

**A TRADIÇÃO DO DIREITO CIVIL DO QUÉBEC – UMA CODIFICAÇÃO DE PAÍS DE
COMMON LAW**
**QUÉBEC’S CIVIL LAW TRADITION – A CODIFICATION IN A COMMON LAW
COUNTRY***

EUGÊNIO FACCHINI NETO **

Resumo: Do ponto de vista do direito comparado, a província de Québec é um exemplo de tradição jurídica mista. Na verdade, trata-se mais de um sistema dualista, uma vez que a *common law* é o sistema jurídico usado em todo o Canadá, com exceção da província do Québec. Por outro lado, dentro desta província, a *civil law* (direito de inspiração romano-germânica) é o sistema vigente apenas para o direito privado, pois para o direito público adota-se também o sistema da *common law*. Portanto, antes de ser um sistema misto, trata-se de um sistema dualista, cada qual com sua esfera de abrangência territorial e temática. O presente texto fará uma rápida exposição histórica de suas origens e fornecerá algumas informações sobre o direito canadense como um todo, para posteriormente focar mais detalhadamente no direito civil da província de Québec.

Palavras-chave: Direito canadense. Sistema dualista. Província de Québec. Common Law. Direito romano-germânico

Abstract: From the standpoint of comparative law, the province of Quebec is an example of mixed legal tradition. In fact, it is more properly a dualist system, since the *common law* legal system is used throughout Canada, except Quebec Province. Moreover, within this province, the *civil law* (Roman-Germanic tradition) is the existing system only for private law, as for public law also follows the system of *common law*. Therefore, more than a mixed system, it is a dualist system that we must have in mind,

* ARTIGO RECEBIDO EM 05 DE ABRIL DE 2011.

** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Professor visitante da FGV/DIREITO-RIO, em cursos de MBA em Capacitação do Poder Judiciário. Endereço eletrônico: facchini@tj.rs.gov.br

each one with its own sphere of territorial and subject matter coverage. This paper will make a brief presentation of the historical origins of this interesting legal system and provide some information about the Canadian law as a whole, before focusing more closely on Québec's civil law system.

Keywords: Canadian Law. Dualist system. Province of Québec. Common Law. Civil Law.

Sumário

- I – Introdução
- II – Um pouco de história
- III – Organização judiciária canadense
- IV – O Direito Civil na província de Québec
- V – Considerações finais
- VI – Referências bibliográficas

I – Introdução

Do ponto de vista do direito comparado, a província de Québec é um exemplo de tradição jurídica mista[†], juntamente com outros países, estados ou regiões, como o Estado da Louisiana, nos Estados Unidos, a Escócia, perante a Grã-Bretanha, Israel, África do Sul, dentre outros. Ao contrário da Escócia e da Louisiana, porém, Québec conseguiu manter a cultura francesa original, bem como seu idioma. Talvez a razão dessa diferença se deva ao fato de que sua integração em uma nação de *common law* não se deu de forma pacífica, como ocorreu com a venda da Louisiana por Napoleão Bonaparte aos Estados Unidos, em 1803 (a famosa *Louisiana purchase*, ou seja, a compra não só do que hoje compõe o Estado sulista da Louisiana, mas de toda a parte central dos Estados Unidos, uma área de 2.147.000 km² que se estendia do golfo

[†] Apesar de ser tradicionalmente apresentado pelos comparatistas como um exemplo de sistema misto, talvez maior razão esteja com o comparatista francês Raymond Legeais ao entender que se trata mais propriamente de um sistema dualista, pois a *common law* é o sistema jurídico usado em todo o Canadá, com exceção da província do Québec. Por outro lado, dentro desta província, a *civil law* (direito de inspiração romano-germânica) é o sistema vigente apenas para o direito privado, pois para o direito público adota-se também o sistema da *common law*. Portanto, antes de ser um sistema misto, trata-se de um sistema dualista, cada qual com sua esfera de abrangência territorial e temática. – cf. LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2^a Ed. Paris: Litec, 2008, p. 108.

do México até o Canadá, pelo valor total de 15 milhões de dólares [equivalente a 219 milhões de dólares atualizados para 2010], uma vez que Napoleão queria se concentrar mais em suas campanhas militares na Europa e precisava de dinheiro para tanto), ou sua anexação por tratado à Grã-Bretanha, como ocorreu com o reino da Escócia, em 1707, com o *Act of Settlement*, pois a província francesa do Québec foi conquistada pelos britânicos em sangrenta guerra. Talvez por isso, pela origem belicosa e inamistosa da forma como Québec foi anexado ao império britânico, é que desde sempre os habitantes daquela província se recusaram a serem absorvidos numa cultura que não era a sua e, por isso, tudo fizeram para preservar suas origens francesas, a cultura francesa, o idioma francês, o direito francês.

O presente texto fará uma rápida exposição histórica de suas origens e fornecerá algumas informações sobre o direito canadense como um todo, para posteriormente focar mais detalhadamente no direito civil da província de Québec.

