



COMMON LAW EM RELAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Juliana Marteli Fais¹

Leda Maria Messias da Silva²

RESUMO: A idéia de que o *Common Law* significa lei não escrita e direito jurisprudencial, enquanto *Civil Law* seria lei codificada e direito positivo, não está equivocada; entretanto, pode-se dizer que as diferenças entre ambos os sistemas estão se extinguindo, devido ao fato de que a sociedade americana se encontra necessitada do amparo legal, porquanto o número de questões tem se tornado incontável ao ponto de dificultar a identificação do direito. Ao mesmo tempo o Direito brasileiro tem considerado a jurisprudência de forma extraordinária, porque através dela é possível obter maior dinamismo. A discussão presente está baseada na globalização das sociedades, e como consequência, as influências são recíprocas entre ambos os sistemas de direito, e à medida que as sociedades se globalizam, o mesmo acontece com a prática legal, em que lei e jurisprudência são postas na mesma balança.

PALAVRAS-CHAVE: jurisprudência; lei; sociedade.

COMMON LAW IN RELATION TO THE BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: The idea that Common Law means a non-written law and jurisprudential right, while Civil Law would be codified and positive right is not mistaken. However, it can be said that the difference between these systems is disappearing due to the fact that the American society needs legal support since the number of cases are growing to the point of making the identification of rights more difficult. At the same time, the Brazilian Law has been considering the jurisprudence in an extraordinary way since it is possible to obtain more dynamism through it. The present discussion is based on the globalization of societies and, as consequence, the reciprocal influences between both law systems. Considering that societies become globalized, the same takes place with the legal practice, in which law and jurisprudence are placed on the same side of the scales.

KEYWORDS: Jurisprudence, law, society.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do CESUMAR – Centro Universitário de Maringá, Programa de Iniciação Científica do CESUMAR (PICC)
² Orientadora e Docente do Curso de Direito do CESUMAR – Centro Universitário de Maringá



INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito, em geral, foi por muito tempo baseado em costumes e usos, porém alguns países, como o Brasil, sistematizaram esses costumes e usos, e os codificaram, transformando-os em leis escritas. Enquanto outros, como os Estados Unidos da América, que têm origem anglo-saxônica, adotaram o *Common Law*.

Destarte, propõe-se aqui desenvolver um estudo comparativo entre o *Common Law* e o Direito brasileiro e tornar inteligível o entrelaçamento de ambos, com a finalidade de averiguar as semelhanças e diferenças entre esses sistemas jurídicos. A intenção aqui presente também é analisar ambos os sistemas, considerando seus efeitos no interior de suas respectivas sociedades, e compreender o porquê de nos Estados Unidos haver hoje uma acentuada tendência a formular um *corpus* de leis, enquanto no Brasil os operadores do Direito com frequência lançam mão do recurso da jurisprudência, prática que denominamos "troca de sistemas".

O *Civil Law* é um direito de influência romana, que, ao contrário do *Common Law*, é constituído de leis escritas em códigos, as quais englobam de forma geral os casos particulares, ou seja, os aplicadores do Direito, ao se depararem com um caso concreto, devem identificar a lei que mais a ele se adequar. Pode-se dizer, dessa forma, que o *Civil Law* tem por escopo princípios objetivos derivados da lei.

O *Common Law*, mais conhecido como direito não escrito, possui origem anglo-saxônica e tem por base os precedentes preferidos pelo Poder Judiciário, o qual considera separadamente cada caso. Em princípio o *Common Law* não é constituído por leis que envolvam vários casos, o que quer dizer que a análise do Direito é feita de forma casuística, ou seja, parte de vários casos particulares para outros particulares. Na verdade, o Direito americano se divide em dois: o direito criado pelo Juiz e o *Statute Law*, que se constitui de normas codificadas.

Para melhor compreensão dessas diferenças, Roland Sèroussi (2001, p. 14-15) fez um quadro comparativo:

1. CONCEITO DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Características	Família de Common Law	Família romano-germânica
Concepção de ordem social	Individualismo: o indivíduo possui direitos subjetivos	Idem.
Liberalismo	O indivíduo é protegido por princípios judiciários muito fortes	A Constituição e as leis protegem o indivíduo
Estado de direito (submissão dos poderes públicos ao direito)	Separação dos poderes e independência marcada da justiça.	Separação dos poderes, mas independência da justiça menos acentuada. "Ninguém tem a permissão de ignorar a lei".
Controle da constitucionalidade das leis.	Não na Grã-Bretanha	Órgão independente e respeitado (ex. na França, o Conselho Constitucional)
Preponderância da lei: primeira fonte do direito.	Não	Legislação superabundante (direito escrito proveniente das leis e dos regulamentos).
Preponderância dos precedentes judiciários: primeira fonte do direito	Direito essencialmente jurisprudencial (acumulação multicentenária de precedentes): "governo dos juizes".	Não.
Noções de direito abstratas	Poucos conceitos abstratos (os juizes podem temperar o caráter abstrato das leis por regras de jurisprudenciais, como a <i>reasonableness</i> ou a proporcionalidade).	Muitos conceitos abstratos.
Formulação de regras jurídicas gerais.	Fraca	Frequente (no penal: a lei define os crimes e delitos, bem como as penas a eles vinculadas).
Distinção direito público-direito privado	Noção desconhecida	Uma das especialidades e um dos fundamentos desse direito.
Imbricação das regras jurídicas de fundamento e de processo	Muito acentuada	Quase inexistente
Direito penal inquisitório	Não (a <i>common law</i> põe um pé tanto na acusação quanto na defesa)	Sim (o juiz dirige os debates na audiência).
Direito administrativo	Existência de um contencioso quase judiciário (Boards, Tribunals ou Comissions)	Ordem administrativa autônoma, separada da ordem judiciária.
Separação das regras de fundamento e de processo.	Pouco marcada	Muito acentuada.

