

A TEORIA DO SISTEMA E OS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*: ASPECTOS PRELIMINARES

*Adriano Baptista Assis*¹

*Bruno Mendonça de Azambuja*²

*Marta Britto de Azevedo*³

Resumo: O artigo apresenta aspectos preliminares da Teoria do Sistema e dos Sistemas Abertos e Fechados, abordados por meio de uma visão filosófica, com eventuais transversalidades e transdisciplinaridades, como vetores do conhecimento jurídico. Ainda, objetiva angariar reflexões agregadoras no campo acadêmico, não possuindo aspecto de cunho ideológico. Visa possibilitar conhecimento na interpretação dos Sistemas Abertos e Fechados e a *Common Law* e a *Civil Law*. Por efeito, trata-se de estudo inicial que visa agregar e fomentar argumentação científica a respeito da temática, propiciando a reflexão acadêmica sobre os sistemas perante a globalização atual.

Palavras-chaves: Teoria do Sistema. Sistemas Aberto e Fechado. Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*.

Abstract: The article presents preliminary aspects of System Theory and Open Systems and Closed addressed through a philosophical view, and with any transversalities as vectors of legal knowledge. Still, aims to raise reflections aggregators in the academic field, not having an ideological aspect. Aims to enable knowledge in the interpretation of open and closed systems and the Common Law and Civil Law In effect, it is the initial study that aims to aggregate and foster scientific argument about the subject, providing academic reflection on the systems before the current globalization.

Key-words: System theory. Open and Closed Systems. Systems of Common Law and Civil Law.

Sumário: Introdução. Teoria do Sistema. Sistemas Abertos e Fechados. Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*. Conclusão.

¹ Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Mestrando em Direito pela PUC-SP.

² Advogado. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP.

³ Advogada. Pós-graduada em Direito do Consumidor pela PUC-RJ. Mestranda em Direito Civil pela PUC-SP.

Introdução

Com o passar dos séculos, atrelados a inúmeros fatores e situações, o mundo se deparou com realidades e cenários específicos, descobertas ou redescobertas, que, por meio da reflexão filosófica, enraizadas em expoentes filósofos, otimizaram a possibilidade de relacionarem o conhecimento com o universo fora de seus campos de atuação e emprego.

Nesse ambiente de descobertas e, principalmente, de divulgação desse suposto conhecimento à sociedade, com a relativa apreensão da realidade, em certos momentos, buscou-se a tentativa de analisar se esses conhecimentos se relacionavam, por meio de uma visão transdisciplinar e/ou transversal com outras áreas e disciplinas, materializando em supostas convergências.

Desde a epistemologia funcionalista, tratando-se da eventual solução de um problema concreto por meio da seleção, entre equivalentes funcionais, daquele que desempenha mais satisfatoriamente uma dada função, é notável que a importância de métodos transversais com outras disciplinas pode auxiliar sobremaneira ciências que necessitam de tais visões transversais.

Soma-se ao presente escopo da abordagem sistêmica da realidade, a possibilidade de permear-se, além de instrumentalização de aferição de uma disciplina no suporte da referida área de conhecimento, e a razão dessa correlação entre outras disciplinas que esta exerce naquela, representando a compatibilização entre os interesses que se manifestam na vida social, de modo a traçar as convergências e diretrizes, de forma transversal e transdisciplinar.

Ainda, deve-se observar a transversalidade como modo de se trabalhar o conhecimento que busca uma reintegração de aspectos que ficaram isolados uns dos outros pelo tratamento disciplinar. Com isso, por meio dos sistemas, busca-se conseguir uma visão mais ampla e adequada da realidade, que tantas vezes aparece fragmentada pelos meios de que se dispõe para conhecê-la e não porque o seja em si mesma.

Nesse diapasão, ressalta-se a Teoria Geral dos Sistemas pela importância fundamental em envidar esforços para agregar, difundir e possibilitar a interação de conhecimentos com um maior número de interlocutores e receptores, otimizando o devido aproveitamento do conhecimento em prol de interesses e necessidades, almejando uma provável transdisciplinaridade e convergência.