II – Um pouco de história

O Canadá foi originariamente colonizado pelos franceses. Francisco I, rei da França, em 1534 enviou as primeiras expedições ao solo canadense, embora a política de uma ocupação sistemática, com envio de gente para lá morar, tenha começado mais tarde, sob o reinado dos reis Luis XIII e Luis XIV. As primeiras colônias chamaram-se de *Nouvelle France* (posteriormente, Québec), *Terre-Neuve* (Terra Nova ou, em língua inglesa, *Newfoundland*) e *Labrador*. Do ponto de vista jurídico, essas colônias seguiam o *Coutume de Paris*, direito costumeiro (mas já então compilado por escrito, por determinação régia – *ordonnance de Montils-les-Tours*, de 1454, que ordenou fossem todos os grandes costumes regionais reduzidos a escrito) em vigor na região de Paris e com grande força expansiva na própria França. O *Coutume de Paris* foi imposto como lei aplicável à *Nouvelle France* (como então era chamado o

Canadá) pelo Rei Luis XIV, pelos editos de abril de 1663 e maio de 1664. Em caso de omissão do *Coutume*, supria-se a omissão recorrendo-se ao Direito Romano, tal como sistematizado e exposto pelos grandes doutrinadores franceses, e ao Direito Canônico, nas matérias a que fosse aplicável (família e sucessões, por exemplo). A terceira fonte de direito eram as ordenações (*ordonnances*) régias[‡].

Como conseqüência de sua política expansionista, a Inglaterra, que então ainda mantinha sob seu jugo as treze colônias americanas (que posteriormente deram origem aos Estados Unidos), entrou em guerra com a França, derrotando-a em solo canadense. Com o Tratado de Paris, de 1763, todas as colônias francesas situadas ao norte dos Grandes Laços, passaram para o domínio inglês. “Graça ao liberalismo dos dois primeiros governantes britânicos (1763-1778), os colonos franceses (em torno de 65.000, enquanto os colonos ingleses não passavam de 600) conservaram o livre exercício de sua religião e o uso de sua língua.”[§] O *Act of Quebec*, de 1774, lhes reconheceu também o direito de continuarem a ser regidos pelas antigas leis francesas, com exceção do direito penal^{**}, que seria o britânico^{††}.

[‡] Sobre esses aspectos, v. TETLEY, William. “Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (codified and uncodified), 60 *Louisiana Law Review* 677, 693 (2000), *apud* GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on Western Law*. St. Paul/MN: West Publishing Co, 2007, p. 965.

[§] Michel Fromont. *Grand systèmes de droit étrangers*. 6ª Ed. Paris, Dalloz, 2009, p. 159.

^{**} Além do direito penal, praticamente todo o direito público inglês também passava a vigorar na colônia, tendo sido mantido, na verdade, o direito privado francês, principalmente o direito dos contratos, da propriedade, da responsabilidade civil – cf. BULLIER, Antoine J. *La Common Law*. 2ª Ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 26, e LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2ª Ed. Paris: Litec, 2008, p. 106. Saliente-se que tanto o direito penal como o direito processual penal canadenses foram grandemente influenciados pelo direito inglês até 1982, mesmo considerando-se que cada província tinha autonomia normativa nessa área. Todavia, a adoção, em 1982, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, alterou substancialmente a situação, pois a partir de então, por efeito de decisões jurisprudenciais, houve uma revisão de vastos aspectos tanto do direito penal quanto especialmente do processo penal, de forma a torná-los compatíveis com a nova moldura ‘constitucional’ canadense. A partir de então, a influência maior que passou a ser sentida foi a norteamericana – cf. FAIRGRIEVE, Duncan & WATT, Horatia Muir. *Common Law et tradition civiliste*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 137.

^{††} Na verdade, essa não foi uma exceção aberta ao Canadá francês, mas sim uma expressão da política internacional adotada pelo império britânico ao longo de sua existência. Desde o início do século XVII a Inglaterra havia adotado um princípio que foi aplicado a todas as suas colônias. Tal princípio foi afirmado no célebre *Calvin’s Case*, julgado em 1610, onde foi feita uma distinção: quando se tratava de um país desabitado, ou sem população considerada civilizada (o que incluía a América do Norte e, posteriormente, Austrália, Nova

Após a independência americana, alguns milhares de fiéis súditos britânicos deixaram os Estados Unidos e se refugiaram no Canadá. Com o aumento da população de ingleses, o *Constitutional Act* de 1791 resolveu dividir o Canadá em duas partes: o *Lower Canada* (atual Québec, onde predominava a população de origem francesa) e *Upper Canada* (atualmente, a província de Ontário, onde predominava a população de origem inglesa). Em 1840 tal divisão foi revertida, reunindo-se ambas as partes na *Province of Canada*, que, com o aumento da população e com a posterior expansão em direção ao oeste, não cessou de crescer.

Ao longo do século XIX, a coroa britânica incentivou uma maciça política imigratória[‡]. Isso fez com que a proporção demográfica acabasse por se inverter – atualmente, dos 33 milhões de canadenses, a província francófona de Québec conta com apenas 8 milhões de habitantes.

Por pressão dos súditos canadenses, o parlamento britânico concordou em aprovar o *British North America Act*, em 1867, criando uma Confederação denominada *Dominion of Canada*, repartindo as competências legislativas entre as províncias e a nova confederação^{§§}. O poder executivo federal passou a ser administrado pelo Primeiro Ministro canadense, embora permanecessem ativas algumas instituições britânicas, como o Governador Geral nomeado

Zelândia e certos países sul-africanos), a *common law* tradicional acompanhava os súditos ingleses, na medida em que as condições locais permitissem sua aplicação. Quando se tratasse, porém, de colônias conquistadas ou cedidas mediante tratados (o que envolvia o Canadá francês), onde uma civilização jurídica já existisse, respeitava-se o direito anteriormente vigente até que eventualmente fosse alterado por atos do parlamento britânico e ali não se aplicava a *common law*, a não ser aos súditos ingleses, em suas relações.