Assim, tais informações são importantes para que o leitor possa acompanhar o restante do tema exposto.

2. ORIGEM DO *COMMON LAW*

Conforme já foi dito, o Direito, em geral, foi por muito tempo baseado em usos e costumes. Aliás, na maior parte da História, o Direito esteve dentro de uma nebulosa, na qual se encontrava a composição de regras morais e religiosas. Os primitivos estabeleceram costumes e crenças como regras de convivência e estabeleceram suas regras, que com o tempo se transformaram em regras perenes. Um exemplo disso é a Lei das XII Tábuas, que é uma consolidação dos costumes do povo do Lácio. Nessa época, a única diferença entre lei e costume era o fato de a lei ser escrita. Somente com o tempo é que a lei passou a reger a sociedade de forma objetiva e impessoal.

Por um tempo, a lei ainda ficou presa ao costume. Enquanto isso se formou também a jurisdição, isto é, apareceu um órgão considerado competente, que através de juizes ou de pretores, definia o Direito. Entretanto, com a queda do Império Romano, o processo legislativo passou a predominar sobre o jurisdicional.

Em resumo, as regras são adaptadas às novas razões, que são elaboradas pelos juizes, advogados e outros juriconsultos. Pode-se citar como exemplo a execução do corpo do transgressor, que antigamente servia para pagar a dívida, porém alguns proprietários, com o intuito de evitar esta vingança, pagavam uma indenização, e hoje restou somente a indenização como forma de reparação de dano, tanto no Direito brasileiro como no americano; ou seja, o que era privilégio antigamente se transformou em um costume, e conseqüentemente, em lei.

Alguns países, como o Brasil, sistematizaram esses costumes e usos, e os codificaram, transformando-os em leis escritas, enquanto outros, como os Estados Unidos da América, adotaram o *Common Law*, sistema originado na Inglaterra por volta do século XII, que tinha como fonte do direito os costumes do reino reconhecidos pelos juizes.

Neste estudo, enfocaremos o *Common law* inglês de forma comparativa e distintiva do americano, no qual apontaremos aspectos relevantes para a diferenciação e comparação com o *Civil Law* brasileiro e suas modernas concepções.

O sistema do *Common Law* do século XV é criticado pelo fato de possuir um formalismo excessivo, porquanto para ter acesso aos tribunais reais era necessário um pedido nominalmente feito ao chanceler, que daria uma ordem real para pagamento de direitos, ou então, por queixa ou petição. O chanceler era o confessor do rei e jurista, e devido ao aumento de seu poder, os juizes, durante o

reinado do rei Jaime I, rebelaram-se e chegaram a um acordo: o chanceler passaria a ser uma figura simplesmente política, como a dos Ministros do Supremo Tribunal Federal aqui no Brasil. Assim, as decisões do chanceler passam a ser chamadas de *equity*, que com o objetivo de aproximar o Direito ao povo, corrigia as decisões do *Common Law* sem enfraquecer seus alicerces.

O conceito de equidade não está relacionado somente à idéia de justiça, mas, *stricto sensu*, é um "corpo técnico de normas jurídicas" (NASCIMENTO, Walter Vieira do, 1990, p.202). Interessante que seu destino principal foi diminuir o rigor da lei não escrita.

Hobbes (2001), no livro "Diálogo entre um filósofo e um jurista", faz uma crítica, por volta de 1666, ao papel do *Common Law* na Inglaterra em relação à lei, à justiça e à equidade. Assim, o filósofo define a lei como ordem do poder soberano, declarando aos seus súditos o que devem e o que não devem fazer. Para ele, a justiça é o cumprimento de uma lei estatutária e a equidade é o cumprimento da lei da razão; portanto, quando se transgredir uma lei estatutária ocorre iniquidade e também injustiça. Segundo o jurista deste mesmo livro, não há por que o tribunal de justiça e o de equidade fiquem separados, pois para ele "o Direito comum e a equidade são a mesma lei" (p.36, 2001), dado que mesmo os juizes dos tribunais de justiça devem julgar de acordo com a equidade, pois o rei só se submete à lei da equidade.

Não obstante, decorreram aproximadamente trezentos e cinquenta anos até ambos os tribunais (*Common Law e equity*) se fundirem, o ocorreu através da *Civil Action*, e hodiernamente a Câmara dos Lordes possui o maior poder de vinculação de jurisprudências na Inglaterra.

