



---

# O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE *COMMON LAW* E O SISTEMA DE DIREITO CIVIL – ALGUMAS OBSERVAÇÕES

---

Peter J. Messitte<sup>1</sup>

---

O meu país, os Estados Unidos, é uma jurisdição de *Common Law* e o Brasil segue a tradição do Direito Civil. Quais são as diferenças entre os dois Sistemas e como estas se operam? Como estas passaram a existir?

Tem-se dito que as nossas leis não são escritas e que as do Brasil o são. Tem-se dito que nós nos apoiamos, amplamente, em jurisprudência para estabelecer nossos direitos, enquanto o Brasil se baseia em códigos. Mais do que isso, tem-se dito que nós nos baseamos no conceito do precedente, enquanto o Brasil, pelo menos até a promulgação do Novo Código de Processo Civil, não o faz.

Essas afirmações são parcialmente verdadeiras. Todas as nossas leis são escritas. A nossa jurisprudência encontra-se escrita e disponível em volumes de coleções. Nos dias de hoje, estes casos podem também ser facilmente acessados através de computadores. Mais do que isso: como o Brasil, nós também temos Constituições federais e estaduais, as quais são evidentemente escritas, e um grande número de leis ordinárias, também escritas, incluindo-se aqui códigos de várias matérias.

---

1 - Peter J. Messitte é juiz federal sênior norte-americano de primeira instância para o Distrito de Maryland. Ele é também Professor Adjunto de Direito Comparado e Diretor do Programa de Estudos Legais e Judiciais Brasil-EUA da American University Washington College of Law em Washington, DC.

A seguir, irei discutir que, sob o nosso sistema federalista, existem, também, códigos estaduais, os quais lidam com vários tópicos. Todos os Estados da federação, por exemplo, têm adotado o Código Comercial Uniforme.

Em nível federal, nós temos o exemplo do Código Federal de Impostos à Pessoa Física e do Ato de Procedimento Administrativo, dentre outros, bem como um grande número de leis ordinárias.

Está claro que nós, nos Estados Unidos, nos baseamos em jurisprudência como fonte primordial do nosso Direito e que está intimamente ligada ao conceito de precedente. Sob a nossa doutrina do precedente, os tribunais tornam-se vinculados à decisão de outros tribunais, mas somente tribunais que estão situados em instância superior àqueles primeiros em uma hierarquia particular. A Suprema Corte norte-americana compele todos os outros tribunais, federais ou estaduais, em matéria constitucional. Mas a suprema corte de cada Estado compele somente àquelas cortes abaixo, em instância inferior, em assuntos constitucionais estaduais ou de outras matérias de competência estadual.

Decisões de outros tribunais fora de uma hierarquia em particular podem ser persuasivas, mas não obrigam, não vinculam os tribunais inferiores.

Muito da lei brasileira é encontrado nos códigos. Mas há muita legislação esparsa no Brasil que não se ajusta ou que não é encontrada em nenhum código em particular. É mesmo quando a jurisprudência – ou seja, o precedente – não é considerada formalmente como fonte geradora de obrigações aos outros tribunais, no Brasil, mesmo no passado, certamente parece haver uma tendência, por partes dos tribunais de instância inferior, à leitura e ao conhecimento das decisões de tribunais superiores e a aceitar aquela orientação, aquele arrazoado, em casos similares.

Mais do que isso, entendo que, quando o Supremo Tribunal Federal do Brasil é inquirido a reger, a falar, a se pronunciar, a decidir sobre a inconstitucionalidade da lei, a pedido do Presidente do Congresso ou, certamente, a pedido de outras entidades, esta decisão terá força vinculante, ou seja, um manifesto efeito gerador de obrigações a todos os tribunais do país.

Nós, da tradição de *Common Law*, temos adotado alguns dos aspectos próprios do Sistema de Direito Civil, e o Brasil tem incorporado algumas das características da tradição de *Common Law*. Mas existem diferenças bastante significativas entre os dois Sistemas. Estas se devem, em parte, à nossa história e, em parte, às diferentes percepções acerca da natureza e do propósito da lei.

O Sistema brasileiro tem a sua base nas instituições jurídicas romanas. O Sistema romano tornou-se extremamente sofisticado na percepção das questões legais e na formulação de respostas a estas mesmas questões. Legisladores romanos capazes começaram a colecionar decisões e a comentá-las através dos anos. Depois da queda do Império romano, na Itália medieval, estudiosos adaptaram o chamado *Corpus Juris Civilis* que o Imperador Justiniano tinha preservado. Eles também aproveitaram-se da legislação canônica, do Direito costumeiro, da legislação real, da legislação mercantil e, num estágio mais avançado, da filosofia do direito natural. Ainda, o elemento romano predominava na organização, classificação e metodologia do sistema que era basicamente romano.