Nesse elastério, insta frisar que a interpretação dos sistemas abertos e fechados, como fontes integradoras e construtivas da realidade, objetiva angariar reflexões agregadoras no campo acadêmico, não possuindo caráter ideológico, buscando a reflexão de possíveis transversalidades e transdisciplinaridades, que podem ensejar em hipóteses e conclusões, especificamente neste breve estudo, e a abrangência na *Common Law* e na *Civil Law*, com reflexos diretos e indiretos no campo privado, tanto nacional como internacional, e suas relações jurídicas correlatas e correspondentes que, com a globalização cada vez mais concreta, somados aos avanços tecnológicos, propiciam a busca dos conhecimentos difundidos perante a globalização atual.

Nesse elastério, *in casu*, pode proporcionar a compreensão de conhecimentos à disposição para corroborar com um ambiente de significados e na própria conjuntura científica que, pontualmente, pode gerar convergências possíveis, dentro de uma realidade e de uma sedimentação científica.

Teoria do Sistema

A reflexão sobre a evolução da ideia de ordem para a de sistema, ou mesmo a reflexão sobre o sistema, pode dissolver a alternativa entre normativismo e o axiologismo, assim como a própria tematização entre teoria e prática. O próprio método ordenador sob princípios unitários, de Aristóteles, fez surgir a ideia de uma ciência ligada a um sistema⁴.

Ainda, os estóicos foram exigentes quanto a uma noção de ordem e ligavam a esta a ideia geral de sistema; em sentido estrito somente foi encontrada na modernidade, com as bases do ideal de cientificidade.⁵

⁴ KRETSCHMANN, Ângela. Sistema. In Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵ *Ibidem*, 2009.

Inicialmente, o conceito de sistema não é unívoco, sendo muito discutido, podendo ser um conjunto de elementos relacionados entre si em uma ordem unitária e coerente, onde o todo é mais do que a mera soma das partes, em conformidade com o paradigma aristotélico de sistema enquanto mecanismo de conhecimento.

Nesse cenário, em meados do século passado, Karl Ludwig von Bertalanffy⁶ constituiu uma verdadeira mudança de paradigma no seio da teoria dos sistemas. Pretendendo elaborar um conceito de sistema aplicável a todo campo de investigação científica, o citado biólogo austríaco participou que o sistema continua sendo mais do que a mera soma das partes, mas a perspectiva da relação parte/todo é substituída pela perspectiva da diferença entre sistema/entorno; o sistema é um conjunto de elementos que se relacionam entre eles mesmos e com um ambiente.

Nesse âmbito, temos o nascimento da Teoria do Sistema Geral, e nos ditames de Pugliesi: “ou como ficou mais conhecida: Teoria Geral dos Sistemas”⁷

Insta com isso consignar, agregando-se ao paradigma tradicional aristotélico, como a diferenciação sistêmica para o interior, e a distinção entre sistema e ambiente, como a diferenciação sistêmica para o exterior. Segundo Bertalanffy, é a coesão das interações dos elementos que o integram, estabelecendo o limite entre ele e ambiente. A distinção entre sistema e ambiente e a fundamentação da distinção entre sistemas abertos e fechados, são o legado fundamental deixado por tal formulação⁸.

Cabe destacar, nos ensinamentos de Márcio Pugliesi, que “a abordagem analítica clássica partia dos pormenores para o todo, concentrando-se numa variável de cada vez, enquanto a abordagem sistêmica procura uma visão global, que inclua o conjunto das suas variáveis, partindo do todo para o pormenor”.⁹

Nesse diapasão, o método sistêmico procura validar os seus conceitos por meio de modelos.

⁶ BERTALANFFY, Karl Ludwig von. Teoria geral dos sistemas. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

⁷ PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ BERTALANFFY, Karl Ludwig von. Teoria geral dos sistemas. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

⁹ PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

Cabe ressaltar, porém, que o pensamento sistemático compreende o sistema como uma ordenação unitária interna de elementos; e o pensamento sistêmico concebe o sistema como a mesma ordenação unitária em um contexto de relacionamento externo com um meio.

Nesse mister, salienta-se que o pensamento sistêmico não substituiu o sistemático, ou ainda, que este se transformou naquele. O pensamento sistêmico buscou a noção de sistema, sendo que as formas de compreensão do mundo convivem como concepções autônomas e não contraditórias.

Com isso, disciplina Pugliesi:

no paradigma sistêmico há um progressivo reconhecimento da liberdade criadora do modelizador que, mercê em geral de homomorfismos entre um conjunto de partida (a realidade) e outro de chegada, o modelo, escolhe as variáveis que irá privilegiar em sua modelização¹⁰.