Hoje o *Common Law* é utilizado por muitos países, como a Irlanda, os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia, a Índia, Bangladesh, a Malásia e outros, e até mesmo por Israel, só que de forma supletiva. Por seu turno, o *Civil Law* é praticado em quase toda a América Latina, e também na Europa, em países como Itália, Portugal, Espanha, França etc. Destarte, hoje temos dois grandes sistemas de direito vigentes no Mundo Ocidental, os quais resultam de vários fatores, dos quais o principal é o histórico.

3. A JURISPRUDÊNCIA

Antes de adentrarmos mais profundamente no estudo aqui desenvolvido, será essencial para uma melhor compreensão dos mesmos uma breve definição da palavra jurisprudência.

A palavra *jurisprudência* vem do latim *juris prudentia*, que significa ciência do direito vista com sabedoria, ou seja, sábia interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Desse modo, a jurisprudência não

se forma isoladamente, isto é, pelas decisões isoladas. É necessário que se firme por sucessivas e uniformes decisões, constituindo-se em fonte criadora do direito e produzindo um verdadeiro *jus novum*, e também que o hábito, a interpretação e explicação das leis a venham formar.

4. FONTES DO *COMMON LAW* AMERICANO

O Direito americano é a imagem do Inglês; entretanto o direito jurisprudencial nos Estados Unidos não tem tanto rigor como na Inglaterra, pois os juizes americanos, com o fim de adequar-se às transformações sociais e econômicas da sociedade, fazem com que a regra do *stare decisis* (regra do respeito aos precedentes) seja suscetível de mudança. Portanto, os precedentes nos Estados Unidos não são analisados de forma dogmática. Não obstante, é importante ressaltar que os juizes americanos são obrigados a seguir os precedentes absolutos (*binding precedents*), os quais implicam o respeito de um tribunal às suas próprias decisões, às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada e o respeito pelos juizes do Estado, e em matéria de direito federal, às decisões que emanam das jurisdições federais.

Os precedentes que os juizes não estão obrigados a seguir, a não ser no plano da moral, são chamados de precedentes relativos ou *persuasive precedents*. Estes implicam que um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior e que um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a um outro Estado.

O Direito Americano, na verdade, divide-se em dois: *Common law*, que é o direito criado pelo juiz, e o *Statute law*, que é o direito codificado pelo legislador. Dessa forma, conclui-se que a principal fonte do direito norte-americano é a Constituição Federal, atribuindo-se às constituições dos Estados um papel secundário. É o que diz a emenda X da Constituição Federal Americana: "*Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo*". Assim, entende-se que o direito comum é aquele de competência dos Estados, enquanto o Estado Federal tem essencialmente seu fundamento na Constituição. Contudo, não há *Common Law* federal geral, mas o *Common Law* particular de cada um dos cinquenta Estados. Todos são similares, e os juizes podem considerá-los quando não há precedentes em seu Estado de competência, com exceção ao Estado de Luisiana, que adotou mais ou menos o direito romano.

5. O CONCEITO DE LEI NO REGIME DO *COMMON LAW*

Apesar de o *Common Law* americano ter origem inglesa, os sistemas são diferentes, pois os ingleses que vieram colonizar a América em busca de liberdade não tinham conhecimento profundo de como funcionava o ordenamento jurídico em seu país de origem, mas nem por isso deixaram de atuar política e juridicamente; assim, utilizavam o senso comum como fonte do direito. Além do mais, a Inglaterra era distante e as condições do novo país era diferentes, pois ali a população não era organizada com base na aristocracia, mas sim, em fazendas familiares; com o tempo nasceram os americanos do lado do Atlântico, e logo ficou difícil ser leal à Coroa Britânica. Nessas condições, surgiu o *Common Law* americano.

A lei no *Common Law* se origina da experiência: as necessidades sentidas, a moral, a teoria política e os contratos (public policy) são melhores do que o silogismo que determina regras que governam os homens. A Lei representa a história do desenvolvimento da nação, porém não pode ser vista como simples resultado dessa história. Para chegar a esse resultado, ou seja, para sabermos o que a lei é, devemos entender o que ela foi. Sua história é utilizada para interpretar uma regra, por isso os resultados da lei dependem muito do seu passado.

Para entendermos a lei americana foi necessário consultar alguns autores americanos, como Oliver Wendell Holmes Jr, jurista que influenciou profundamente a jurisprudência americana. Ele dizia que a lei não poderia ser codificada, pois está dentro de um processo contínuo de desenvolvimento. A lei pode até se aproximar da consistência, mas nunca a alcança. Assim, mesmo mantendo os princípios de antigamente, a lei não somente deve adotar, mas está sempre adotando novos princípios.

Destarte, as leis codificadas são auto-suficientes, mas não passam de uma fase dentro de um processo contínuo da sociedade (Holmes, 1991, p. 36). Outra idéia interessante de Oliver Holmes que deve ser ressaltada é que a lei deve sempre corresponder aos sentimentos da comunidade (Holmes, 1991, p. 42).

Importante esclarecer o sentido da palavra comunidade, pois ela significa, dentro do *Common Law*, pequenas regiões, ou até cidades, mas raras vezes o país como um todo. O juiz não tem que dar satisfação apenas aos governantes, pois a comunidade também possui uma grande força na sua decisão, e muitas vezes o juiz é influenciado pela comunidade a que pertence ou que o atrai, estando ele consciente ou não dessa influência. Aí se diz que as idéias dominantes são pertencentes à vontade coletiva.