Entre os anos 1200 e 1500, milhares de estudantes estrangeiros, os quais estudaram o



Direito romano ressuscitado na Itália, voltaram para os seus países no norte e no oeste carregando em suas bagagens as ideias do Direito romano. Doutores italianos em Direito foram convidados ao exterior. Faculdades de Direito floresceram na Espanha, na França, na Alemanha e na Holanda. Vacarius estava em Oxford lecionando Direito romano em 1151.

Finalmente, sob o Império Napoleônico, o Direito civil na França foi reafirmado em um único todo harmônico, em um código nacional. Mais tarde, vieram os códigos franceses cobrindo leis comerciais e penais e, também, processo penal e civil. O Código Civil francês findou por criar uma tendência em outros países sob a influência românica da Europa. Áustria, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha, dentre outros, eventualmente, adotaram o sistema romanístico adaptado às suas culturas individuais. A América Latina e o Brasil também se incluíram neste panorama.

Por que a Inglaterra seguiu um curso diferente? Lembrem-se de que a Inglaterra é uma ilha e, em consequência, era um país isolado, e foi regida ou administrada, sucessivamente, por celtas, romanos, anglos, saxões e normandos. O seu povo e seus costumes tenderam à unificação.

Além disso, os reis normandos, que invadiram a Inglaterra, eram extraordinários administradores. Começando com William, o Conquistador, eles conceberam a ilha como sendo uma forte autoridade centralizada. William teve dois vigorosos sucessores como ele mesmo, Henrique II e Eduardo I. Todos eles trabalharam no sentido de misturar, combinar a lei e o costume dentro de um sistema comum a todo o reino.

A lei e o Direito eram preocupações supremas para os reis normandos, tanto em nível legislativo quanto judiciário. Os tribunais ou cortes reais foram estabelecidos para administrar a justiça através da Inglaterra e treinar juízes que viajavam, através do país, para administrar o direito costumeiro. Manuscritos foram mantidos e esses mesmos manuscritos nos reportam a casos decididos por estas cortes ainda nesta época. O Direito era discutido, ensinado e debatido em todo o país. Logo alguns escritores ou legisladores começaram a sistematizá-lo. Por volta do ano 1300, um forte profissionalismo jurídico tinha começado a se desenvolver. Os que militavam dentro da profissão legal eram membros da classe dominante e, portanto, tinham interesse próprio em preservar a lei e estavam cientes de que existia um interesse em resistir à lei manifestando-se fora do país. As universidades nunca tiveram um papel dominante na educação jurídica na Inglaterra como aconteceu no restante da Europa.

Então, também, o uso do júri, tanto em questões relativas à terra quanto em casos criminais, começou a se tornar uma parte fixa do sistema inglês em meados do século XII. A Europa continental não possuía contrapartida ao júri inglês.

Embora o júri seja muito pouco usado no Reino Unido atualmente, ele continua sendo utilizado de forma ativa nos Estados Unidos, tanto em casos cíveis quanto penais. De fato, em qualquer processo criminal grave, *i.e.* um que carregue consigo a possibilidade de pena de prisão de 6 meses ou mais, o acusado tem o direito constitucional a julgamento por júri – embora possa renunciar a este direito.

Mas, retornando à história por um momento, em suma, um forte sistema jurídico nativo desenvolveu-se na Inglaterra. Ao mesmo tempo, no continente, o Direito de inspiração romanística tinha se associado aos planos imperiais de Carlos V e, também, ao clamor da Igreja Católica pela jurisdição universal. É oportuno lembrar que a Inglaterra e seus reis não estiveram sempre em harmonia com a Igreja Católica. O mesmo patriotismo político, o qual suportou a dissensão