‡ Ao que os quebequenses responderam com a chamada *revanche des berçaux* (revanche dos berçários), adotando, durante anos, uma deliberada política de aumento de natalidade. Mas tal esforço não foi suficiente para manter a hegemonia demográfica de origem francesa.

§§ Inicialmente a federação era composta de apenas quatro províncias: Québec, Ontário, New Brunswick e Nova Scotia. Mais tarde incorporaram-se à federação outras províncias e territórios, como Manitoba (1870), British Columbia (1871), Saskatchewan e Alberta (1905), Terranova (Newfoundland – 1949), Prince Edward Island – cf. Zweigert, Konrad & KÖTZ, Hein. *Introduzione ao Diritto Comparato – vol. I – Principi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 272.

pela Rainha, além da competência jurisdicional última do *Privy Council* britânico^{***}, que restou mantida até 1949^{†††}.

Com o *Statute of Westminster* de 1931, a Inglaterra reconheceu ao Canadá uma competência legislativa igual à do Reino Unido, o que equivaleu ao reconhecimento de uma quase-independência^{‡‡‡}. A verdadeira independência veio em 1982, com a adoção de uma Lei Constitucional – *Constitution Act*^{§§§} (na verdade, trata-se de uma coletânea de textos enumerados por aquela lei, além de certas *constitutional conventions*, dos quais os mais importantes são a *British North America Act* de 1867, que passou a ser denominado de Lei Constitucional (*Constitution Act*) de 1867, onde estão estruturadas as instituições públicas canadenses, e uma Declaração de Direitos – *Charter of Rights and Freedoms* - promulgada pela Lei de 1982^{****}). A partir de então,

^{***} O *Judicial Committee of the Privy Council* é um órgão presidido pelo Lord Chancellor (equivalente ao nosso Ministro da Justiça, que na Inglaterra sempre possuiu poderes e atribuições vastíssimas, em termos de organização do Judiciário e nomeação dos seus membros) e integrado pelos juízes de cargo mais elevados, na ativa ou aposentados (os aposentados são membros de direito, mas raramente participam das sessões). Além de algumas atribuições estranhas, como examinar recursos de julgamentos de *medical tribunals* e de *ecclesiastical courts*, o *Judicial Committee of the Privy Council* é o último grau de jurisdição de suas colônias e antigas colônias que ainda admitem tal recurso. Das decisões proferidas pelas cortes de grau mais elevado das antigas colônias integrantes da *British Commonwealth*, cabe recurso, assim, para o referido *Privy Council*. Isso acontece ainda hoje com inúmeras ex-colônias africanas e acontecia com o Canadá até 1949. V. YOUNGS, Raymond. *English, French and German Comparative Law*. 2ª. Ed. London: Routledge-Cavendish, 2007, p. 94.

^{†††} Cf. LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2ª Ed. Paris: Litec, 2008, p.112.

^{‡‡‡} Efetivamente, o *Statute of Westminster* de 1931 reconhece que os *dominions* (Canadá dentre eles, mas não o único) eram “comunidades autônomas dentro do Império Britânico, iguais em *status*, em nenhum modo subordinadas umas às outras em qualquer aspecto de seus assuntos externos ou domésticos, embora unidas na comum fidelidade à Coroa e livremente associadas como membros do *British Commonwealth of Nations*”. – Cf. MATTEI, Ugo. *Common Law – Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992, p. 410.

^{§§§} Segundo o professor canadense Alex Cameron, a *Constitution Act* de 1982 representou uma verdadeira ‘revolução’ para o Canadá, não menos impactante do que a *Glorious Revolution* representou para a Inglaterra em 1688. Mas, ao contrário da Revolução Gloriosa britânica, não foram os poderes do Parlamento a serem aumentados, mas sim o dos juízes. – CAMERON, Alex M. *Power without Law. The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism*. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2009, p. 21.

^{****} Dentre os direitos fundamentais ali previstos, além daqueles mais conhecidos (liberdade de ir e vir, de pensamento, de expressão, etc.) consta o direito de usar o francês ou o inglês perante qualquer autoridade pública, inclusive em processos judiciais, bem como o direito à instrução na língua que preferir. A maioria dos direitos e liberdades ali previstos está centrada em noções liberais comuns a outras constituições do segundo pós-guerra. Porém, outros valores também estão presentes, mais caros e próximos às características do Canadá, como a garantia dos direitos de minorias lingüísticas, dos direitos dos aborígenes (com especial destaque aos *Inuit*, como são chamados os antigos esquimós), e a importante seção n. 27 da referida *Charter*, que determina que sua interpretação deva ser feita de forma consistente com o *multiculturalismo*, noção essa que absolutamente central no Canadá contemporâneo, um verdadeiro país de imigrantes, onde expressivo percentual da população não é nativa, mas oriunda de outros países (predominando os europeus na costa leste e os asiáticos na costa oeste). Sobre tais

embora formalmente a Rainha da Inglaterra permaneça sendo também a Rainha do Canadá (ali representada pelo Governador Geral, que inclui entre suas atribuições, a de apor sua assinatura em leis aprovadas pelo Parlamento Federal, simbolizando o ‘royal consent’, que, porém, jamais é negado^{†††}), o Canadá tornou-se de fato independente.

