

BREVE ESTUDO SOBRE OS SISTEMAS DE DIREITO E A COMPARAÇÃO DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW

Mayara Karoline BERTUOL ¹

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo introduzir os diferentes sistemas de direito ao leitor, sendo levado em consideração a classificação trazida por René David. O referido autor divide os Sistemas de Direito em Romano-germânico, Common Law, o sistema de Direito Socialista e um quarto grupo que engloba os demais sistemas nos quais o direito é mais ligado à religião. Além disso, o escopo principal deste trabalho é estudar um pouco mais a fundo os sistemas da Civil Law e da Common Law e estabelecer as semelhanças e diferenças que há entre os mesmos.

Palavras-chave: Sistemas de Direito. Civil Law. Common Law.

1 SISTEMAS DO DIREITO

Podemos dizer que, cada Estado, com suas particularidades, suas próprias idéias, costumes e maneira de viver geram uma forma de ver o Estado e o direito diferentemente de outras nações. Como exemplo, podemos citar que a interpretação de uma simples diretriz como “Liberdade de expressão” terá uma conotação diferente nos EUA, na China e no Irã. E, mais do que isso, não podemos dizer que um está certo e o outro está errado, sendo que isto é somente uma questão de cultura.

Já percebemos, então, que o direito muda em cada Estado. Dizemos que o Brasil é diferente da Irlanda visto que o último não admite o divórcio enquanto em nosso país é totalmente legal. Entretanto, diz René David (DAVID/1998, pág. 15) que “ a diversidade dos direitos não corresponde unicamente a esta variedade de regras que eles comportam.(...) Cada direito constitui de fato um sistema”.

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mayara.bertuol@yahoo.com

Diz ainda citado autor que o que é realmente importante aprende é o sistema no qual são inseridas estas regras, os métodos usados para interpretação e harmonização dessas regras entre si (DAVID/1998, pág. 16).

Após as palavras do doutrinador, podemos então concluir que o mais importante não é estudar pormenorizadamente o direito de cada Estado e definir o que é igual, semelhante e o que é diferente neste e naquele direito. O que devemos fazer é estudar os sistemas do direito no qual as regras estão inseridas. Assim, mesmo que as regras mudem, ainda poderemos saber e entender a estrutura do direito do Estado em estudo.

A classificação por famílias, assim como qualquer outra classificação, não é imutável na doutrina. Alguns agrupam baseando-se na estrutura conceitual do direito, outro classificam com base no tipo de sociedade que se pretende estabelecer com o apoio deste direito. Neste artigo iremos adotar a classificação trazida pelo doutrinador René David, que visa classificar as famílias mais importantes de sistemas do direito.

Esta classificação se divide em família romano-germânica (civil-law), família da common-law, família socialistas e outros sistemas com base na religião. São estas família que passamos a estudar a seguir.

2 BREVE ANÁLISE DAS FAMÍLIAS DO DIREITO

2.1. Família romano-germânica (civil-law)

Esta é a família do direito na qual o Brasil está inserido. Frequentemente chamada de civil-law pelos doutrinadores, especialmente os autores norte-americanos, esta família se baseia muito nas leis escritas, repudiando o casuísmo e tem seus pilares no direito romano. Como explica Guido Fernando Silva Soares (SOARES/1999, pág. 28):

“O verdadeiro fantasma a ser evitado era e, de certa forma, continua sendo o casuísmo na lei. A certeza da existência e do conteúdo da norma que o direito escrito apresentava, bem como a busca das generalidades regionais que o conjunto normativo (códigos) representava, fizeram com que a “glosa jurídica” (jurisprudência casuística) fosse afastada, em favor da “glosa erudita” (a doutrina), e que tanto o costume geral como o assim dito “costume judiciário” (a jurisprudência) fossem desprezados, em benefício da lei escrita (e, sempre que possível, reunida em conjuntos harmônicos e racionais: os códigos).”

Como já dito, esta família do direito tem sua base no direito romano. A partir do século XII as universidades da Europa começaram, a partir de compilações do imperador Justiniano, a desenvolver uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições da sociedade em que viviam (DAVID/1998, pág. 18).

Até hoje, os países que adotam o sistema da civil-law visam a criação de regras de conduta ligadas à justiça e a moral dos indivíduos. Estas regras são formuladas através da análise de fatos históricos, os quais influenciam na elaboração das normas. De acordo com Guido Fernando Silva Soares (SOARES/1999, Pág. 27): “o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida”.

