *common law* norte-americano, estava delineado nas Exposições de Motivos e nas intenções do Decreto nº 848/1890, e que o Supremo Tribunal Federal tentou mitigar a ruptura da tradição nos quadrantes da Apelação 745 de 1902, também é possível afirmar que as razões articula-

das no acórdão permitem certa margem de incerteza quanto as funções e papéis dos juízes, muito embora tenha assentado nos bancos da nossa ignorada história constitucional as lições de que o *common law* existiu entre nós como fonte subsidiária em termos de não existência de regulação do tema na Constituição escrita.

Por fim, seria de se perguntar sobre os temas do Processo Penal não propriamente internalizados nas paredes da Constituição Federal, e, ainda, da admissão das decisões estrangeiras com “dupla cabeça”: uma como marco de afirmação de certa tese, e outra a partir de suas *ratione decidendi*. Talvez a maior lição disso tudo esteja no diagnóstico da urgência em se mergulhar na tentação do agora para uma detida análise do significado e das origens de nosso possível conflito de identidade. Refletir o passado é preciso.

Texto apresentado em abril de 2021. Aprovado para publicação em setembro de 2021