Apesar de sua independência política, no campo do direito tanto os tribunais quanto a doutrina fazem sistemática referência às instituições e institutos da *common law*^{†††}, observando as evoluções jurídicas do direito inglês e do direito norteamericano^{§§§§}.

Atualmente, o Canadá é uma federação que abrange dez províncias e três territórios. O Canadá é oficialmente um país bilíngüe – inglês e francês. Quanto às províncias, a de Québec adota oficialmente o idioma francês, a província de New Brunswick adota oficialmente os dois idiomas e as demais províncias e territórios têm o inglês como idioma oficial. Praticamente

características da *Charter*, v. BOGART, W. A., *Courts and Country – The Limits of Litigation and the Social and Political Life of Canada*. Don Mills/Ontario: Oxford University Press, 1994, p. 259.

††† Sobre o *Royal Assent*, v. as Coles Notes, *Canadian Law*. Toronto: Prospero Books, 2010, p. 6.

‡‡‡ Ao longo do texto será utilizada a expressão *common law* no gênero feminino. Embora o termo seja neutro, em inglês, é um fato que tal expressão nada mais é do que a tradução do termo que fora usado nos primeiros séculos da ocupação normanda, origem da moderna *common law: commune ley*, expressão franco-normanda que significa precisamente ‘direito comum’. É também emblemático que conhecida obra em língua inglesa, da lavra de Richard A. Cosgrove, é intitulada simbolicamente de *Our Lady the Common law*. Advirta-se, porém, que não há consenso entre os comparatistas sobre o uso do gênero masculino ou feminino. Pierre Legrand (LEGRAND, Pierre & SAMUEL, Geoffrey, *Introduction au common law*. Paris: La Découverte, 2008, p. 10/14), por exemplo, insiste longamente no sentido de que se deveria usar o masculino, pois ‘law’, em inglês, tem o significado de ‘direito’ (masculino), e não de ‘lei’ (feminino), no que é acompanhado por D. Fairgrieve e H. Watt (FAIRGRIEVE, Duncan & WATT, Horatia Muir. *Common Law et tradition civiliste*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 8).

A expressão ‘direito comum’ (*commune ley, common law*) foi usada no início da conquista normanda, na baixa idade média, para expressar que o direito que as cortes régias aplicavam tinham validade em todo o reino, ao contrário dos direitos locais e regionais, que as cortes senhoriais reconheciam e aplicavam (lembrando-se que vigorava, na idade média, o regime feudal, em que os grandes senhores detinham poderes que hoje chamaríamos de público, tais como o de cobrar taxas e de administrar a justiça em suas terras), normalmente baseado em antigos costumes.

Note-se que a expressão *common law* possui vários sentidos. Comumente ela é utilizada para identificar o conjunto de países de língua inglesa que seguem tal sistema jurídica, de origem inglesa, diferenciando-se, assim, dos demais sistemas jurídicos que possuem outra orientação, notadamente o chamado sistema romano-germânico (que os juristas de *common law* denominam de sistema de *civil law*). Por outro lado, dentro do próprio sistema de *common law*, é ela usada no sentido de expressar o direito oriundo dos tribunais régios (*judge-made law*), distinguindo-se, assim, da *equity*, expressão usada para indicar o conjunto das instituições jurídicas criadas pela *Court of Chancery*, que constituía uma jurisdição com prerrogativas próprias e independentes das cortes regulares medievais. Mais tarde, a expressão *common law* passou a ser utilizada também para distinguir-se da *statute law*, ou direito de origem legislativa.

§§§§ BULLIER, Antoine J. *La Common law*. 2ª. Ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 7

toda a população fala ambos os idiomas e toda a legislação e atos administrativos federais são publicados nas duas línguas. Isso envolve inclusive os atos judiciais, pois em qualquer processo pode se usado qualquer um dos idiomas^{****}.

Existem cerca de 20 Faculdades de Direito no Canadá. Quatro faculdades da província de Québec mantêm um ensino jurídico com base na tradição romano-germânica (*civil law*), bastante próxima ao modelo francês. Outras duas faculdades de Québec, *McGill University* e *University of Ottawa* ensinam têm um ensino voltado às duas tradições – *common law* e *civil law*. Todas as demais faculdades de direito das demais províncias ensinam apenas a *common law*⁺⁺⁺⁺. A doutrina acadêmica canadense é bastante influenciada pela doutrina e academia norte-americanas^{####}.

III – Organização judiciária canadense

A organização judiciária do Canadá e o processo canadense inspiraram-se muito nas instituições britânicas. Os juízes canadenses desempenham um papel semelhante ao dos seus colegas ingleses, especialmente em relação à forma de recrutamento, unidade e afinidade com a classe dos advogados, de onde todos provêm^{sssss}.

As dez províncias canadenses têm autonomia legislativa para organizar sua justiça penal e civil, bem como para legislar sobre processo civil (a União dispõe de competência privativa para disciplinar o processo penal^{*****}). Tanto o processo civil como o penal inspiram-se no modelo britânico.

**** DETURBIDE, Michael. “Canada”, in: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 116.

++++ DETURBIDE, Michael. “Canada”, in: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p.119.

Cf. GALLO, Paolo. *Grandi sistemi giuridici*. Torino : G. Giappichelli Ed., 1997, p. 363.

sssss LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2ª Ed. Paris: Litec, 2008, p. 108.