Neste caso, Holmes ignora Hobbes quando diz que a lei não é

só para os soberanos. Ele também ignora o Utilitarismo, que diz que tudo é útil se o for para todos ou a maioria, porém, segundo Holmes, isso é impossível, porque o que existe é um conflito entre interesses de classes e raças. Assim temos que o conceito de lei no *Common Law* é amplíssimo, porque compreende não somente normas escritas, mas também, e principalmente, normas costumeiras.

De um lado o *common law* é flexível e de outro, estável. Assim, temos que os tribunais devem estar sempre consultando as experiências judiciais dos outros países do *common law* para se utilizarem da analogia, caso desejem mudar alguma decisão da Suprema Corte; mas ao mesmo tempo, as decisões judiciais da Suprema Corte são as únicas com força de lei, e isso dá estabilidade ao sistema.

6. HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

Por três décadas após o ano de descobrimento (1500), o Brasil não possuía o que chamamos hoje de Direito brasileiro; entretanto verificam-se alguns atos legislativos dos colonizadores, embora não interessados em traçar na nova terra uma política de colonização racional e eficiente. Desta forma, encontramos, nos primeiros anos de vida do Brasil, dois tipos de legislação, que destacam bem a despreocupação com a colônia:

A legislação eclesástica (Bula 1506 do Papa Júlio II) confirmou o Tratado de Tordesilhas, o qual dava a Portugal o direito de legislar sobre o Brasil. Em 1514, o Papa Leão X ratificou a legislação de 1506, assim como também o fez em 1551 o Papa Júlio III. Já, na legislação civil, destacam-se as cartas que davam ao capitão-mor autoridade absoluta para ditar, aplicar e executar as leis.

Seguem abaixo, de forma sucinta, alguns outros fatos históricos, apenas com o fito de oferecer informações gerais:

o 1534: são criadas as capitanias hereditárias – primeiro regime instituído no Brasil. Um dos principais motivos da não-continuidade deste regime foi a ausência de uma orientação uniforme na análise de casos que vinham surgindo.

o 1549 – sistema de governos gerais: as normas jurídicas de Portugal tinham plena vigência no Brasil, entretanto, ao lado do direito comum, ainda prevalecia para a Colônia um direito especial (regimentos, cartas régias, cartas de lei, alvarás etc.). De 1580 a 1640 o Brasil foi dominado pela Espanha e durante este tempo houve leis comerciais, escravos, índios e minas. Quando os holandeses, nesse mesmo período, invadiram o Nordeste, tentaram impor suas leis; contudo, no direito brasileiro não há nem resquício do direito holandês, e considera-se este fato como apenas um “aci-

dente”.

o 1808 – a Carta Régia dava o primeiro passo para a emancipação comercial. No entanto, de 1780 a 1822 os institutos de direito privado eram insignificantes ou quase nulos no Brasil.

o 1822: é proclamada a Independência, e agora o Brasil passa a ter que organizar sua estrutura jurídica. Por isso, em 1823 foi convocada a Assembléia Constituinte para elaboração da primeira constituição brasileira, que será estudada mais profundamente no próximo ponto.

7. O CONCEITO DE LEI NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, a forma pela qual as normas jurídicas se manifestam é a de leis e códigos, ficando o costume como fonte secundária e como forma de complementação quando não há leis tratando sobre determinado assunto. “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 *Du Contrat Social*” (REALE, 1993, p.141). Com a Revolução Francesa surgiu o direito nacional e com ele o princípio da igualdade perante a lei; e o Código de Napoleão de 1804 trouxe uma novidade para a época: a supremacia da lei sobre os costumes através da sistematização.

Por sua vez, o Direito brasileiro também adotou a supremacia do processo legislativo. Assim, temos o conceito de lei em sentido estrito do professor Paulo Nader: “Lei é o preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência” (NADER, 2001, P.141). Entretanto, a lei deve obedecer a princípios da própria ordem jurídica, não impondo regras irregulares e absurdas, que extrapolem os fundamentos do Direito com base na honestidade.

A jurisprudência, no direito positivo - adotado pelo Brasil - não constitui fonte formal, pois sua finalidade não é criar leis, e sim, auxiliar na interpretação do direito; ou seja, ela é apenas uma forma de produção de normas jurídicas, pelo fato de não ser dotada de obrigatoriedade, nem mesmo quando fixada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, ainda assim, os juízes não são obrigados a julgar conforme a jurisprudência, embora dela se utilizem como forma de orientação.

8. A CONSTITUIÇÃO AMERICANA, A INGLESA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

É importante estudar a história e os fundamentos das constituições, principalmente a dos Estados Unidos, devido a sua considerável idade, pois hoje soma mais de duzentos anos. Além do mais,

as mudanças constitucionais, em geral, ocorrem no contexto de importantes modificações sociais e políticas do país, por isso, é indispensável seu estudo para compreensão tanto do ordenamento jurídico americano quanto do brasileiro.

Analisaremos de forma resumida as constituições brasileiras, a constituição inglesa e a americana, nesta ordem, para fins de instrução e comparação, elencando críticas interessantes de alguns autores.

