

Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Pós-graduado em Direito e Processo Tributário

Pós-graduado em Administração Pública

Pós-graduando em Direito Empresarial

Lilise Barroso Benevides

Universitária de Direito no Ceará

RESUMO

O sistema jurídico inglês, denominado *Common Law*, e o romano-germânico (*Civil Law*) influenciaram a formação do Direito de grande parte dos países de todo o mundo. Demonstraremos a importância filosófica e histórica de cada um dos sistemas e como se expandiram pelas outras nações. Analisaremos suas peculiaridades, descrevendo distinções e pontos comuns. Tempos atrás eram praticamente sistemas distintos, inconciliáveis, tendo como características básicas o positivismo (*Civil Law*) e os usos e costumes (*Common Law*). Porém, a partir da evolução da sociedade e da necessidade de um sistema jurídico célere e eficiente, passaram mais e mais a interagir, contribuindo para a modernização de várias legislações nacionais. No caso brasileiro, apesar de termos um direito de origem romano-germânica, verificando a doutrina e a jurisprudência já percebemos a influência do *Common Law*, especialmente no direito processual, propiciando avanços em nosso ordenamento jurídico e nas formas de propiciar celeridade e efetividade ao processo.

Palavras-chave: *Common Law*. *Civil Law*. Direito Consuetudinário. Direito Processual.

ABSTRACT

The English legal systems, called *Common Law* and the Roman-Germanic (*Civil Law*) influenced the formation of the law of very countries around the world. We will demonstrate the philosophical and historical importance of each system and how they expanded into other nations. We'll analyze its peculiarities, describing distinctions and common points. In the past, they were totally different, with the characteristics of

Positivism (*Civil Law*) and the customs and traditions (*Common Law*). However, with the evolution of society, they came more and more to interact and they are contributing to the modernization of several national laws. In Brazil, despite having a law basically Roman-Germanic, we also have the influence of *Common Law*, especially in the procedural law, in order to provide advances in our legal system and ways to provide effectiveness in the juridical process.

Keywords: *Common Law*. *Civil Law*. Customs and traditions. Procedural Law.

Introdução

Nosso objetivo é analisar o *Civil Law*, sistema romano-germânico, e o *Common Law*, sistema inglês, expondo a importância de cada um dos ordenamentos jurídicos, como também a importância histórica, filosófica, material e processual, suas características e especificidades nos ordenamentos jurídicos dos vários países do mundo.

No *Civil Law*, foi essencial a compilação e a codificação do Direito Romano, que estruturou em textos as normas costumeiras, normas escritas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias para formar a base da influência no sistema romano-germânico.

No *Common Law*, o Direito revela-se muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição. É um direito costumeiro e jurisprudencial, de origem inglesa, e também aplicado em várias nações, tais como Estados Unidos, Austrália e outras ex-colônias britânicas.

E também podemos perceber aspectos do *Common Law* tornando-se mais e mais habituais no sistema brasileiro, antes caracterizado como *Civil Law*, de forma a deixá-lo mais célere e dinâmico, até mesmo porque o Direito reflete os fatos sociais, numa subsunção dialética do fato valorizado à norma jurídica.

1 *Civil Law*

1.1 Formação Histórica

1.1.1 O Direito Romano e sua evolução institucional

Analisando o período histórico de Roma, vemos que o Império Romano, grande responsável pelo ordenamento jurídico moderno, teve seu direito formado a partir do costume, complexo de usos praticados pelos antepassados e transmitidos de geração a geração, fonte espontânea e independente do órgão que a elabora.

De acordo com a evolução descrita por Tabosa (2003, p. 25-28), seguindo o modo tradicional, podemos classificar o Direito Romano em três períodos: antigo, clássico e pós-clássico.

O Direito Antigo se originava de fonte única: o uso e o costume. Mesmo com a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, ou *Duodecim Tabulae*) tendo sido instituída por volta de 450 a.C., não podia ser considerada inovadora, pois, na verdade, representou a condensação dos costumes e usos em prática na época.