***** A competência normativa federal abrange matérias como defesa, navegação, direito marítimo, bancário, penal e comercial. As demais matérias envolvendo o direito privado pertencem à competência normativa das províncias, como direito de propriedade, família, bem como a legislação sobre direitos humanos, etc. – Cf.

Sendo o Canadá uma federação, a estrutura de seu aparato judicial observa tal repartição vertical de poderes. Há uma justiça provincial e uma justiça federal. A justiça provincial abrange as *Provincial Courts* e as *Provincial Superior Courts*. Os juízes integrantes daquelas são nomeados pelo Executivo provincial, ao passo que os juízes das *Provincial Superior Courts* são nomeados pelo Executivo federal (o Canadá segue a tradição dos demais países da *Common law* da nomeação de magistrados, não havendo concurso para o provimento de tais cargos. Ao contrário da maioria dos juízes estaduais norte-americanos, porém, não há eleição para juízes no Canadá⁺⁺⁺⁺).

As *Provincial Courts* são competentes em primeira instância para questões de até média importância, e as *Provincial Superior Courts* são competentes em primeira instância para as questões mais importantes, dispondo também de competência recursal em relação às *Provincial Courts*. Em algumas províncias, as cortes superiores são desdobradas em duas: uma corte de apelações e uma corte suprema, agindo como terceira instância.

Quanto à justiça federal, é desdobrada em duas instâncias. Há cerca de 30 juízes federais de primeira instância, competentes para litígios envolvendo direito federal relativo à propriedade intelectual, transporte marítimo e aéreo, questões sobre nacionalidade e demandas em que uma das partes é a Federação. De suas decisões cabe recurso para a *Federal Court of Appeals*, composta por 12 magistrados.

Desde 1875 existe, ainda, uma *Supreme Court of Canadá*, que a partir de 1949, quando foi eliminada a possibilidade de recorrer de suas decisões para o *Privy Council* britânico, sediado em Londres, passou a assumir o *status* de uma verdadeira corte suprema, decidindo em última instância os casos mais importantes da nação. Tal corte é composta por 9 juízes (sendo três

DETURBIDE, Michael. "Canada", in: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 116.

++++ DEMAKOS, Antree et alii. *Your Guide to Canadian Law*. 2a. Ed. Markham: Fitzhenry and Whiteside, 2009, p. 7.

necessariamente provenientes da Província de Québec. Dos restantes seis, três costumeiramente provêm da Província de Ontário [a mais populosa das províncias, com 13 milhões de habitantes], dois provêm das províncias ocidentais e o último provém das províncias do Atlântico^{####}). Sua principal atribuição é exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos governamentais, na forma incidental (via recurso). Além disso, seguindo a tradição francesa dos *avis*, possui também competência para dar pareceres, a pedido do governo federal, sobre questões de crucial importância jurídica (tal mecanismo é raramente utilizado, mas, quando acionado, a repercussão de tais pareceres é enorme). Seguindo a tradição dos países da *Common law*, tal corte escolhe discricionariamente os casos que pretende julgar, e usualmente não profere mais do que 60 a 100 julgamentos por ano^{#####}. Deste total, cerca de 90% diz respeito a processos criminais^{*****}.

Tal como na Inglaterra, também há inúmeros *Administrative Tribunals*, que, apesar do nome, não integram a organização judiciária. São agências administrativas independentes, que observam um procedimento ‘semi-jurisdicional’, competentes para decidir litígios administrativos e alguns outros (inclusive conflitos laborais), mas sem definitividade, pois suas decisões são sempre passíveis de controle jurisdicional.

Dentre esses *administrative tribunals*, é relevantíssima a atuação dos *Human Rights Tribunals, Boards ou Commissions* (a nomenclatura varia de acordo com a província). Embora a *Charter of Rights and Freedoms* do Canadá preveja uma série de direitos e garantias fundamentais, tais direitos e garantias somente podem ser invocados contra ações governamentais, uma vez que o Canadá segue a doutrina americana da *State Action*, segundo a qual os direitos e

Cf. vocábulo “Supreme Court of Canada”, in: YOGIS, John A & COTTER, Catherine, *Canadian Law Dictionary*. 6ª ed. Hauppauge/NY: Barron’s, 2009, p. 273.

Segundo ELLIOTT, David W. *Introduction to Public Law*. 5a. Ed. North York: Captus Press Inc., 2000, p. 47.

***** Segundo ARBOUR, Marie-Eve. “La profession forense in Canada”, in: BERLINGUER, Aldo (org.), *La professione forense – modelli a confronto*. Milano: Giuffrè, 2008, p.242, n.r. 2.

liberdades representam garantias que foram criadas para limitar a ação estatal. No campo das relações particulares, porém, vigoraria irrestritamente o princípio da liberdade. Todavia, no que se refere apenas o direito à não discriminação, além da sua inclusão na referida carta, todas as províncias possuem leis ordinárias (*human rights legislation*) disciplinando (material e processualmente) tal direito, que é então aplicável também nas relações entre particulares. Tais leis ordinárias provinciais criaram, também, os referidos *Human Rights Tribunals* para apreciar e julgar os casos de violação do direito à não discriminação. Trata-se de órgãos parajudiciais, que não integram o poder judiciário. O procedimento utilizado é mais flexível e menos formal e de suas decisões cabe recurso para as cortes judiciais (embora normalmente apenas sobre questões de direito).