O Brasil teve sete constituições, sendo uma monárquica e as outras do período republicano. A primeira constituição foi outorgada em 1824 por Dom Pedro I, que possuía poder acima dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois era o imperador que nomeava os presidentes das províncias. Essa Constituição previu em seu art. 179, n.º 18, a codificação de leis ordinárias dentro de um código civil e um código criminal e, posteriormente, um código comercial, além de seus respectivos processos

A segunda constituição foi promulgada em 1891, e passou de moderadamente liberal a mais acentuadamente liberal. Foi inspirada na tradição republicana dos Estados Unidos. Tem como característica principal o presidencialismo, a liberdade partidária, o *habeas corpus* e o princípio básico da independência dos poderes legislativo, executivo e judiciário; entretanto, o voto ainda permanecia só para alguns.

A terceira é de 1934. Além de conferir maior poder ao governo federal, essa constituição abriu o voto para as mulheres.

Já a de 1937, também outorgada por Getúlio Vargas, institucionaliza o regime ditatorial, possui caráter absolutista, institui a pena de morte, elimina a liberdade partidária e estabelece eleição indireta para Presidente da República. É importante ressaltar que durante esta constituição, além de tantas outras iniciativas, ocorreu a reforma do Código Penal (1940).

A quinta constituição é a de 1946, na qual os direitos individuais são restabelecidos pelo governo Dutra.

Em 1964, a nova constituição volta a institucionalizar a ditadura do governo general de Costa e Silva.

As duas últimas constituições do Brasil são a de 1969, que tem como característica diferenciadora principal a outorga de mais poderes aos militares e ao Presidente, e a constituição vigente (1988), que devolve os direitos e a liberdade aos cidadãos. Assim, conclui-se que a constituição hoje vigente no Brasil é democrática e escrita, e engloba detalhes alheios ao direito constitucional, como regulamentações que seria melhor terem sido deixadas nas mãos das leis complementares.

Já a única constituição dos Estados Unidos foi outorgada em 1787, e teve como influência maior a ética protestante ou a ética do

trabalho que veio do Puritanismo, donde surgiu a idéia de governantes eleitos, liberdade e vida moral, o trabalho visto como uma devoção e total fundamentação em princípios políticos. Entretanto, ela possui uma preocupação exagerada com a economia, ou seja, está entrelaçada com o progresso econômico.

O Direito americano se desenvolveu mais que o inglês, em se tratando de liberdade e igualdade, porque cada Estado americano possui sua própria constituição, ou seja, sua própria lei, a partir do princípio de que o povo é soberano; mas mesmo assim, o respeito à Carta Magna de 1787 deve ser mantido.

A constituição norte-americana é concisa, porque abrange apenas princípios gerais, regras básicas de organização e fundamento no sistema jurídico estatal, cabendo à legislação complementar regular a parte de pormenorização. Além disso, ela é também democrática, pois exprime em toda a sua extensão o princípio político-jurídico de que o governo deve traduzir a vontade do povo. Já o *Bill of Rights* foi pactuado em 1689, e não sendo ele democrático, duas forças políticas rivais, a realeza absoluta e a nobreza com a burguesia, manifestaram um compromisso instável.

Entretanto, Irving Kristol, no livro "A Ordem Constitucional Americana", diz que a constituição americana não possui "fé democrática, mesmo assim é um documento fundamental que é venerado por um povo para quem tal 'fé democrática' representa um dogma popular tão inquestionável quanto se pode imaginar numa era secular como a nossa" (1987, p.5).

A estrutura e o funcionamento do governo americano e do atual governo brasileiro foram influenciados por filósofos políticos seculares como Jhon Locke e Montesquieu; entretanto, o "endosso" dos protestantes nos Estados Unidos é que deu força à constituição, fazendo com que ela, além de ser exequível e eficiente, seja também justa.

Harvey C. Mansfield JR, em um texto para o livro "A Ordem Constitucional Americana", escreve que "o caráter essencial da Constituição Americana é que, enquanto todas as suas partes são *derivadas* do povo, nenhuma delas é o povo. Na verdade, o povo que ratificou a Constituição em 1787-88, o povo soberano, desapareceu de vista, a não ser quanto a um aparecimento ocasional para fazer uma emenda (que não é um ato plenamente soberano, porque emendas são feitas sob os processos da Constituição)" (1987 p.86). Com isso, podemos de forma comparativa ressaltar que a constituição brasileira de 1988 não foi ratificada pelo povo soberano, mas sim, pelo povo constituinte.

A constituição inglesa não é escrita, ela é fruto da história e das tradições de seu povo. Entretanto, é importante ressaltar que isso não impede a ocorrência de leis. Sua fraqueza está no fato de que

sua mudança depende apenas da iniciativa do Poder Legislativo.

Thomas M. Cooley, em seu livro "Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América", deixa uma crítica às constituições escritas:

"O defeito de uma Constituição escrita é estabelecer cláusulas pétreas que, quando se tornam inconvenientes, a alteração se torna difícil; porque muitas vezes é arquitetada sobre princípios técnicos verbalmente criticáveis, e não à luz dos grandes princípios; e não menos vezes tende a invadir o domínio da legislação ordinária, em vez de restringir-se às regras fundamentais, e por isso a estimular desmoralizadoras exorbitâncias. Mas como a Constituição escrita é uma necessidade na América, os perigos são insignificantes em comparação aos seus inestimáveis benefícios". (Cooley, 2002, p. 34).