Deve-se ressaltar que grande foi a evolução do direito entre os séculos I a.C. e III d.C., pois partiu de uma fonte única, os costumes, para a adoção de fontes diferenciadas, como a lei, o plebiscito, os editos, a jurisprudência e os senatusconsultos, que serão discutidas no item seguinte.

O Direito Clássico foi o direito que se transmitiu para as gerações futuras, compilado por Justiniano, através do *Corpus Juris Civilis*. Publicado entre 529 e 534, era composto por 4 partes: o Código de Justiniano, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II; o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pela jurisprudência romana; *Institutas*, os princípios fundamentais do direito; e as Novelas ou Autênticas, com leis formuladas por Justiniano.

E a fase do Direito Pós-clássico, quando praticamente não houve produção jurídica, apenas compilações dos trabalhos produzidos no período clássico. Foi a época da Monarquia Absoluta, em que, como o poder se concentrou nas mãos do Imperador, a **Constituição Imperial** foi praticamente a única fonte de direito, a vontade do Imperador com força de lei.

Sobre o direito romano, ressalta Moreira Alves:

Nenhum direito do passado reúne, para esse fim, as condições que o direito romano apresenta. Abarcando mais de 12 séculos de evolução – documentada com certa abundância de fontes –, nele desfilam, diante do estudioso, os problemas da construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. É, assim, o direito romano notável campo de observação do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos. [...] Aliás, a partir do século XIX, o direito romano tem sido encarado com crescente interesse na Inglaterra e nos Estados Unidos (ALVES, 2008, p. 2).

Assim, a história do direito romano é o conjunto de normas que regeram a sociedade romana por mais de mil anos, desde as origens, o que compreende o período desde a fundação de Roma – segundo a tradição, em 753 a.C. – até a decadência do império, tornando-se pedra fundamental da ciência jurídica.

1.2 Formas do Direito Romano

1.2.1 Direito escrito

A expressão direito escrito pode ser vista de dois ângulos diferentes. No primeiro, refere-se à sua forma propriamente material. No segundo, refere-se ao órgão legislador que deu origem ao direito.

A Lei das XII Tábuas antiga legislação que está na origem do direito romano, base da Constituição da República Romana; e o *Corpus Juris Civilis*, publicado pelo Imperador Justiniano na tentativa de reorganizar a legislação romana, são formas de direito material.

Na Roma antiga, denominava-se *jus scriptum* (direito escrito) o direito legiferado ou promulgado. Era o direito que passava por um processo legislativo, tal qual a lei (*Lex*), ou que era aplicado por quem era competente a fazê-lo, tal qual o edito dos magistrados. Conforme definições de Tabosa (2003, p. 75-76), pode-se apresentar os seguintes conceitos utilizados no Direito Romano:

Lei(*lex*) era a norma proposta pelos magistrados, votada pelo povo e sancionada pelo Senado. O plebiscito era a decisão da plebe, que era impedida de participar politicamente, mas lhe foi permitido votar suas próprias normas.

Os senaconsultos eram as decisões do Senado, que participava do processo legislativo, sancionava leis, tomava decisões de caráter normativo e de natureza administrativa. Os editos dos magistrados eram normas estabelecidas, em geral, semelhantes aos atuais decretos e portarias. Eram considerados parte do direito escrito, porque os magistrados tinham competência legal para expedi-los.

A constituição imperial, do latim *Constitutio*, é a lei da época do Império, baseada na vontade do Imperador.

A jurisprudência era a doutrina dos jurisconsultos, resultante das respostas que os juristas davam a seus consulentes. Mas só era *jus scriptum* a doutrina dos jurisconsultos que tinham o *jus publice respondendi*, concedido pelo Imperador, isto é, o direito de responder publicamente às consultas jurídicas, exercendo, assim, atividade jurisprudencial.

Esses conceitos vão ser a base do direito romano e influenciar grande parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, razão pela qual é estudado também em muitas faculdades de Direito no Brasil, pois demonstram a origem da ciência jurídica.

Vale destacar que na origem do direito romano, Magistrado (em latim *magistratus*, derivado de *magister*, *mestre*, *chefe*) era todo funcionário público investido de autoridade, inclusive judiciária, tais como cônsules, pretores, edis e censores. Posteriormente, esta

função foi repassada aos juízes, também funcionários públicos do Estado.