IV – O Direito Civil na província de Québec

Diante da competência legislativa provincial no Canadá, cada uma de suas províncias dispõe de competência para legislar sobre direito civil. Com exceção do Québec, todas as demais províncias continuaram a seguir a tradição e orientação do direito inglês, nas várias matérias do direito privado, especialmente sobre direito dos contratos e da responsabilidade civil (inclusive com a predominância da fonte jurisprudencial, com seus diversos tipos de *torts*⁺⁺⁺⁺⁺ – *trespass, nuisance, assault, battery, libel, slander, Rylands v. Fletcher*, e, especialmente, o *tort of negligence*, dentre outros).

+++++ A expressão “*tort*”, usada em todos os países de *common law*, é uma palavra francesa, que significa *errado* ou *erro*. Em seu sentido jurídico, significa um ato ilícito que causa danos a alguém, ou seja, expressa o nosso conceito de responsabilidade civil. Não é de se estranhar que todos os países da *common law* usem essa e centenas de outras expressões de origem francesa. Isso porque na origem da *common law* encontra-se uma forte influência do antigo direito francês. Como se sabe, a história da Inglaterra e da própria *common law* está umbilicalmente ligada à conquista feita por *William, the Conqueror* (Guilherme, o Conquistador), que era o Duque da Normandia (na época, um ducado independente, que posteriormente passou a integrar o império francês, situando-se na parte ocidental da França atual). Em 1066, o normando Guilherme (ou *Guillaume le Conquérant*, como era chamado em solo francês), invocando legítimo direito sucessório ao vacante trono inglês (recordando-se que naquele período os nobres casavam entre si. Quanto mais poderoso fosse, de maior grau aristocrático deveria ser a noiva. Assim, boa parte dos reis, príncipes, duques europeus tinham algum vínculo de parentesco entre si), acompanhado de seus

Já a província francófona do Québec continua alinhada às suas origens francesas. Tal tradição, como visto, iniciou-se em meados do séc. XVII, com a introdução do *Coutume de Paris*. Tal direito costumeiro (embora reduzido a escrito) permaneceu como lei vigente em todo o Canadá até a conquista inglesa, em meados do século XVIII. Na província de Québec, porém, o *Coutume* continuou a ser a base do direito privado até 1866, quando foi promulgado o *Code Civil du Bas Canada* (como então era chamada Québec), redigido em ambos os idiomas – francês e inglês. Tal código era largamente inspirado no Código Civil francês (*Code Napoleon*, de 1804) e permaneceu substancialmente inalterado até 1955. Dividia-se em quatro partes, dispondo sobre os seguintes títulos: *De personnes*; *De la propriété et de ses diverses modifications*; *De l'acquisition et de l'exercice du droit à la propriété*; *Du droit commercial* (quanto à integração de um livro sobre direito comercial no âmbito de um código civil, o código quebequense se afastou da tradição francesa de manter códigos separados para ambas as áreas).

Interessante notar que a lei de 1857 que determinou o início dos trabalhos para a elaboração de um código civil para substituir o antigo *Coutume de Paris*, definiu que os membros da comissão elaboradora então instituída deveria se apoiar no Código Civil francês de 1804 e no Código Civil do Estado americano da Louisiana, de 1808 e republicado em 1825. Interessante, também, que o projeto foi elaborado não por acadêmicos, mas sim por três juízes (Caron, Day e Morin)#####.

súditos, invadiu a Inglaterra e conseguiu derrotar os demais pretendentes ao trono, na célebre batalha de Hastings, assumindo a coroa inglesa e iniciando uma nova dinastia. Durante séculos, o idioma oficial da corte e dos tribunais que ele e seus sucessores implementaram, foi o francês (no caso dos tribunais, o chamado *law french*). Parte da terminologia que desde então passou a ser usada, continuou em uso até hoje, mesmo após o inglês ter a substituir o francês como língua jurídica oficial, em 1650. Quando os ingleses expandiram seu império para o novo mundo e outras regiões do planeta, levaram consigo seu aparato jurídico, suas instituições judiciárias e seu vocabulário peculiar. Essa a razão pela qual também no Canadá, assim como nos Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, etc, as mesmas peculiaridades terminológicas são encontradas.

LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2ª Ed. Paris: Litec, 2008, p. 109.

Em 1955 foi criada uma comissão encarregada de rever o velho código – *Civil Code Revision Office* (C.C.R.O.), que foi reorganizada em 1966, no auge da chamada *Quiet Revolution*. ‘Revolução silenciosa’ foi o nome dado a um movimento intelectual e social que havia iniciado a partir do segundo pós-guerra, buscando uma ampla reforma em Québec, abandonando-se os valores demasiadamente conservadores tão caros aos antigos quebequenses. Passou-se a pretender, assim, não mais uma simples revisão atualizadora, mas um novo código, mais adaptado aos valores contemporâneos. A C.C.R.O. trabalhou com afincamento durante cerca de doze anos, dividida em 43 comitês e produzindo 64 relatórios temáticos. Em 1980 entrou em vigor uma parte do novo código, disciplinando o direito de família. De 1983 a 1991 outras oito partes foram entrando sucessivamente em vigor. Finalmente, em dezembro de 1991 foi promulgado um novo Código Civil, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994, denominado de *Code Civil du Québec*^{ssssss}.