Na Inglaterra, os atos, mesmo que contrários à constituição do país, pertencem ao Parlamento e são considerados como emendas. Já nos Estados Unidos, o Poder Judiciário, que derivou do povo mas cuja força não é exercida por ele, tem o poder de declarar a legitimidade de uma lei. Os únicos remédios contra atos inconstitucionais na Inglaterra são movimentos políticos ou revolucionários, enquanto nos Estados Unidos são os processos ordinários dos tribunais, assim como no Brasil; contudo, a forma mais comum de controle de constitucionalidade nacional é o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nelson Nery, no livro "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal", relata que o STF foi criado para imitar a Suprema Corte Americana, mas não tem conseguido seguir seus passos, pois desde a sua criação tem agido como "órgão praticamente de terceiro ou quarto grau de jurisdição, olvidando seu mister maior, que é o de dar eficácia e sentido a Constituição Federal, tal como ocorre nos Estados Unidos" (p. 32).

9. O COMMON LAW AMERICANO NA ATUALIDADE

No século XX houve um desenvolvimento do *Common Law* que pode ser chamado de *statute law*, ou seja, leis promulgadas pelos legisladores. Com o aumento de casos julgados ficou muito difícil identificar a lei, e também, devido ao crescimento, às guerras mundiais e ao recente ataque ao World Trade Center, os americanos passaram a olhar para o Congresso, outorgando força para o controle de vários setores como alimentos, cosméticos, farmoquímicos, gerenciamento do trabalho, instrumentação médica, licenciamento, mediação de conciliação, pensões e bem-estar, padrões de qualidade, programas de proteção e qualidade ambiental, redução de ruídos, saúde, segurança, transporte e mais. Todas as

regulamentações podem ser encontradas no *Code of Federal Regulations*.

Com a vigência desse código, o poder de regulamentação dos Estados americanos foi diminuído e hoje eles regulam somente casos de educação, a maioria dos casos cíveis, contratos, crimes ordinários como assalto, estupro, homicídio, multa etc.

Outro exemplo de como a lei americana se desenvolveu rapidamente pelo século XX é a história da FDA (*Food and Drug Administration*). A centralização do poder (em Washington), leis feitas ou reforçadas pelas agências, corpos administrativos, as influências de incidentes e escândalos, assim como as opiniões da mídia e do público, ganharam força durante o século.

Às vezes a Suprema Corte faz leis a respeito de matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar, como, por exemplo, armas nas escolas. Além disso, ela limitou o *interstate commerce power of Congress*. Mas isso não significa que Washington controle tudo que é federal; ainda há alguns programas federais controlados pelos Estados, pois "federal não significa estritamente controlado pelo centro, simplesmente significa que o poder pode ser exercido pelo centro se assim decidir o Congresso" (Friedman, 2002).

Roland Sèroussi (2001) confirma o crescimento das leis nos Estados Unidos e cita como exemplos a própria Constituição escrita, a Declaração dos direitos (*Bill of Rights*, que são as dez primeiras emendas da Constituição e a XV emenda de 1868), as liberdades públicas (*civil rights*) e a presença dos códigos federais e estaduais. Ele também diz que os juizes americanos não ficam mais presos às jurisprudências, mas conforme a necessidade as reformam e limitam.

Além disso, há mais autores que confirmam este desenvolvimento, entre eles Lincoln Magalhães da Rocha, em seu livro que trata exatamente do tema aqui abordado: "Aproximações do *Common Law* do *Civil Law*". Nele, o autor confirma várias vezes a tendência americana de adotar a legislação: "O sistema americano, por ora, está mais próximo do inglês, mas a tendência é desviar-se em direção ao sistema romano" (ROCHA, 1990, p. 79). Outro exemplo disso é o "*due process of law*", conhecido aqui como o "devido processo legal".

10. CIVIL LAW, O REGIME BRASILEIRO NA ATUALIDADE

O Direito brasileiro se preocupa mais com a logicidade e a formalidade, ou seja, as leis estão limitadas pelos códigos. Maria Helena Diniz, no livro "Compêndio de Introdução à Ciência do Direito", que encontramos o fundamento da origem das normas na "exigência da natureza humana de viver em sociedade" (Diniz, 2001, p. 328). Portanto, as normas se tornam necessárias para garantir a

paz e a ordem dentro de uma sociedade. Assim, Del Vecchio, citado por Maria Helena Diniz, diz que "a norma jurídica é a coluna vertebral do corpo social" (Del Vecchio, 1953, p.279 apud Diniz, 2001, p.329).

Essas normas podem ser codificadas ou não, mas de acordo com a conclusão sobre a base do Direito brasileiro de Guido Fernando Silva Soares, no livro "*Common Law: Introdução ao Direito Americano*", "nas Universidades Medievais (sic), estudantes e professores eram mais preocupados com a racionalidade e logicidade do sistema, (sic) do que com os reais efeitos da aplicação da norma jurídica (que era sempre uma proposição abstrata e geral) na corrente vida da sociedade" (Soares, 2000, p. 28). Pode-se, então, concluir que a preocupação com a formalidade da norma é exagerada dentro do sistema jurídico brasileiro.