1.2.2 Direito não escrito

É formado quase exclusivamente pelos costumes. Não é totalmente constituído pelos costumes porque também podem ser incluídas decisões dos juízes e tribunais (*res judicatae*) e a jurisprudência não oficializada. Usando também as definições de Agerson Tabosa (2003, p. 78), podemos definir costumes como padrões de comportamento que são transmitidos de geração a geração.

Já o consuetudo, do latim *cum-suesco* (habituar-se), são padrões de conduta de menor importância que o costume, cuja adoção também é obrigatória.

O uso é semelhante ao consuetudo, também significa padrões de comportamento. É fonte de direito não escrito, conforme a lição das *Institutas*, manual de Direito elaborado por Justiniano.

A coisa julgada (*res judicata*) corresponde à moderna concepção de jurisprudência. Emprega-se não só no sistema jurídico continental, mas também no direito anglo-saxônico. A *res judicata* dos romanos, como a jurisprudência de hoje, sempre foi considerada *jus non scriptum* (direito não escrito). A jurisprudência não oficial era produzida por jurisconsultos que não possuíam o *jus publice respondendi*, ou seja, era uma espécie de parecer particular que mais tarde foi oficializado por ordem do imperador Augusto.

Esses conceitos vão influenciar o sistema jurídico inglês e também o sistema romano, incluindo a jurisprudência como fonte de direito, bastante difundido na atualidade, como meio de atualização do direito, ou seja, os tribunais decidindo questões de acordo com a evolução da sociedade, nova forma de valoração dos fatos na aplicação do direito.

1.3 O sistema romano-germânico

A criação do sistema românico-germânico está ligada ao renascimento da ideia do direito nos séculos XII e XIII no Ocidente Europeu, em que se deixa de confundir a religião e a moral com a ordem civil e o direito. Os filósofos e juristas passam a exigir que as relações sociais tomem como base o direito. Como explica David (1998, p. 31):

A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Estas ideias tornam-se as ideias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestado, até os nossos dias.

Foi um dos primeiros sistemas de direito que surgiram no mundo contemporâneo. Formou-se na Europa e ainda hoje permanece sendo o seu principal centro, mesmo com a expansão desse sistema para os países de outros continentes. Citando Soares (2000, p. 27):

Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que *ex facto oritur jus* (o direito é gerado dos fatos), o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida.

Tal sistema montou-se em harmônicos textos, normas costumeiras, normas escritas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores.

A Escola dos Glosadores tinha como método de ensino a leitura e interpretação dos textos por meio de uma frase que era chamada de glosa. No Direito, a interpretação era meramente gramatical, indiferente às modificações históricas e sociais. Constitui um marco de suma importância na história do Direito, dedicando-se a explicar o conteúdo das leis romanas.

Doravante, o Direito assumiu uma posição autônoma no conhecimento, com estudo específico. Devido à influência pioneira dos *glosadores*, surgiram as primeiras Universidades Ocidentais, que serviram de modelo de ensino para as demais instituições. Na sua origem, pode-se notar a preocupação com uma ordem racional de conceitos, em que o direito aparece como um sistema, um conjunto de preceitos agrupados.

Os jurisconsultos romanos tinham soluções casuísticas e assistemáticas. Faziam análises de fatos jurídicos basicamente, fundamentados no empirismo. Assim, foi dada uma fundamentação jurídica àqueles fatos antes tratados de forma meramente empírica, de modo a compor verdadeiramente um ordenamento jurídico.

1.4 O Civil Law em outros países

O Direito, na maioria dos países, apresentava-se sob forma incerta, não consolidado e às vezes considerado caótico. Países como Portugal, Espanha, Itália e França não tinham direito nacional e em alguns o regime baseado no Feudalismo ainda era predominante.

A Universidade mais antiga da Europa é a de Bologna, na Itália, remontando ao século XI. Nela, durante a Idade Média, se estudava o Direito Civil, à luz do Código de Justiniano.