O sistema é o “conjunto de unidades em inter-relações mútuas”, segundo Bertalanffy¹¹. Pode-se participar que todo sistema (seja uma máquina, seja um ser vivo) é capaz de auto-regulação, de modo que sua estabilidade e orientação dependem de mecanismos internos de controle.

Nesse cenário, é pertinente destacar a retro-alimentação ou *feedback*, que pode ser entendida como a capacidade do sistema em se ajustar a uma conduta futura tendo em vista a memória formada em razão de fatos passados. Dessa maneira, o sistema capta informações do entorno, por meio de dispositivos perceptivos e sensoriais, e pode modificar, de acordo com o processamento da informação externa por estruturas internas, promovendo, dessa forma, o cenário adequado e melhor adaptado ao meio.

O sistema é composto por elementos e estrutura. Nesse elastério, a complexidade sistêmica consiste no aumento de elementos e/ou de suas relações entre si. Tal complexidade não está dada ontologicamente, senão que é aquela definida como suficiente pelo próprio sistema, sendo contingente.

Nesse diapasão, pode participar que o sistema caracteriza pela sua auto-referência; o sistema é objeto de sua própria análise, e define a si mesmo a partir do

¹⁰ PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹ BERTALANFFY, Karl Ludwig von. Teoria geral dos sistemas. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

reconhecimento de sua diferença em face do entorno. Além desse procedimento existem outros procedimentos auto-referentes que o sistema realiza depois de formado. Cita-se a observação, pela qual o sistema, com base em um esquema ou programa de diferenças (código binário) observa a si mesmo (auto-observação) e o seu entorno (hetero-observação), sem que isso impeça que o sistema seja também objeto de observação de outros sistemas (hetero-referência).

Portanto, é a partir da observação que o sistema pode, por meio de sua seletividade, ou seja, o recorte da complexidade em razão da escolha de certas possibilidades em detrimento de outras, reduzir a complexidade do entorno.

Com isso, a complexidade de um sistema é a característica original desse sistema e varia em função do número de elementos e das relações entre eles, comenta Pugliesi.¹²

Tem-se diversas escolas que se valem das noções de sistema, como no caso de Canaris e a Escola do Pensamento Sistemático, como também de Niklas Luhmann e sua visão autopoietica em um Pensamento Sistêmico, que também é central para o início da corrente sistêmica na Sociologia moderna. Mesmo escolas de base oitocentista, como a Escola da Exegese e a Pandectista, também dialogam com as esferas de sistemas e suas teorias.

Sistemas Abertos e Fechados

Cabe inicialmente salientar que sistema vem do grego *systemi*; refere-se uma totalidade construída, composta de várias partes, um conjunto de elementos envolvendo uma ordem, não uma simples justaposição¹³.

Com isso, a questão vai desde a composição de seus elementos, do ambiente onde se relacionam e ainda a própria comunicação entre os mesmos, até a sua composição envolver um sistema mecânico ou orgânico.

Nesse contexto, os sistemas podem ser classificados, quanto à sua natureza em fechados, os quais não apresentam intercâmbio com o meio ambiente que os circunda, sendo assim não recebem nenhuma influência do ambiente e por outro

¹² PUGLIESI, Márcio. Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ KRETSCHMANN, Ângela. Sistema. In Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

lado não influenciam, não recebendo recurso externo e nada produzem que seja enviado para fora.

Por outro lado, pode-se participar que os abertos são os sistemas que apresentam relações de intercâmbio com o ambiente, por meio de entradas e saídas. Tais sistemas trocam matéria, energia e informação regularmente com o meio ambiente. São eminentemente adaptativos, reajustando-se constantemente às condições do meio.

Segundo Vasconcellos¹⁴, Bertalanffy distinguiu os sistemas abertos dos fechados, sendo estes, os que não intercambiam matéria com o ambiente, quando nenhuma matéria entra ou sai dele. Nesse caminho, os sistemas máquinas são sistemas fechados, porém abertos à informação.

Cabe aqui uma consideração, baseado nos ensinamentos de Niklas Luhmann¹⁵, narrando que, historicamente, as teorias sistêmicas receberam seu primeiro impulso por meio da tese de termodinâmica, por meio da qual sistemas fechados tendem à entropia, assim houve o paradoxo, entre essa constante entropia e a ordem necessária para conseguir chegar ao sistema.

Ainda essa noção de sistemas abertos, que realizam trocas com o ambiente, acaba mantendo a noção de sistema, como ordem complexa, e assim a teoria dos sistemas pode ser incorporada aos sistemas sociais.