A civil-law está intimamente ligada com a teoria do direito desenvolvida por Hans Kelsen, chamada de “Teoria pura do direito”. Esta teoria, como explica Martins Fontes (FONTES, 1999, Pág. 01) em seu livro:

“Quando a si própria se designa como teoria “pura” do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto

dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.”

Isto vem nos esclarecer o porque a civil-law se preocupa tanto com as normas de direito que criem um modelo ideal de Estado, com ideias a serem seguidos à maneira que são colocados na legislação escrita.

2.2. Família da common-law

A família da common-law tem suas raízes na Inglaterra. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, nas cortes inglesas tinha-se o costume de reunir os juizes para que estes pudessem discutir os casos mais importantes. Estes eram julgados se tornava precedente para posteriores casos semelhantes (MARINONI,2010. Pág. 24). Sábia também são as palavras de René David (DAVID/1998, pág. 19) que nos ensina:

“A common law foi formada pelos juizes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da **mrca** desta origem. A regra do direito common law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro.”

A common-law é baseada nos costumes, proferindo suas decisões de acordo com o mesmo e defendendo que a lei codificada rompe esta idéia de continuidade histórica e de solidificada tradições. Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares: “Na common law, um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, (...) sendo, portanto, a jurisprudência a fonte primeira formal do direito” (SOARES/1999, pág. 52).

2.3. Família Socialista

De acordo com René David, a família de direitos socialista tem sua raiz no direito romano-germânico, assim como a civil-law (DAVID, 1998, pág. 20), mas com o passar do tempo a família Socialista tomou um rumo diferente. Esta família interpreta o Estado ideal de forma aversa ao Estado ideal pensado pela civil-law.

De início, a família de direito socialista também visa criar uma legislação escrita que tem como objetivo guiar à sociedade através de regras gerais de conduta. Entretanto, a idéia desta família é que, aos poucos, o Estado e até mesmo o Direito devem ser abolidos.

O pensador de maior influência desta família é o alemão Karl Marx. Sua filosofia socialista pregava que a História era feita de revoluções sociais e que o fim delas seria o socialismo, também chamada por ele de “a ditadura do proletariado”. Como citado por Gilberto Cotrim (COTRIM, 2003, pág.202) o trecho do “Manifesto Comunista” que diz:

“A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classe. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre de corporação e aprendiz; numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, tem vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora dirfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade de inteira, ou pela destruição das duas classes em luta.”

2.4. Outros sistemas

Estes outros sistemas do direito, na visão de René David (DAVID, 1998, pág.22) são os demais blocos de direito que fogem da concepção Ocidental. Entretanto, David nega a idéia de alguns autores sobre a superioridade da civilização Ocidental.

Diz o autor que o Ocidente pode ter sim uma superioridade técnica, mas isto não significa que todos os povos aderiram à maneira ocidental de pensar e de compreender o direito de modo integral. Muitos dos países aceitaram somente parte destas concepções e, além disso, muitos que aderiram a estas concepções ocidentais aplicam-as de modo diferente do que se faz no Ocidente.

Estas sociedades não-ocidentais podem ser divididas em dois grupos. O primeiro grupo aceita o direito, ainda que de uma forma diferente do direito Ocidental. Já o segundo grupo regulamenta as relações sociais fora do direito, levando esta regulamentação para outros institutos como, por exemplo, a religião. Como bem dito por René David (DAVID, 1998, pág.22):

“Os princípios aos quais as pessoas se reportam, nas sociedades não-ocidentais, são de duas ordens. Algumas vezes é atribuído ao direito um valor eminente, mas este é concebido de um modo diferente do ocidental; outras vezes, pelo contrário, a própria noção de direito é rejeitada, e é fora do direito que se procuram regular as relações sociais. O primeiro modo de ver predomina no direito muçulmano, no direito hindu e no direito judaico; o segundo é o do Extremo Oriente e também o da África e de Madagascar”.

3. COMPARAÇÃO ENTRE A CIVIL LAW E A COMMON LAW

Antes de começarmos a explicar a Justiça Restaurativa, faz-se necessário fazer uma breve introdução sobre as teorias da função da pena.