As universidades passaram a se preocupar com o incremento do ensino do direito. Assim, o direito passou a ser considerado

modelo de organização social. Era ligado à filosofia, à teologia e à religião e indicava como os juízes deviam legislar.

É tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática). [...] Nenhuma universidade europeia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito (David, 1998, p. 33).

A base do ensino do direito será, em todas as universidades europeias, o direito romano, ao lado do direito canônico. Somente depois o ensino do direito nacional surgirá nas universidades. Uma disciplina de direito francês foi criada na Sorbonne em 1679; e depois outras disciplinas de direito nacional na Alemanha, Wittenberg (1707); em 1741, na Espanha; em 1772, em Portugal; e assim por diante.

No Brasil, foram instalados os primeiros cursos de Direito no ano de 1828, nas cidades de Olinda e São Paulo, com base na lei de 11 de agosto do ano anterior, hoje considerado o Dia do Advogado. Em Olinda, a faculdade foi instalada no Mosteiro de São Bento e depois, em 1854, transferida para Recife; em São Paulo, foi instalada no Convento de São Francisco, onde hoje funciona o curso de Direito da USP.

Entretanto, o ensino do direito romano foi evoluindo e buscando os seus métodos próprios, relativos a cada nação. Os juristas já não procuram soluções apenas no direito romano, mas utilizam os textos daquele direito para introduzir regras à sociedade de seu tempo.

Nas universidades busca-se um modelo de justiça também com o auxílio dos textos romanos, ou seja, regras segundo a ordem bem concebida, aproximando-se do direito natural. Não pretendem fazer obras de direito positivo, porque estas em cada país deveriam ser aplicadas por seus juízes. Ou seja, o sistema romano-germânico respeitou a diversidade dos povos da Europa.

No Japão, vários códigos foram promulgados a partir de 1872, com influência de juristas franceses, alemães e ingleses e uma nova Constituição em 1946. Podemos destacar no direito japonês os diversos tipos de conciliação previstos pela lei, inclusive a nível pré-judiciário, visando pôr fim ao processo.

Tal procedimento vem sendo cada vez mais utilizado pela legislação brasileira, tudo com a finalidade de impor celeridade, dar efetividade e reduzir o número de ações em tramitação.

O Direito Muçulmano é considerado imutável, baseado no Islamismo, mas há campo de aplicação ao costume, à convenção

entre as partes. Além disso, há a intervenção do soberano, que procura assegurar a administração da Justiça de acordo com as regras, mas que não pode legislar. Semelhantes regras ocorrem no Marrocos, Indonésia e outros países islâmicos, onde a teologia prevalece.

2 *Common Law*

O conhecimento do sistema romano-germânico faz-se imprescindível no estudo da *Common Law*. A sua primeira noção é de direito comum, nascido das sentenças judiciais dos Tribunais Reais, quando a *Common Law* estava no seu início e se formava vagarosamente na Inglaterra, substituindo os costumes locais.

Tal sistema, formalista e rígido, no decorrer da história sofreria radicais modificações, devido às patentes injustiças. Os recursos ao Rei fora das regras processuais foram-se tornando possíveis, sendo que os reis decidiam de acordo com a sua consciência, e não por motivos jurídicos. Demonstravam-se, assim, aspectos de um direito de cunho absolutista, a vontade do rei, a clemência real como forma de julgar.

Passou-se a adotar a *Equity*, ou seja, o direito aplicado pelos Tribunais dos Chanceleres para amenizar o rigor daquele sistema e atender a questões de equidade, buscando mais e mais o senso de justiça nas decisões.

2.1 O período histórico: a formação e a evolução da *Common Law*

O *Common Law* tem sua origem no direito inglês, tendo se desenvolvido por volta do Século XII e XV, quando se tornou um sistema jurídico comum a todo o reino. Mas, de acordo com René David, o direito da Inglaterra pode ser dividido em quatro períodos.