Nesse aspecto, pode-se salientar, como fator reflexivo, que as organizações são por definição sistemas abertos, pois não podem ser adequadamente compreendidas de forma isolada, mas sim pelo inter-relacionamento entre diversas variáveis internas e externas, que afetam seu comportamento. Do mesmo modo que os organismos vivos, as citadas organizações possuem funções primárias, que tem relação entre si, mas que podem ser estudadas em caráter individual.

Nesse elástico, de acordo com Morin¹⁶: “Um sistema aberto é um sistema que pode alimentar a sua autonomia, mas mediante a dependência ao meio externo”. Por meio do contexto da complexidade, o pensamento sistêmico:

¹⁴ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência. Campinas, SP: Papyrus, 2009.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima, Ernildo Stein e Luís A. de Boni (orgs.). Petrópolis, RJ: Vozes; Porto Alegre: editora da UFRGS, 1993.

¹⁶ MORIN, Edgar. Ciência com Consciência. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 12ª ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2008.

Nós mesmos construímos nossa autonomia psicológica, individual, pessoal, por meio das dependências que suportamos, que são as da família, a dura dependência da escola, as dependências da universidade. Toda a vida humana é uma trama de incríveis dependências.¹⁷

Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*

É pertinente citar que a dogmática jurídica é definida como um sistema de ordenação conceitual voltada à interpretação das disposições legais, de modo a garantir uma aplicação racional, previsível, segura e harmônica do Direito positivo ao caso concreto.

Diante disso, oportuno que, para aplicação da Teoria Geral dos Sistemas no âmbito do Direito, cita-se Canaris¹⁸ como uma doutrina que pode ofertar, sinteticamente, as diversas possibilidades que o tema apresenta no Direito contemporâneo.

Há uma grande evolução da noção de sistema no Direito, no ímpeto do cientificismo moderno e como resultado da influência filosófica, ligando-se a pressupostos de ordem científica ou metodológica.

Em outro campo, fazendo uma reflexão articulada em Pedro Demo, pode-se corroborar:

De partida, seria o avesso da qualidade política fazer de processos participativos apenas objeto de estudo, insinuando que o conhecimento somente provém da teoria. Em seguida, é mister chegar ao cotidiano da vida, com o objetivo de ser relevante para a vida, e não só para a academia, o que supõe procurar alguma intimidade com os fenômenos em questão.¹⁹

E mais:

Ademais, pesquisas participantes são tópicas, como é tópica a vivência que se pode ter de uma realidade política. Não podemos vivenciar tudo, porque só pode ser uma proposta teórica. Vivenciamos o concreto, o localizado, o prático. Sem desprezar teoria e lógica, a pesquisa participante tenta absorver coisas da sabedoria, do bom senso e da arte, sobretudo naquilo que têm de prático. Não se participa em teoria. Não se transforma em teoria. Não se vive na lógica, mas na contradição. Não se esconde a ideologia sob a capa falsa da neutralidade, mas se assume ostensivamente, por um compromisso democrático de colocá-la em discussão.²⁰

¹⁷ *Ibidem*, 2008.

¹⁸ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁹ DEMO, Pedro. Ciência, Ideologia e Poder: uma sátira às ciências sociais. São Paulo: Atlas, 1988.

²⁰ *Ibidem*, 1988.

Outrossim, merece enfatizar que cada sistema tem seu espaço de existência e suas fronteiras, e se estas fronteiras estiverem muito distantes umas das outras eles tendem a não se inter-relacionar, a menos que haja necessidade.

Nesse sentido, objetivando o pensamento reflexivo no presente estudo, ressaltam-se os Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, com suas características de sistema.

Marta Britto de Azevedo

Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*: implicação prática

Assim, no presente capítulo, a palavra ‘sistema’ será referida ao modo de organização do aparato legislativo, isto é, ao chamado sistema de *Civil Law* presente no Brasil. E o objeto será o de mostrar que esse sistema jurídico, fundado na prevalência do direito legislado (eventualmente, numa visão inicial restrita das atribuições dos juízes diante da lei) sofre uma flexibilização através da atuação sempre mais ampla e criativa dos juízes na construção do direito, aproximando-se, dessa forma, do chamado *Common Law*.