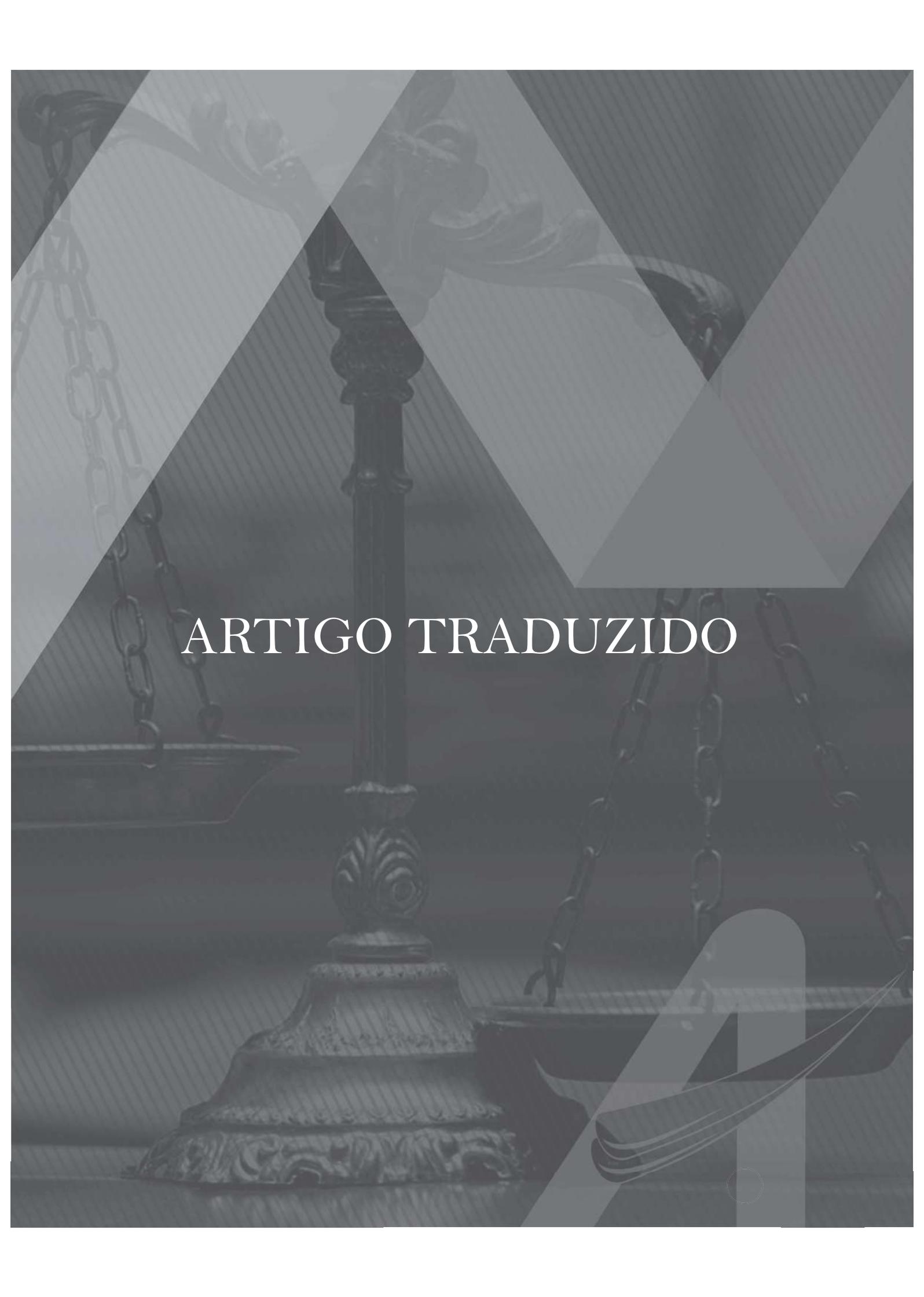
de Henrique VIII em relação ao Papa, ajuda a explicar o porquê da devoção inglesa a este sistema jurídico inglês tão único.

As características do sistema de *Common Law* manifestaram-se através dos séculos. O uso de tribunais do júri se expandiu. Os juízes começaram a se valer e a se basear na jurisprudência e no arrazoado indutivo, baseado no precedente, para criar direito substantivo.

À margem deste processo, os tribunais ingleses também permitiram que houvesse o desenvolvimento das chamadas cortes de equidade ou tribunais de equidade, os quais poderiam ser tribunais que ouviam casos que não poderiam ser julgados, adequadamente, pelas cortes de Direito, pelos tribunais constituídos. Estes eram mais flexíveis na aplicação do Direito e tendiam a decidir casos baseados mais em considerações de justiça individualizada. Faço notar, entretanto, que as cortes inglesas, algumas vezes, pegaram emprestadas doutrinas do sistema canônico, especialmente em assuntos que envolviam questões testamentárias, relações domésticas e questões relativas ao comércio marítimo.

Os ingleses trouxeram o sistema de *Common Law* aos Estados Unidos quando eles os colonizaram. De fato, a unidade da lei inglesa contribuiu muito para o desenvolvimento das colônias americanas. Desde o princípio, adaptações significativas e até mesmo modificações têm ocorrido ao sistema jurídico inglês “original” dentro dos Estados Unidos. Para fazer justiça a esta contribuição, eu teria que ter uma outra oportunidade de escrever sobre as diferenças entre o sistema inglês e o sistema norte-americano nos dias de hoje. Mas se pode dizer que o conceito básico e a metodologia do sistema norte-americano permanecem como no sistema inglês.



The background of the page features a grayscale image of a pair of ornate scales of justice. The scales are positioned centrally, with the left pan being higher and the right pan being lower. The central pillar is highly detailed with decorative carvings. The entire image is overlaid with a semi-transparent, dark gray geometric pattern consisting of large triangles and a curved shape in the bottom right corner. The text 'ARTIGO TRADUZIDO' is centered in a white, serif font.

ARTIGO TRADUZIDO