O primeiro é o do direito anglo-saxônico, que precede o ano de 1066, quando houve a invasão normanda. Foi um direito pouco conhecido, com leis redigidas logo após a conversão ao Cristianismo, por Santo Agostinho em 596. E, mesmo usando uma língua diferente das leis bárbaras (latim), as leis anglo-saxônicas apenas regulavam os aspectos limitados das relações sociais.

O segundo período (1066-1485) inicia-se com a assunção ao trono inglês de Guilherme II, da Normandia, devido ao rei Eduardo falecer sem deixar herdeiros, a chamada invasão normanda (1066-1154). Houve um período de maior domínio dos nobres e da Igreja e um avanço da sociedade, o que repercutiu na formação do *Common Law*, um sistema jurídico comum a todo o reino e que se sobrepunha aos costumes locais.

O terceiro período, de 1485-1832, é quando, ao lado do *Common Law*, se desenvolve a *Equity*, de modo a incluir regras de equidade nas decisões.

O quarto período, a partir de 1832, é o período moderno, no qual o sistema jurídico “deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adequar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração”(DAVID, 1998, p. 283).

2.2 A *Equity*

No direito inglês, a distinção básica é entre *Common Law* e *Equity*. A *Equity* era um conjunto de soluções decididas por um Chanceler, examinando os casos que lhe eram submetidos com processo e um sistema de provas diferentes dos do *Common Law*. Era, pois, a busca da justiça nos julgamentos do sistema inglês, bastante rígidos.

Inicialmente os aplicadores da *Equity* eram eclesiásticos, chamados de chanceleres. Eram “the keeper of the king’s conscience” (os confessores do rei), que passaram a conceder certas medidas, buscando um melhor equilíbrio nas decisões.

Há de se destacar que a utilização da *Equity* só se efetua quando inexistente remédio no *Common Law*, buscando-se o sentido de justiça aos casos concretos. A rigidez do *Common Law*, segundo David (1998, p. 36), tornou necessária a elaboração de regras de *equity*, para os fins de completar e ajustar o sistema jurídico.

Com a Reforma Anglicana de Henrique VIII e o rompimento com a Igreja Católica, o cargo de Chanceler passou a ser não mais ocupado por um adepto da Igreja. E posteriormente, através dos Judicature Acts ingleses de 1873 e 1875, foram suprimidas as Courts of Chancery, passando a competência da aplicação da *Common Law* e da *Equity* aos tribunais da Inglaterra. Ambos foram unificados em 1875 na organização judiciária inglesa.

Podemos considerar que o *Common Law*, originário da Inglaterra, tem seu sistema estabelecido nos países de língua inglesa. No entanto, a Escócia, mesmo fazendo parte do Reino Unido, está excluída da família do *Common Law*.

Destaque-se a opinião de Soares (2000, pág. 51), que afirma ser incorreta a denominação de *Common Law* como um direito anglo-saxônico, pois esse era o direito das tribos e reinos da Inglaterra, antes da conquista normanda no século X; e também não é um direito meramente inglês, porque faz parte de outros países independentes, como o Eire, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Canadá (província de Quebec).

2.3 O *Common Law* na Inglaterra

O *Common Law* teve sua origem no direito inglês, através dos Tribunais reais, sendo depois adaptada aos vários países em que passou a ser utilizada. O sistema aplicado na Inglaterra é bem mais rígido, é um direito uniforme aplicado pelos tribunais reais, amenizado pela *Equity*.

Os Tribunais Reais só se tornaram jurisdições de direito comum no século XIX. Até 1875 continuaram a ser tribunais de exceção. Submeter um caso aos tribunais era um privilégio para os particulares.

O mais importante na Inglaterra até o século XIX não era determinar que solução considerada justa seria dada aos litígios, mas sim as decisões a serem aplicadas aos variados processos de cunho muito formalistas, cujos *writs* tinham a finalidade de formular as questões que seriam submetidas ao júri. Essa questão foi solucionada pela utilização da *equity*, que podemos traduzir como equidade.

Portanto, no *Common Law* se tem numerosos processos próprios para assegurar a solução dos litígios. Mesmo tendo sido várias formas de ação abolidas, suas fórmulas não foram simplificadas.