Ao final, tal aproximação será ilustrada a partir da análise de julgado do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

Com relação ao *Common Law* inglês, define José Reinaldo de Lima Lopes que se trata de “*um sistema desenvolvido pelas cortes reais, contra os costumes locais que não conseguem impor-se em todo o reino, não conseguem ser o direito comum de todo o reino*”²¹.

O Autor narra a história do sistema, que, inicialmente, estabeleceu-se no período feudal da Inglaterra, em que o rei decidia, com seus juízes, os conflitos locais de detenção da terra.

Bem mais tarde na história, continua o Autor, “*a jurisdição real voltou a ampliar-se quando o rei passou a ouvir determinados casos que não tinham precedentes (não eram casos de jurisdição in law), mas queriam alguma solução de*

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

justiça". E, conclui que, "Com o passar do tempo, constituiu-se um sistema de regras e de tribunais separados: as cortes de equidade (*equity courts*)"²².

Bem preciso, Norberto Bobbio expõe que o *Common Law* é "um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei". O doutrinador italiano conta que, em um segundo momento, o *Common Law* transforma-se em "um direito de elaboração jurídica, visto que é constituído por regras adotadas por juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)".²³

Richard A. Posner, por sua vez, utiliza a expressão '*Common Law*' para referir-se ao "corpo de direitos criado basicamente por juízes, através de suas decisões, e não pelos autores das leis ou das Constituições"²⁴. Posner acrescenta que:

Portanto, o common law inclui não apenas a responsabilidade civil extracontratual, o direito contratual e outros campos originalmente criados pelos tribunais de common law ingleses, mas também o direito marítimo, os remédios judiciais para danos não ressarcíveis, o direito de família e outros corpos de direito criados basicamente por juízes, ainda que não por juízes do common law no sentido estrito que os advogados empregam²⁵

Nota-se, assim, que o *Common Law* é um sistema jurídico -- adotado em países, ou em parte deles, de origem anglo-saxônica²⁶ --, que trata o direito a partir de uma decisão judicial ou de um conjunto delas. Em outras palavras, trata-se de um sistema jurídico criado e alimentado por decisões de tribunais, alheias a atos legislativos e executivos.

Nesse sentido, julga-se com base em decisões adotadas em casos precedentes (igualmente decididos por juízes), cabendo ao juiz, na ausência de decisão anterior sobre a matéria, ditar o direito a ser aplicado. Ao final, a reunião

²² Idem, p. 66.

²³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

²⁴ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 331.

²⁵ Idem, p. 331.

²⁶ Destaca Miguel Reale que "os Estados Unidos da América coincidem com a Inglaterra apenas no tocante ao Direito privado, pois, no plano do Direito Constitucional a Nação yankee, apartando-se do Direito costumeiro, nos oferece o mais notável exemplo de Constituição rígida, só suscetível de emendas através de múltiplas exigências e cautelas que envolvem todo o sistema federativo". REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24^a Ed, 2^a tiragem, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

dessas decisões, extraídas de casos precedentes ou criadas na ausência destes, compõe o Sistema do *Common Law*.

Já o Sistema Jurídico brasileiro, como se sabe, adota o direito legislado (textual), devendo o juiz, “*na aplicação da lei*”, observar os fins sociais por ela propostos, assim como as exigências inerentes ao bem comum (art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942²⁷, “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”). Sobre o tema, ensina Miguel Reale:

O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da *lei constitucional*, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o sistema normativo. Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de *innovare in iure*, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, *direitos e deveres* a que todos devemos respeitar.²⁸

Como se observa, em entre nós, as fontes do direito obedecem a uma gradação, na qual a lei (*i.e.*, atos normativos estabelecidos no artigo 59 da Constituição Federal de 1988²⁹) é a fonte primária, adotando-se os costumes, por exemplo, de forma subsidiária.

Assim, no Sistema Jurídico brasileiro, via de regra, as decisões judiciais baseados em analogias, costumes e princípios gerais têm espaço quando, no texto da lei, houver omissão (art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³⁰).

De outro lado, recorda-se que, no nascedouro do positivismo jurídico, a autonomia do juiz, frente ao direito legislado, era mínima, devendo este seguir a lei *ipsis litteris*. Ou seja, na origem do positivismo jurídico, o juiz era um repetidor da lei,

²⁷ “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

²⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 24ª Ed, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163 (Grifos no original).

²⁹ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções”.