Todos os atos são considerados isoladamente; portanto o sistema americano parte de vários casos particulares para outros particulares, enquanto o sistema brasileiro parte do geral para o particular. Neste caso, podemos dizer que um código antigo como o de Napoleão não está ultrapassado devido ao trabalho da jurisprudência, pois a lei não fica presa ao legislador, possuindo "vida espiritual autônoma, sobre a qual se desdobra o trabalho mental das gerações" (Ferrara apud Silveira, p.419).

Não obstante, há muitas discussões sobre a segurança da jurisprudência, devido ao seu dinamismo. De acordo com Carlos Aurélio de Souza, em seu livro "Jurisprudência e segurança jurídica", a jurisprudência oferece segurança mais qualificada do que as leis. É certo reconhecer que na jurisprudência há um dinamismo maior do que o das leis; entretanto, temos súmulas do STF que há trinta anos não foram modificadas. EX: correção monetária, que os tribunais estenderam a todas as espécies de débito judicial. Contudo, em alguns casos, o dinamismo é extremamente essencial, e isso acontece mais freqüentemente nos direitos comercial e trabalhista brasileiros, por serem áreas que se desenvolvem com mais rapidez.

Existem ainda autores - como Paulo Nader - que, apesar de confirmarem que a jurisprudência no Brasil tem a função apenas interpretativa, afirmam que indiretamente os juízes estão fazendo leis, só que aqui os juízes dos tribunais inferiores não são obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, como ocorre nos países do *Common Law*. Lawrence Friedman diz que o sistema legal é produto da sociedade, portanto o dinamismo da jurisprudência muitas vezes vira lei. Além disso, JIMÉNES DE ASÚA, diz que a "lei reina e a jurisprudência governa", isto é, um sistema jurídico ideal seria aquele que possuísse o equilíbrio entre leis e jurisprudência, sem que uma possuísse prioridade em relação à outra.

Eis a questão de Miguel Reale sobre o *Common Law* e o Direito brasileiro: "Na realidade são expressões diversas 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* (sic), por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística" (Reale, 1998, p. 142). E Sèroussi (2001, p.162) chega até a exagerar quando diz que um dia a família do *Common Law* será a única, por procurar dar soluções práticas e simples aos conflitos.

Além disso, Maria Helena Diniz confirma a afirmação acima, dizendo que os países que adotam o *Common Law* têm sofrido influências do processo legislativo, pois "há no Estado moderno uma supremacia da lei ante a crescente tendência de codificar o direito para atender uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas..." (Diniz, 2001, p.283). Em contraste, a mesma autora aponta a influência da jurisprudência como fonte do direito, pois a jurisprudência no Direito brasileiro auxilia na produção de normas e também força o legislador a fazer leis que acompanhem o desenvolvimento da sociedade. Por esse motivo, Maria Helena Diniz afirma que a jurisprudência possui força normativa.

Com o advento da reforma do Poder Judiciário no Brasil, ainda em trâmite no Congresso Nacional, haverá (se ela realmente ocorrer) uma maior proximidade entre o *Common Law* e o Direito brasileiro, pois há uma proposta na qual se institucionaliza a súmula vinculante, ou seja, aquela pela qual os tribunais inferiores estarão obrigados a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

11. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE O *COMMON LAW* E O DIREITO BRASILEIRO

As diferenças básicas entre os dois sistemas se resumem nas seguintes questões: o *Common Law* possui uma filosofia pragmática, portanto, ele parte do caso concreto para solucionar as controvérsias presentes e futuras, enquanto que o direito brasileiro é dedutivo, ou seja, ele parte das construções teóricas para então estabelecer os princípios. Assim temos o último constituído por elementos formais e o primeiro por elementos variáveis.

Como podemos perceber, à primeira vista, o *Common Law* é o oposto do direito romano-germânico, por ser um direito de "essência jurisprudencial", enquanto o último é baseado em leis devidamente votadas. Essas diferenças não apareceram de surpresa, pelo contrário, elas ocorreram devido à história.

O Direito inglês se deixou influenciar pelo Direito romano desde 1731. Mesmo sendo a influência muito tênue, até essa data o latim ainda era usado na linguagem jurídica inglesa, acarretando algu-

mas influências do ponto de vista factual, como no caso da Constituição inglesa, que foi escrita em latim por um doutor da Universidade de Bolonha e posteriormente, no século XVI, traduzida para o inglês. Além da Magna Carta, o *Common Law* tem como influência romana o *habeas corpus*, *mortgage* (hipoteca) e o júri.

Não obstante, no século XX, com as revoluções, o *Common Law* demonstrou adaptar-se às leis sem perder sua característica fundamental. A rivalidade entre as duas famílias jurídicas dá alguns lugares para semelhanças: em matéria de ordem social, tanto o *Common Law* quanto o direito continental consideram os direitos subjetivos do indivíduo; quanto ao Estado de direito, em ambas ocorre a separação dos poderes; e há ainda outras semelhanças como extensão de conceitos, harmonização dos textos de leis, trocas de juristas, comparação de soluções jurisprudenciais e de processos.