O direito inglês não comporta uma fórmula geral. Os juristas ingleses ainda mantêm dificuldades em se afastar das ideias dos processos antigos. As jurisdições reais ampliaram a sua competência, no interesse da Coroa. Entretanto, os litígios surgem, na Inglaterra, como sendo questão de direito público, desaparecendo praticamente os tribunais privados.

A obrigação de se submeterem a quadros processuais rígidos impediu na Inglaterra a recepção de conceitos do direito romano. Como analisa David (1998, p. 294), são processos tidos como arcaicos, tipicamente ingleses, "que obrigaram a que juízes e juristas continuem a ser formados até hoje essencialmente pela prática". Entretanto, ponto essencial do direito inglês é a celeridade, característica do *Common Law*, em face das peculiaridades do sistema.

2.4 O Direito dos Estados Unidos

Os primeiros núcleos de população inglesa nos Estados Unidos são do século XVII. Treze colônias estavam constituídas em 1722. O *Common Law* era aplicado, por influência dos colonizadores.

No entanto, o *Common Law* passou a ser aplicado nas colônias à medida em que suas regras foram adaptadas às condições de vida dos colonos. O *Common Law* em suas bases rígidas inglesas não agrada muito aos colonos, pois não atendia às peculiaridades da sociedade americana.

Assim, em algumas colônias, o direito passa a ser baseado na Bíblia. Inicia-se, depois, uma codificação do direito: de 1634 (Massachusetts) a 1682 (Pensilvânia). Percebe-se uma divergência dos colonos americanos com o sistema jurídico do colonizador.

No século XVIII, com a evolução econômica da colônia, passou-se a utilizar o *Common Law* como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real. Os tribunais americanos passaram a aplicar diversas leis inglesas, aderindo, praticamente, ao sistema.

2.4.1 A independência dos EUA e o sistema jurídico

Com a independência dos EUA era necessário tornar autônomo o direito americano. Até meados do século XIX, houve uma disputa filosófica entre os adeptos do *Common Law* e os da codificação do *Civil Law*.

O sistema jurídico norte-americano tem grandes traços do direito romano, tais como a Constituição positivada, sendo considerado uma mistura entre os sistemas. Entretanto, continuou a prevalecer nos EUA o sistema *Common Law*.

A base do direito nos estados americanos é constituída, tal como a do inglês, pelo direito jurisprudencial, por um direito não escrito. Mas como ensina David (1998), na esfera federal há proximidade com o sistema romano-germânico.

Destarte, diferente do direito inglês, nos EUA existem características que lhe dão originalidade, aproximando-se do direito romano-germânico. Mas o desenvolvimento dos dois direitos diferenciou-se a partir de 1776, isto é, desde a independência norte-americana.

Denota-se que a sociedade inglesa e a americana têm características próprias, totalmente distintas, razão pela qual o sistema jurídico dos EUA é específico. Nos dois países, as decisões às vezes são diversas para os mesmos casos, a formação dos juristas é diferente. Há então, uma grande diferença entre os dois direitos, como a questão do Direito Federal e do Direito dos Estados, o que não existe na Inglaterra.

Os estados americanos têm sua própria jurisdição. Entretanto, em algumas situações, os pleiteantes podem de logo submeter o caso às jurisdições federais e recorrer aos tribunais federais, aos tribunais distritais ou à Suprema Corte.

Conforme David (1998, p. 385), a instituição do júri é mais utilizada nos EUA do que na Inglaterra, garantido pela Constituição Federal. Qualquer cidadão pode exigir que a questão seja julgada

por um júri, desde que o interesse em litígio tenha valor pecuniário e não se trate de um processo de *Equity*. Assim, cerca de cem mil processos são julgados a cada ano pelos júris americanos.

Destaque-se que, em notícia no jornal *O Globo*, publicada em 2 de maio de 2013, o Estado de Maryland extinguiu a pena de morte, tornando-se o 18º Estado americano a abolir tal pena, que será substituída pela prisão perpétua. Naquele Estado, não são executados prisioneiros desde 2005, mas a nova lei só será aplicada às futuras decisões judiciais. Cinco pessoas continuam no corredor da morte e seu destino está nas mãos do governador. Maryland aplicava a execução desde 1638. Antes, o último Estado a abolir a pena de morte fora Connecticut.