³⁰ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

ou, nas palavras de Montesquieu, o juiz “*não é mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei*”.³¹

A esse respeito, Chaïm Perelman invoca o manual francês de Mourlon sobre o código civil de 1846, o qual ostentava que “*um bom magistrado humilha sua razão diante daquela da lei; pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para a julgar*”.³²

Logo, nos sistemas jurídicos positivados, em momento primitivo, a vinculação do juiz à lei era muito mais rigorosa e foi, com o passar do tempo, significativamente relativizada, não sendo mais o juiz um simples ventríloquo da lei, como anunciado por Montesquieu no século XVIII.

Diante da mudança do mundo, do dinamismo das relações comerciais e novas fórmulas de contato profissional, da globalização, da nova estrutura/formação familiar (e.g., reconhecimento da união estável) e das relações pessoais, os costumes mudaram. Nota-se, assim, que, no atual cenário, o legislador não tem como acompanhar tantas mudanças.

Tanto é assim que, hoje, o próprio legislador brasileiro prevê, no já citado artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a necessidade de se observar os “*fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”, dando uma margem maior às decisões judiciais.

Portanto, entre nós, a necessidade de observar os fins sociais foi uma evolução que culminou no próprio legislador reconhecendo que o juiz não está adstrito ao texto legal *ipsis litteris*, conferindo espaço de atuação para julgar de forma diferente, *i.e.*, não exatamente como previsto, mas a favor dos fins sociais.

Ater-se-á o juiz não precisamente ao texto gramatical da lei, mas à inter-relação com a situação de fato, localização geográfica e temporal, direitos envolvidos e outros.

Exemplo da ampliação da concepção do Direito (em seu sentido positivo) é trazido por Perelman, em caso da Corte de Cassação da Bélgica (equivalente ao

³¹ MONTESSQUIEU. *The spirit of laws*, 180. (www.dominipublico.com.br, acessado em 16.06.2013) tradução livre.

³² Manual de Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, de 1846, citado por PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª Ed., trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 544.

Supremo Tribunal Federal brasileiro), que estabelecia que a referida Corte não podia cassar uma sentença sem que estivesse demonstrada uma violação à lei, com a indicação dos dispositivos legais tidos por violados. Contudo, por vezes, o acórdão violava um princípio geral, sem que houvesse uma disposição literal da lei a indicar.

Nessas hipóteses, nas quais a regra efetivamente violada estava contida em um princípio geral e não em uma disposição legal positivada, a Corte de Cassação da Bélgica, para dar razão ao recorrente, acolhia a indicação de um dispositivo legal que pouco tinha a ver com o princípio violado.

Assim, para a mencionada Corte, a motivação, ainda que precária aos olhos da lei, era necessária, devendo haver ao menos um ‘indício’ que indicasse a violação a um dispositivo positivado. Até momento em que, conclui Perelman em seu exemplo, a Corte Belga admitiu que o recorrente, *“na medida em que invoca um princípio geral do direito, satisfaz suas obrigações indicando este em seu recurso. Fica supérfluo recorrer à ficção desde que a Corte aceita interpretar os termos ‘disposições legais’ num sentido lato, que abrange igualmente outras regras de direito”*.³³

Atualmente, a despeito de haver, no sistema positivado, uma interpretação pela literalidade da lei, que geraria um cenário oposto, o campo de atuação do juiz é cada vez maior. Exemplo disso é a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do sistema de recursos repetitivos, de modo que o ativismo do juiz na criação daquilo que é ‘lei’ entre as partes (decisão judicial), no fim, vira lei *erga omnes*.

Quer-se dizer que, com a sistemática dos recursos repetitivos, não se decide apenas o caso entre as partes, cria-se, de certa maneira, uma norma geral e abstrata para todos os casos *“com fundamento em idêntica questão de direito”* (artigo 543-C, Código de Processo Civil).

A teor das observações precedentes sobre a flexibilização do sistema do direito legislado (*Civil Law*), frente a sua concepção positivista/tradicional, passa-se a ilustrá-la a partir da análise de julgado do STJ.

Vejamos, assim, o caso que criou precedente em relação à ampliação, pelos ministros do STJ, do conceito de ‘fornecedor’ estabelecido no Código de Defesa do Consumidor – “CDC”.

³³ Idem, p. 541.

No Recurso Especial nº 63.981-SP³⁴, entendeu o STJ, por maioria de votos, que o consumidor que adquire, no exterior, produto de marca internacional deve receber assistência técnica da empresa do mesmo grupo sediada no Brasil.