3.1. O nascimento dos dois sistemas

Apesar do pensamento comum de que o Sistema romano-germânico e o Sistema da common law tem seus inícios em momentos distintos e por motivos diferentes, estes dois sistemas nasceram no mesmo momento histórico e a partir do mesmo fenômeno: A redescoberta do Direito Romano. Como nos explica Drummond e Crocetti (MARINONI, 2010, pág. 13):

“A recepção do direito romano é normalmente apontada como elemento essencial, como marco divisório dos processos históricos de formação das tradições de *Civil Law* e de *Common Law*: enquanto na primeira os textos romanos foram adotados como fonte primeira de Direito, a segunda foi marcada justamente pela recusa de tal adoção, o que significou a tomada pelo direito inglês de um caminho diferente. A redescoberta do direito romano no Continente originou todo o processo de formação do chamado *Ius Commune* e de uma determinada forma de pensar, praticar e ensinar o direito, ao passo que na Inglaterra a recusa em adotar-se o direito romano implicou, entende-se, a continuidade de um direito eminentemente feudal.”

Portanto, podemos perceber que o “renascimento” do direito romano foi imprescindível para o nascimento destes dois sistemas. Ao passo que um deles, a Civil Law, aceitou os escritos romanos como a fonte primária do Direito, o outro, a Common Law, repudiou esta prática.

Podemos dizer, ainda, que o Sistema da Civil Law que estava disseminado por toda a Europa continental, serviu de base para o desenvolvimento do chamado *Ius Commune*, que significa Direito Comum. Como nos ensinam Drummond e Crocetti, “Com efeito, o *Ius Commune* era basicamente um direito romano-canônico, embora (...) fosse integrado também pelos institutos dos povos tradicionais europeus” (MARINONI, 2010, pág. 15).

Este Direito Comum aos povos europeus teve que ser adaptado para haver uma compatibilidade com as outras ordens jurídicas pré existentes dentro destas comunidades, como por exemplo os direitos reais, municipais, corporativos e familiares (MARINONI, 2010, pág. 15).

Enquanto na Europa Continental o Direito romano-germânico e o *Ius Commune* se expandiam, na Inglaterra esta influência era mínima. Nas palavras de Drummond e Crocetti (MARINONI, 2010, pág. 26):

“Considera a restrita influência do *Ius Commune* no Direito Inglês, não espanta que ao direito insular seja completamente estranha à perspectiva sistemática. Dogmática, normativa do direito justiniano. Ao contrário do que ocorre na tradição codicista continental, com raízes no direito justiniano, a jurisprudência inglesa alcança criativamente a norma não escrita por uma angulação processual e partindo da solução dos casos singulares (*case law* não escrito).”

Assim, o sistema de direito vigente na Inglaterra desde àquela época, a Common Law, se baseia em precedentes jurisprudenciais casuísticos para dar seus pareceres. O sistema inglês se sustenta em casos posteriores semelhantes para fundamentar suas decisões e, caso o processo seja sobre um fato novo, não anteriormente julgado, os magistrados irão discutí-lo e julgá-lo para que este se torne precedente em casos futuros.

3.2 As diferenças e semelhanças entre Civil Law e a Common Law

Neste tópico iremos ver algumas diferenças e semelhanças entre essas duas maiores famílias de direito. O primeiro ponto que iremos analisar é a decodificação que vem ocorrendo dentro da Civil Law.

Apesar do código ainda ser a principal e a mais importante fonte do direito dentro do sistema da Civil Law, os magistrados tem ganhado cada vez mais autonomia para fazerem seus julgamentos visto a atual situação na qual há uma quantidade massiva de leis e que, muitas delas, estão destorcidas, são ineficientes ou insuficientes para resolver os casos que lhes são dados. Perante esta situação, dizem Drummond e Crocetti que “as cláusulas gerais operam nos Códigos contemporâneos como caixas de diálogo, a partir das quais é dada ao intérprete aplicador uma tarefa peculiar, já que tais cláusulas configuram normas que *não prescrevem uma certa conduta, mas simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos*” (MARINONI, 2010, pág. 44). Ainda nas palavras de Drummond e Crocetti (MARINONI, 2010, pág. 44):

“Dessa forma, percebe-se claramente que a contemporaneidade exige uma maior atividade criativa dos juízes da tradição do *Civil Law* quando da aplicação do direito, que mesmo permanecendo em grande medida codificado, possui notórias aberturas interpretativas. Operou-se no seio da tradição de *Civil Law*, assim, adequada modificação quanto ao papel judicial, de modo que do juiz requer-se criatividade ante a incessante força instrutiva dos fatos, verdadeiro “direito vivo” que voluntariamente emerge do seio social.”