3 Civil Law X Common Law

Atividade bastante enriquecedora no Direito é a comparação entre sistemas jurídicos. Como esclarece Soares (2000, p. 19), na análise podem ser consideradas as perspectivas da sucessividade e da concomitância de dois sistemas.

A prevalência desta ou daquela outra fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito.

Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*Common Law*).

O primeiro caracteriza-se pelo Primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*Civil Law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*.

Ao lado dessa tradição, que exacerba o elemento legislativo, temos a tradição dos povos de origem anglo-saxã, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos.

Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e jurisprudencial. Se na Inglaterra há necessidade de se saber o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.

Já o Direito em vigor nas nações latinas e latino-americanas, assim como no restante da Europa continental, funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios.

A comparação entre sistemas jurídicos tem a finalidade de auxiliar o aplicador do Direito, num sistema jurídico determinado, a fazer valer os efeitos de um instituto jurídico de outro país, como pode ocorrer numa situação de direito internacional privado ou nas pesquisas em direito comparado.

Assim, no direito internacional, regras de um direito estrangeiro podem vir a ser aplicadas numa situação particular, inclusive numa situação na qual um brasileiro – temos no Brasil o sistema romano-germânico – é processado e julgado na Inglaterra e nos EUA, onde se aplica o *Common Law*. Nesse caso, o julgamento ocorrerá sob as regras do direito local.

Apesar de se atribuir papel importante de fonte formal à jurisprudência, o conceito no *Common Law* da regra *judge-made Law* (o juiz faz a lei) é bastante criticado no sistema *Civil Law*, sobretudo após a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu. Para o filósofo francês dar-se aos juízes o papel de fazer as leis iria contra a separação dos poderes, o que reforça a concepção do direito no sistema romano, especialmente quanto ao Poder Judiciário.

Como afirma Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, citado por Soares (2000, p. 29):

O direito é uma construção escalonada (Stufenbau), tão racional e geométrica que, por isso mesmo, tem a forma de uma pirâmide, no ápice da qual se encontra uma norma fundamental (Grundnorm), a partir da qual as normas menos gerais retiram sua eficácia e vão perdendo sua generalidade, até aquelas normas colocadas na base (os contratos e as sentenças).

Por exemplo, em processos-crime no *Common Law*, como afirma Pedrosa (2013), o juiz tem papel passivo, agindo muito mais como um árbitro neutro do que, de fato, conduzindo a demanda. E, segundo a autora, o papel principal é das partes e seus advogados, que apresentam seus argumentos, numa disputa que tem como finalidade fazer surgir a verdade do caso em análise. Essa confrontação é regulada pelas próprias partes. Mas, nas decisões, busca-se o senso de justiça, a equidade.

Por seu lado, na mesma situação, no *Civil Law*, o juiz tem um interesse direto em alcançar a verdade real, tendo papel ativo e forte de direcionar e avaliar para fundamentar sua decisão à luz da legislação em vigor. Neste sistema, a equidade busca também regular o rigor da lei, como afirma Soares (2000, p. 30):

O direito é uma construção que tem sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça, frontalmente proíbe que se satisfaça o disposto na lei, se houver ofensa à idéia magna da realização da justiça.

No *Common Law*, a ideia é de que o direito existe para resolver questões concretas. Nos EUA e na Inglaterra o estudo da Filosofia do Direito é chamado de *Jurisprudence*, ou seja, análise de casos julgados. O papel da doutrina é considerado bastante limitado.

Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica, que se expandiram inclusive para o Oriente.

O confronto entre um e outro sistema tem sido extremamente fecundo, inclusive por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito não são razões abstratas de ordem lógica, mas motivos de natureza social e histórica.

Ademais, o *Common Law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente reveladas. Para um analista do *Common Law*, consoante David (1998, p. 467),

os códigos elaborados no sistema romano-germânico pareceriam mais preceitos morais, regras religiosas do que normas jurídicas precisas e claras, destinadas a solucionar conflitos.