Ao assim decidir, o STJ inovou a matéria, tornando mais abrangente o conceito de ‘fornecedor’ previsto na letra da lei consumerista. Em outras palavras, o STJ buscou e conferiu ao caso concreto outra solução que o sistema legislado, em sua literalidade, não prevê.

Alegou o consumidor, de um lado, que, apesar de ter adquirido uma máquina filmadora nos Estados Unidos da América, o defeito apresentado no produto, dentro do prazo de garantia, deveria ser reparado pela empresa brasileira da mesma marca, nos termos dos artigos 3º, 6º, IV, 28, § 5º, do CDC³⁵.

Contra, a empresa brasileira alegou que a demanda deveria ser proposta perante o Tribunal de Justiça norte-americano, em face da empresa que efetivamente produziu e ofereceu garantia à mercadoria, ressaltando, ainda, que, como a empresa brasileira não participou de qualquer etapa da comercialização do produto, não se enquadra no conceito de fornecedor do CDC, não devendo, assim, responder pelo defeito do produto.

Estabelece o artigo 3º do CDC que fornecedor “*é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

³⁴ STJ. Recurso Especial nº 63.981. Quarta Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Relator para acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 20.11.2000, p. 296. JBCC vol. 186 p. 307LEXSTJ vol. 139 p. 59RSTJ vol. 137 p. 389.

³⁵ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)”

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)”

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...)”

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)”

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

E, de fato, na hipótese do julgado em comento, a empresa brasileira não atuou/participou da relação comercial estabelecida, não figurando em qualquer das posições jurídicas que compõem o conceito de fornecedor trazido pelo CDC, razão pela qual o relator entendeu que *“não há fundamento jurídico portanto, em que, sem qualquer previsão legal ou contratual”*, a empresa brasileira seja responsabilizada.

Em seu voto (vencido), acrescentou o relator que seria muito complicado, senão impossível às empresas *“de um conglomerado, na Europa, Américas do Sul, Central e do Norte, África, etc, manterem estoques de peças e treinamento de pessoal para todo e qualquer produto, ainda que sua fabricação seja específica de apenas um ou poucos países”*.

O voto vencedor, entretanto, entendeu que a aplicação literal do texto da lei consumerista, sobretudo em relação ao conceito de ‘fornecedor’, não confere a proteção necessária ao consumidor. Nas palavras do relator para o acórdão:

No mérito, no entanto, tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1.850, e o Código Civil, de 1.916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade dos nossos dias. Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso País.

Logo, decidiu o STJ, por maioria de votos, que, no conceito de fornecedor contido no CDC estariam também inseridas todas as empresas da marca comercializada. Conclui-se, dessa forma, que, diante da necessidade de atribuir-se uma solução mais adequada ao caso, os julgadores aplicaram uma interpretação inovadora, que, rigorosamente não está fixada na lei.

Observa-se, assim, que a certeza do direito, a que servem as disposições positivadas nos ordenamentos jurídicos estatais, condicionantes da decisão judicial,

é, em tempos de crise do direito legislado, ironicamente até, substituída pela certeza do direito que provém, ultimamente, da reiteração e estabilização das decisões emanadas do poder judiciários (criação jurisprudencial).

Explica-se: a certeza do direito legislado estaria na previsibilidade conferida pela lei, contudo, diante da diversificação das situações e considerando que o judiciário, sempre mais, vem tentando atender objetivos programáticos, *i.e.*, dar efetividade a direitos sociais, o direito certo (positivado) torna-se, de algum modo, incerto/discutível.

A aplicação estrita da lei impossibilita o juiz de dar uma solução mais ampla/equânime ao caso. Assim, abre-se espaço para certa 'criatividade', a favor de outros direitos, em atenção a circunstâncias especiais. Logo, conforme visto, com os mecanismos de estabilização da jurisprudência, ultimamente, a certeza do direito provém não apenas da lei, mas da uniformização da jurisprudência (repetição de julgados). Ou seja, com a flexibilização do sistema do direito legislado, a certeza do direito surge também, em certa medida, do efeito vinculante das regras que o juiz cria e que vincula os próximos.

No exemplo trazido acima, a partir do exame estrito dos dispositivos do CDC, não se vislumbrava uma solução como a que foi dada, a qual ampliou a interpretação do conceito de fornecedor. E esse entendimento passou a orientar a apreciação do tema.