Trata-se de uma bela obra jurídica, com mais de 3.000 artigos, em estilo e vocabulário bastante modernizado, desprezando vetustas classificações francesas (como a partição dos atos jurídicos em contratos, quase-contratos, delitos e quase-delitos, que foi substituída pela classificação binária de obrigações contratuais e obrigações legais). O código coloca como aspecto central o respeito à pessoa humana e aos direitos humanos.

O código, redigido nas duas línguas oficiais, inglês e francês, é dividido em dez partes: *Les personnes, La famille, Les successions, La propriété, Les obligations, Les hypothèques, La preuve, Les prescriptions, La publicité des droits, Le droit international privé*.

Sinalizaremos algumas das características desse novel código, em matéria obrigacional. Ainda que se mantendo fiel à tradição *québécois* e francesa, a nova codificação adotou uma

^{ssssss} Conforme TETLEY, William. “Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (codified and uncoded), 60 *Louisiana Law Review* 677, 693 (2000), *apud* GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.: PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on Western Law*. St. Paul/MN: West Publishing Co, 2007, p. 967.

nouvelle morale contractuelle, interpretada como uma relativização da força obrigatória da vontade das partes, um alargamento da noção de lesão e de dolo contratual, regulamentação das cláusulas abusivas, conversão do direito à resolução por inadimplemento de pouca monta em direito à redução proporcional da própria prestação (teoria da *substantial performance*), bem como pela decidida adoção dos princípios da equidade e da boa-fé objetiva. Esta foi prescrita em termos amplos, afirmando-se que “la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant au moment de la naissance de l’obligation qu’à celui de son exécution ou de son extinction.”*****

No que se refere à resolução do contrato por inexecução, afastou-se da tradição francesa de exigir a intervenção judicial para proclamá-la, podendo ela ser denunciada unilateralmente nas hipóteses previstas no art. 1.605 (constituição voluntária ou legal em mora).

Consagrou-se, igualmente, a previsão da imposição de *dommages-intérêts punitifs* (danos punitivos) em certas hipóteses de descumprimento contratual, recomendando-se, porém, que “Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent pas excéder en valeur ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.”+++++

Por outro lado, o Québec alinha-se entre as experiências jurídicas que aboliram a distinção entre Direito Civil e Direito Comercial. Abandonou as noções de ato de comércio e

***** “A boa fé deve governar a conduta das partes tanto no momento do nascimento da obrigação como naquele de sua execução ou de sua extinção”.

+++++ Em tradução livre - Art. 1.621: “Quando a lei prevê a imposição de danos punitivos, o valor destes não pode exceder o que for suficiente para garantir sua função preventiva. Ele é fixado levando-se em conta todas as circunstâncias apropriadas, notadamente a gravidade da culpa do devedor, sua situação patrimonial ou a extensão da reparação já devida ao credor, assim como, se for o caso, do fato que a obrigação de pagar, no todo ou em parte, é assumida por um terceiro.”

de comerciante, adotando, em seu lugar, a noção de contratos concluídos para fins de uma empresa. De fato, segundo seu art. 1.525, “Constitue l’exploitation d’une entreprise l’exercice, par une ou plusieurs personnes, d’une activité économique organisée, qu’elle soit ou non à caractère commercial, consistant en la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.”

No campo da responsabilidade civil, o código quebequense mantém-se dentro da tradição francesa, distinguindo a *responsabilité de son fait personnel* (responsabilidade pessoal fundada substancialmente na culpa pela violação de um dever, causando danos caracterizados como corporais, morais ou materiais), a *responsabilité du fait ou de la faute d’autrui* (responsabilidade pelo ato ou culpa de outrem, disciplinando a responsabilidade dos pais, tutores, curadores e preponentes ou empregadores), e a *responsabilité du fait des biens* (responsabilidade pelo fato das coisas, agrupada em quatro casos: responsabilidade do guardião de um bem, do guardião de um animal, do proprietário de um imóvel, em caso de sua ruína, e responsabilidade do fabricante ou do distribuidor de um bem móvel, em caso de ‘défaut de sécurité’ (falha na segurança)).

Merece referência a regulamentação do instituto da *fiducie*, inspirada no *trust* da tradição da *Common law*. A fidúcia já havia sido introduzida no antigo código de 1866, mas de forma tímida e lacunar. O Código de 1994 lhe dedica longos 43 artigos, agrupados sob o título “*De certains patrimoines d’affectation*”. Percebe-se, assim, que diferentemente do *trust* inglês, cuja noção repousa sobre um desdobramento do direito de propriedade^{#####}, a fidúcia foi concebida no

A figura do *trust* serve para ilustrar uma das grandes diferenças entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais – a *common law* e a *civil law* (direito romano-germânico). O direito de propriedade ocupa um lugar privilegiado na tradição da *civil law*, pois é considerado o direito subjetivo por excelência. A noção de direito subjetivo, por sua vez, foi a via encontrada para garantir ao indivíduo um espaço de autonomia oponível ao Estado. Noção ausente no direito romano e no medieval, fruto das influências iluministas e funcional aos interesses da burguesia economicamente hegemônica do séc. XIX, a categoria do direito subjetivo serviu para superar o caráter relacional, desigual e hierarquizado do direito feudal. “As noções de igualdade e de liberdade [inerentes ao conceito de direito subjetivo] humanas fizeram do direito uma arma de resistência contra a opressão.

código quebequense como um patrimônio de afetação, mas com largo campo de aplicação. Segundo seu art. 1.260, “La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.”