E prossegue afirmando que, nos países de direito escrito, as regras são formuladas de forma tão genérica que

o apelo à razão se processa, normalmente, no quadro das fórmulas gerais, sob a forma de aplicação e interpretação destas regras; a existência de lacunas na ordem legislativa é dificilmente reconhecida.

No *Civil Law* há muitas regras codificadas que norteiam a aplicação das regras aos casos concretos, integrando o sistema e evitando lacunas. Mesmo não havendo leis específicas sobre o assunto, o julgador pode utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito e aplica a lei atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum (arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

Mas o Direito também evolui de acordo com as mudanças sociais, chegando, assim, ao pós-positivismo, onde mais do que a aplicação das leis, ocorre a aplicação de princípios aos casos concretos.

Obviamente não estamos defendendo a adoção pelo Brasil do sistema *Common Law*, até porque a nossa legislação é bastante codificada, abrangente e avançada. Entretanto, a utilização crescente de jurisprudência e súmulas vinculantes, a instituição dos recursos repetitivos e as propostas para a reforma do Código de Processo Civil mostram características do sistema inglês que estão fazendo mais e mais parte de nosso Direito, como também a mediação e conciliação como meio de solução de conflitos, que atende ao Princípio da Celeridade e nos traz fundamentos do *Common Law*.

Destarte, estão se instituindo alternativas ao esquema rígido do nosso Direito, que se baseava em uma parte ingressar com a ação, a parte adversa contestar e o juiz julgar. As partes também estão atuando no processo de forma a pôr fim à demanda, ao lado do Judiciário, mesmo antes de ajuizada a ação, na fase pré-processual. Está se passando da fase de triangularização do direito, onde o juiz fica no vértice superior, para a fase de círculo do direito, onde as partes e o juiz ficam no mesmo patamar, buscando uma forma rápida de pôr fim ao processo.

É um grande avanço em nossa sociedade e pode ser uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos, que superlotam os Tribunais Superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal, que deveria funcionar somente como Corte Constitucional.

Mas se deve ter em mente que a rapidez na solução dos processos é salutar, mas desde que fiquem assegurados o respeito aos princípios, tais como o duplo grau de jurisdição e da ampla defesa, que são os pilares fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Conclusão

Temos o Direito de origem romana e temos um sistema baseado fundamentalmente nos usos e costumes, utilizado em países como a Inglaterra e nos Estados Unidos, mas com as peculiaridades inerentes a cada um desses dois países e aos demais onde o *Common Law* foi estabelecido, inclusive no Brasil.

Porém, não podemos descaracterizar a importância do *Common Law* para o desenvolvimento do direito entre os povos, pois em todos eles se trazia a ideia da busca da Justiça, fossem nos códigos românicos ou nas decisões dos Tribunais Reais, o que nos lembra a ideia de Direito Natural, inerente a cada um de nós, haja ou não um direito posto, mesmo nas sociedades mais primitivas. O Direito deve, em suma, refletir o sentido de justiça, a busca do bem comum.

São sistemas distintos que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *Common Law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.

E no Brasil nós temos expressões de ambos os sistemas, de forma a enriquecer o nosso Direito, especialmente no ramo processual. Temos julgamentos baseados em jurisprudência do STJ em recursos repetitivos ou em novos entendimentos, o que demonstra uma modernização do direito. Daí a importância de estudarmos e compararmos ambos os sistemas, porque o *Common Law*, antes tido como o direito inglês, está cada vez mais presente no nosso direito, ao lado do tradicional sistema romano-germânico, atendidas nossas peculiaridades, como forma de evolução do nosso sistema processual e normativo, de forma a atender aos anseios da sociedade, que clama por um Poder Judiciário cada vez com mais celeridade.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

O GLOBO. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/maryland-18-estado-americano-abolir-pena-de-morte>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

PEDROSA, Katia Lelis Aguiar. O contrato nas doutrinas *Common Law* e *Civil Law*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2465. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14625>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

SOARES, Guido F.S. **Common Law**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 2. ed. Fortaleza: FA7, 2003.