Bruno Mendonça de Azambuja

Conclusão

O escopo deste artigo foi o de difundir uma temática que, pela sua especificidade, merece estudos que agreguem valores e vetores que conduzam, por meio de um pequeno corte metodológico, angariar reflexões agregadoras no campo acadêmico, não possuindo aspecto de cunho ideológico, visando possibilitar conhecimento na interpretação dos Sistemas Abertos e Fechados e a *Common Law* e a *Civil Law*, propiciando a reflexão sobre os sistemas perante a globalização.

Cabe salientar que os Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, como vetores sistêmicos, devem ser observados de forma mais complexa, dialógica e

transversal das aqui tratadas, mas nunca de forma distintas e incapazes de se inter-relacionar.

Diante disso, em bases estritamente científicas, pretende-se, ainda, aguçar a reflexão quanto à possibilidade de aproximação do Sistema anglo-saxônico no ordenamento jurídico pátrio por meio de uma visão comparativa que, ainda assim, não comprometa a base da divisão de poderes estabelecida constitucionalmente.

Pode-se destacar a contemporânea crise da produção legislativa nacional, diante de certa tendência, posterior à Constituição da República de 1988, de iniciativa do Judiciário para suprir '*deficits*' normativos.

De outro lado, entendem alguns, o Poder Judiciário, através de uma aplicação 'automatizada' do Direito, profere decisões 'padronizadas', por vezes, sob o equivoco fundamento da identidade dos casos.

Com Waldron, devemos perceber que "*construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar*" e, em face disso, é preciso repensar o alcance das decisões judiciais, sob pena de obter-se um resultado controverso.³⁶ⁱ

Não se pode trabalhar quantitativamente, sem analisar os pormenores dos casos, com a finalidade única de garantir o cumprimento de "metas" de casos resolvidos.

A análise do sistema judicial, de acordo com Taruffo³⁷, deve ser feita a partir de sua eficiência sob duas perspectivas:

Uma primeira perspectiva de eficiência, aqui nomeada quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. RT, vol. 189, p.9, Nov/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 4 | p. 731 | Mai / 2011DTR\2010\882.

³⁷ TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 et seq.

Como o próprio Taruffo explicita, ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias, uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para a busca de uma decisão "justa" (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo.

Neste contexto, o Poder Judiciário brasileiro tem implementado, através da criação de súmulas e jurisprudência, a flexibilização do direito legislado, com características que evocam o sistema do *Common Law*.

A premissa do sistema fundado no *stare decisis* é a de que deve haver uma relação dinâmica para construção do direito, a partir de um determinado caso já julgado e é nesse ponto que o Sistema Jurídico brasileiro evoca o Sistema da *Common Law*, seguindo um processo evolutivo.

A análise dos Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* possibilita uma avaliação e ganhos significativos de aprimoramento, buscando continuamente a evolução dos sistemas através de uma interdisciplinaridade indispensável do ponto de vista histórico e cultural dos países aplicadores.

Assim é que se mostra oportuno o aprofundamento do estudo da Teoria Geral dos Sistemas e, particularmente, da relação dos Sistemas *Common Law* e *Civil Law*, com foco na aproximação de aspectos de um sistema pelo outro, o que, no Brasil, evidencia a complexa relação entre criação e aplicação do Direito.

Referências

BERTALANFFY, Karl Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Editora Vozes, 1975.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Brasil. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- DEMO, Pedro. *Ciência, Ideologia e Poder: uma sátira às ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 1988.
- GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de Metodologia da Pesquisa Científica*. 1ª ed. São Paulo: Avercamp, 2005.
- KRETSCHMANN, Ângela. *Sistema in Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Por que uma "Teoria dos Sistemas"?* In: *Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima, Ernildo Stein e Luís A. de Boni* (orgs.). Petrópolis, RJ: Vozes; Porto Alegre: editora da UFRGS, 1993.
- MONSTESQUIEU. *The spirit of laws*, 180. (www.dominiopublico.com.br, acessado em 16.06.2013) tradução livre.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 12ª ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2008.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª Ed., trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PUGLIESI, Márcio. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª Ed, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1999.
- TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p. 185 et seq
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no*

direito brasileiro – análise da convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos problemas da padronização decisória. RT, vol. 189, p.9, Nov/2010. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 4 | p. 731 | Mai / 2011DTR\2010\882.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas, SP: Papirus, 2009.