CONCLUSÃO

Através deste estudo, podemos definir de forma genérica o *Common Law* como direito costumeiro, cuja principal fonte é a jurisprudência, que possui caráter interpretativo e através da qual os juizes produzem o chamado "Direito Comum". Importante ressaltar que os princípios e os costumes desse sistema são reconhecidos, ainda que de forma tácita, pelo poder legislativo. Contudo, a definição do *Common Law*, em particular, o americano, não foge da definição acima, a não ser por um acréscimo: as leis escritas. Portanto, pode-se dizer que o Direito americano é composto de *Common Law* e *Civil Law*.

Já o *Civil Law* tem como característica principal o direito já predeterminado pelas normas, que na maioria das vezes estão dispostas em códigos; entretanto, sofre grande influência da jurisprudência e da doutrina.

Mais uma vez, é possível verificar a proximidade do Direito americano ao brasileiro, pois seus conceitos muitas vezes são tão semelhantes que se confundem, devido à grande influência que um sofre do outro.

Neste estudo, foi possível comparar o Direito brasileiro, o americano e o inglês de forma geral, adentrando mais as suas origens, semelhanças e principalmente as transformações do século XX.

Podemos perceber que vários autores, tanto brasileiro, como americanos, estão seguindo uma mesma linha de pensamento, ou seja, todos concordam que tanto o Direito brasileiro tem se desenvolvido na sociedade com o auxílio da jurisprudência - o que não era muito possível na época da ditadura militar - quanto o direito americano tem encontrado a necessidade de adotar leis, o que não deixa também de ser fruto deste mesmo desenvolvimento.

No começo da pesquisa havíamos questionado se ambos os

sistemas estavam deixando suas raízes e trocando-as em busca de justiça. No entanto, o sistema inglês já se encontrava influenciado, mesmo que de forma tênue, desde 1731, pelo sistema romano, e quando se trata da "descoberta e realização de justiça, esses sistemas se convergem para um ponto: a unidade do direito ocidental" (NASCIMENTO, p.200, 1990).

Em uma análise mais moderna temos Grant Gilmore (1974), que conceitua a lei como refletora da sociedade. Considera então esse autor que a causa produtora do Direito é a sociedade e nela se encontra a esfera da Moral, da Geografia e principalmente - no caso aqui aplicado - da Economia, na qual têm-se aberto as fronteiras comerciais entre os países, e como consequência, tem-se a aproximação das sociedades em sentido global. Logo a prática legal também é alcançada por esta globalização. Por esse motivo, hodiernamente, encontram-se semelhanças muito próximas entre sistemas jurídicos, em especial o *Common Law* americano e o *Civil Law* brasileiro. Exemplo disso é a ascensão do direito internacional através dos acordos internacionais.

REFERÊNCIAS

- BLACK, C. Henry. **Black's Law Dictionary**. EUA: West Publishing Co. 1990
- COLLEGE OF COMMON LAW. **Common Law and Civil Law**. Disponível em: <http://www.civil-liberties.com/commonlaw/courseintro.html> Acesso em: 09 out. 2002.
- CONCHA, F. Rafael. De la Escuela Pragmática. In: _____. **Filosofia del Derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.
- COOLEY, M. Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.
- DINIZ, H. Maria. Produção Jurisprudencial. In: _____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 290-298.
- FRIEDMAN, M. Lawrence. **Law in America**. New York: Modern Library Edition, 2002.
- GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. Yale University Press, 1974.
- HOBBS, THOMAS. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**,

São Paulo: Editora Landy, 2001.

KRISTOL, Irving. et al. **A Ordem Constitucional Americana**. Tradução de: José Livio Dantas. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.

LANGARO, L. Luiz. Deontologia Geral. In: ____ .**Curso de Deontologia Jurídica**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

NADER, Paulo. Jurisprudência. In: ____ . **Introdução ao Estudo do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.165-173.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria Geral do Direito do Trabalho. In: ____ . **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.83- 231.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ. Disponível em: http://www.pucpr.br/educacao/academicos/paginaspessoais/professores/joao/AULA26_COMMONLAW.doc Acesso em: 17 jul.2003.

RAÓ, Vicente. Sistema anglo-americano de direito positivo In: ____ . **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. Fontes do Direito. In: ____ . **Lições preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 167-175.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

SANCHEZ, Jose; BERNAL, Arcilla. El Ordenamiento Jurídico y El Proceso Codificador. **Historia Del Derecho: instituciones político-administrativas**. Madri: Dykinson, 1995. p. 963-969.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano**. São Paulo: Editora Landy, 2001.

SILVEIRA, Alípio. Os Métodos de Interpretação da Lei em nosso Supremo Tribunal. In: ____ . **Hermenêutica Jurídica. v. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 393-351.

SOARES, F.S. Guido. **Common Law, Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996.

TETLEY, William. **Mixed Jurisdictions: Common law vs Civil law**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-4a.htm>> Acesso em: 18 jul. 2003.

WALKER, Ralph. **Kant e a Lei Moral**. Tradução de: Oswaldo Giacóia Junior. São Paulo. Ed: UNESP. 1999. Original inglês.