O Código distingue três campos de aplicação da fidúcia (certamente inspirado na prática do *trust* inglês): *la fiducie personnelle* (normalmente a título gratuito, em proveito de membros da família), *la fiducie d’utilité privée* (principalmente a fidúcia para fins de investimento ou com vistas à constituição de um fundo de pensão) e *la fiducie d’utilité sociale* (com fins culturais ou filantrópicos)^{§§§§§§§§}.

V – Considerações finais.

O direito canadense vem merecendo crescente admiração e estudo por parte dos comparatistas, pois se trata de um sistema que soube harmonizar o cuidado com a tradição com a introdução de mudanças necessárias aos novos tempos.

Além disso, sendo um país que se caracteriza essencialmente pelo multiculturalismo, com expressivo percentual de sua população vindo de outros países, trazendo suas culturas, tradições, idiomas e hábitos diversos, que são por todos respeitados, tal diversidade se mostra

Aspecto central desta evolução foi a idéia romana de *dominium*” (FAIRGRIEVE, Duncan & WATT, Horatia Muir. *Common Law et tradition civiliste*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 42). Pois bem. A evolução da *common law*, como se sabe, ocorreu sem grandes rupturas com seu passado feudal, tendo se dado sem a ‘invenção’ da idéia de direitos subjetivos preexistentes à intervenção do juiz. A razão é dupla. De uma parte, do ponto de vista metodológico, os *writs* obrigavam os juristas a raciocinar a partir da existência de algum remédio processual para o caso concreto, e não a partir de uma noção abstrata de direito subjetivo. Por outro lado, a *common law* é uma simples evolução, sem rupturas, de seu passado feudal, à margem de influências do direito romano. Refratário, assim, ao conceito de um direito individual exclusivo, o modelo de *real estate* (propriedade imobiliária inglesa) decalca em arquétipo feudal, onde coexistiam interesses de titulares diversos sobre o mesmo bem. No caso de conflito entre diversos interesses relativos ao mesmo bem, pertencentes a titulares diversos, o raciocínio judiciário se dá em termos de um balanceamento de tais interesses (ponderação), e não em termos de busca de um direito que tenha um primado absoluto e abstrato sobre o outro. Sobre tais aspectos, v. a obra acima citada, págs. 43/44. ^{§§§§§§§§} V. Michel Fromont. *Grand systèmes de droit étrangers*. 6ª Ed. Paris, Dalloz, 2009, p. 168.

também no cenário jurídico, pois convivem harmoniosamente a *common law* de origem britânica na maior parte do país, com a *civil law* (ou direito romano-germânico) de tradição francesa, no campo do direito privado da província de Québec.

Talvez seja essa a lição maior que o Canadá está oferecendo ao mundo: o respeito pelos direitos humanos, pedra de toque do mundo jurídico contemporâneo e do chamado neoconstitucionalismo, passa necessariamente pelo respeito do outro enquanto tal – alguém que tem uma cultura diversa, hábitos diferentes, uma diversa maneira de ser e de ver o mundo, e é até mesmo regido por um direito diverso, mas que nem por isso é superior ou inferior ao outro: é simplesmente diferente. *Et vive la différence!*

VI – Referências Bibliográficas:

- ARBOUR, Marie-Eve. *La profession forense in Canada*, in: BERLINGUER, Aldo (org.), *La profession forense – modelli a confronto*. Milano: Giuffrè, 2008.
- BOGART, W. A., *Courts and Country – The Limits of Litigation and the Social and Political Life of Canada*. Don Mills/Ontario: Oxford University Press, 1994.
- BULLIER, Antoine J. *La Common Law*. 2ª. Ed. Paris: Dalloz, 2007.
- CAMERON, Alex M. *Power without Law. The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009.
- Coles Notes, *Canadian Law*. Toronto: Prospero Books, 2010.
- DEMAKOS, Antree *et alii*. *Your Guide to Canadian Law*. 2a. Ed. Markham: Fitzhenry and Whiteside, 2009.
- DETURBIDE, Michael. *Canada*, in: SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.
- ELLIOTT, David W. *Introduction to Public Law*. 5a. Ed. North York: Captus Press Inc., 2000.
- FAIRGRIEVE, Duncan & WATT, Horatia Muir. *Common Law et tradition civiliste*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- FROMONT, Michel. *Grand systèmes de droit étrangers*. 6ª Ed. Paris, Dalloz, 2009.
- GALLO, Paolo. *Grandi sistemi giuridici*. Torino : G. Giappichelli Ed., 1997.
- GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on Western Law*. St. Paul/MN: West Publishing Co, 2007.
- LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*. 2ª Ed. Paris: Litec, 2008.
- LEGRAND, Pierre & SAMUEL, Geoffrey, *Introduction au common law*. Paris: La Découverte, 2008.
- MATTEI, Ugo. *Common Law – Il diritto anglo-americano*. Torino: UTET, 1992.
- SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham/UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.

YOGIS, John A & COTTER, Catherine, *Canadian Law Dictionary*. 6^a ed. Hauppauge/NY: Barron's, 2009.

YOUNGS, Raymond. *English, French and German Comparative Law*. 2^a. Ed. London: Routledge-Cavendish, 2007.

ZWEIGERT, Konrad & KÖTZ, Hein. *Introduziona ao Direito Comparato* – vol. I – *Principi fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1992.