Entretanto, A Civil Law também vem influenciando a Common Law em alguns aspectos. O fato do Sistema da Common Law ser baseado em casos pretéritos, acaba criando uma insegurança jurídica dos julgamentos presentes. Como bem nos explica Guido Fernandes Silva Soares (SOARES, 1999, Pág. 56):

“(...) a questão da retroatividade do precedente nos *case laws*, ou seja, nos acórdãos (fato impossível de acontecer entre nós, dado que um julgado decidido em circunstâncias iguais ao outro, que teve decisão contrária, não coloca o problema da revogação da norma), mas plenamente viável na hipótese da *Common Law*, em que um *case law* ab-roga outro *case law* e em que a norma é *judge-made*.(...) Na verdade, as questões de conflitos de normas no tempo, o Direito Intertemporal, dada a extrema fluidez de plasticidade da norma jurídica no sistema da *Common Law*, suscitam questões de grande complexidade, que inexitem no sistema da família romano-germânica, em que imperam, com muita nitidez, os momentos de entrada em vigor da norma jurídica (...)”

Percebemos, assim, que há uma necessidade de algo escrito, mesmo no sistema da *Common Law*, para que seja evitado esta insegurança. “Na *Common Law*, um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica” (SOARES, 1999, Pág. 52).

Uma última comparação a ser feita é o papel da universidades dentro do sistema da *Common Law* e da *Civil Law*. No primeiro sistema, a universidade não tem um papel muito forte, visto que as doutrinas não são algo a serem consideradas com peso nas decisões da *Common Law*. Além disso, o estudo dos alunos destas universidades seria a análise de casos passados para que possam aplicar em casos futuros. Como nos informa Guido Fernando Silva Soares (SOARES, 1999, Pág. 53):

“Isso posto, ressalta-se, de imediato, o papel secundário da doutrina abstrata, em favor das soluções pragmáticas. Na Inglaterra, o papel da Universidade sempre foi insignificante na formação do direito ou na formulação de teorias generalizantes.”

Já no sistema da Civil Law, a universidade tem fundamental importância na formação dos alunos. Como este sistema está intimamente ligado aos códigos e, por consequência, às posições doutrinárias, o estudo destes se faz imprescindível para se tornar um operador do direito.

4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, podemos entender um pouco sobre a origem dos Sistemas de Direito. Estes sistemas, seguindo a idéia de René David, são divididos em quatro grupos: sistema romano-germânica (Civil Law), sistema da Common law, sistema socialista e os demais sistemas, sendo este último o que engloba os Estados nos quais a religião está intimamente ligado ao direito.

Vimos um pouco mais a fundo o Sistema de direito da Civil Law e da Common Law. Estes dois grandes sistemas de direito tiveram seu início com o redescobrimto do direito romano. Ao passo que a Civil Law aceitou o direito romano como forma e fonte do seu direito, a Common Law, opostamente, rejeitou-o.

Desta forma, os dois sistemas acabaram se distanciando na forma de ver e produzir o direito. A Civil Law tem sua base em códigos e visa criar um Estado ideal a partir do seu ordenamento jurídico. Já a Common law se sustenta dos chamados *case law*, que são casos anteriormente julgados que servem como base para processos futuros.

Os dois sistemas são permeados de críticas. A Civil Law recebe críticas por ser um sistema que segue rigidamente as suas leis, criando, em alguns casos, um formalismo excessivo que leva à injustiça. Já a Common Law recebe crítica por ser fundada em seus precedentes judiciais, o que, em alguns casos, leva à insegurança jurídica.

Frente essas críticas, vimos ainda que, com o passar dos anos, está havendo um aproximação entre estes dois sistemas de direito, na medida que a Civil Law vem dando maior autonomia a seus magistrados e, ao mesmo tempo, a Common Law vem aceitando que é necessário ter algumas premissas escritas com o intuito de guiar os juízes.

Não podemos, entretando, dizer que um sistema é melhor que o outro, ou mais eficiente. Cada um cumpre o seu papel dentro da sociedade que existe, apesar das deficiências. Talvez, uma junção dos dois sistema nos levaria à um sistema ideal. Ou talvez somente nos levaria a mais um sistema cheio de defeitos. Termine, assim, essa breve análise dos sistemas de direito citando sábias palavras de Guido Fernando Silva Soares (SOARES, 1999, Pág.57):

“Emfim, na comparação dos sistemas de família romano-germânica dos direitos e da Common Law, reafirma-se o postulado de que não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a sociedade humana”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia**. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

D'ALKMIN, Sônia Maria. **O parlamento de Westminster e o constitucionalismo Inglês**. Presidente Prudente/SP, 2008. Projeto de Conclusão de Curso – Monografia.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes**. Editora JusPodivm, Bahia, 2010.

SOARES, Guigo Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.