

Vamos dançar?*-i

Richard HYLAND **

RESUMO: O presente artigo busca investigar por que as concepções de Direito pertencentes às tradições da família romano-germânica e da common law apresentam tão difícil aproximação, bem como propor perspectivas para um diálogo entre comparativistas dos dois sistemas, apresentando o que uma experiência jurídica tem a aprender com a outra.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito comparado. 2. Sistemas romanistas ou de *civil law*. 3. Sistemas da *common law*.

ABSTRACT: *This essay seeks to investigate why the conceptions of Law belonging to civil law and common law traditions are so hard to bridge, as well as to propose perspectives for a dialog between comparative legal scholars from both systems, by showing what one law experience has to learn from the other.*

KEYWORDS: 1. Comparative Law. 2. Civil Law. 3. Common Law.

Eu costumava pensar em cada palestra como uma entrevista de emprego.ⁱⁱ Como alguém na plateia poderia algum dia ver-se na posição de contratar um acadêmico que faz o tipo de trabalho que eu faço, idealizei meus comentários para que fossem inteligentes o suficiente para serem memoráveis, mas não tão rudes ao ponto de que se pudesse falar algo contra mim. Embora eu nunca tenha disfarçado o que penso, evitei certos tópicos e há opiniões que eu nunca mencionei. Quando fiz cinquenta anos, tomei duas decisões – primeiro, eu tentaria nunca fazer algo que não apreciasse, e segundo, quando solicitado a falar, eu tentaria nunca dizer menos do que a verdade. Eu não

* O presente texto corresponde à conferência *Shall we dance?*, publicada em CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo. *Codici: una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio: Firenze, 26-28 Ottobre 2000. Milano: Giuffrè, 2002. A tradução, gentilmente autorizada e revista pelo autor, foi realizada por Eduardo NUNES DE SOUZA e revista por Maria Celina BODIN DE MORAES. O texto original está publicado neste mesmo número da civilistica.com, na seção "Doutrina estrangeira".

ⁱ N.T.: A expressão que serve de título ao texto, "*shall we dance?*", usualmente empregada como um convite, contém o verbo *shall*, também utilizado para indicar um prognóstico (aqui posto em dúvida pela interrogação), em eloquente ambiguidade que se procurou preservar no português.

** *Distinguished Professor*, Rutgers School of Law, Camden, New Jersey. Agradeço a meus colegas da Rutgers por suas muitas e adequadas sugestões, nem todas das quais fui suficientemente sábio para aceitar. Os alertas usuais se aplicam aqui.

ⁱⁱ N.T.: No original, "job talk", espécie de apresentação comum em universidades estrangeiras para a prospecção de professores. Em um *job talk*, cabe ao candidato apresentar, para um público de professores, administradores e estudantes o conteúdo de suas pesquisas acadêmicas e suas contribuições para seu respectivo campo de conhecimento, com vistas à possível obtenção de uma posição permanente junto à Faculdade.

desejava, é claro, ser indelicado, mas não deixaria que nada além da compaixão dissipasse minha coragem.

Uma coisa que sei mas nunca disse em voz alta antes de hoje: com raras exceções, ninguém nos Estados Unidos se importa com o que os juristas da *civil law*^{iv} fazem no direito privado.¹ A exceção são aqueles comparativistas – eu sou um deles – pagos, efetivados e promovidos para estudarem os códigos civis e para fazerem afirmações intrigantes e excêntricas, como a de que nos Estados Unidos nós deveríamos considerar adotar este ou aquele instituto da *civil law*. Mas somos todos do contra. Em um país como os Estados Unidos, é possível encontrar cinquenta exemplos de qualquer coisa.

A prova do desdém americano em relação à *civil law* é que hoje nós não tomamos por empréstimo institutos desse sistema – e raramente sequer consideramos importar para nosso sistema jurídico produtos da engenhosidade da *civil law*.² O atual processo de revisão do Código Comercial Uniforme (o “UCC” ou o “Código”) oferece um exemplo adequado.³ Essas revisões, que começaram ao final da década de 1980 – as primeiras revisões integrais desde que o Código se tornou amplamente adotado vinte e cinco anos antes – serão completadas durante os próximos dois ou três anos. Até onde sei, nada nas revisões foi influenciado pelos códigos romanistas. Durante a elaboração do projeto, um colega americano sugeriu que nossa lei comercial poderia se beneficiar da adoção de ideias da Convenção de Viena sobre Contratos para a Venda Internacional de Bens (“CISG”^v ou “Convenção de Vendas”),⁴ mas nenhuma das suas sugestões foi aceita, muito embora sua abordagem fosse contribuir para a unificação das leis,

^{iv} N.T.: No original, “civil lawyers”, no sentido de juristas filiados ao sistema romano-germânico (*civil law*, por oposição à *common law*, sistema jurídico dos países anglo-saxões). Ao longo do texto, termos como *civilian* ou *civil lawyers* foram associados, na presente tradução, a esta família de ordenamentos jurídicos

¹ Se alguma prova fosse necessária, v. RICHARD CAPPALLI, *At the Point of Decision: The Common Law’s Advantage over the Civil Law*, 12 *Temp. Int’l & Comp. L.J.* 87 (1998).

² Ver Ugo MATTEI, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 42 *Am. J. Comp. L.* 195 (1994). Para a importação de ideias da *civil law* para a *common law* durante o século XIX (que foi uma ocorrência mais comum), ver Mathias REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920* (1993).

³ O Código Comercial Uniforme cobre boa parte do direito privado das relações comerciais nos Estados Unidos – a venda e locação de bens, instrumentos transacionáveis e as cobranças bancárias de cheques, transferências de fundos, cartas de crédito, venda a granel, conhecimentos de embarque e recibos de depósito, a venda de títulos de investimento, e transações securitizadas de propriedade pessoal. Essas matérias são disciplinadas largamente pelas leis estaduais, e virtualmente todos os estados americanos adotaram alguma versão de cada um dos vários artigos do Código.

^v N.T.: A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (em inglês, CISG) foi unanimemente aprovada em 10 de abril de 1980 por uma conferência diplomática da qual participaram 62 Estados, e aberta para assinatura e adesão no dia 11 de abril de 1980. Com a adesão do Brasil, em 2013, e da República do Congo, em 2014, a CISG passou a ser adotada por 81 países que, em conjunto, respondem pela maior parte do valor negociado no comércio mundial. No Brasil, a Convenção entrou em vigor em 1.4.2014.

⁴ Ver Peter WINSHIP, *Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in Light of the United Nations Sales Convention*, 37 *Loyola L. Rev.* 43 (1991).

disciplinando as vendas domésticas e internacionais dos bens na maior economia do mundo.⁵

Os advogados americanos podem parecer particularmente tacanhos neste ponto, já que os juristas da *civil law* estão cada vez mais fascinados pelo direito americano – desde a responsabilidade por produtos defeituosos, que resultou em uma Diretiva da União Europeia,^{vi} passando pela doutrina do consentimento informado na responsabilidade civil, e pelos deveres dos administradores de sociedades e afins no direito das sociedades empresariais. Em excelente artigo, Wolfgang Wiegand catalogou a extensão do uso de empréstimos de modelos americanos pelos europeus e sugeriu que a recepção do direito americano na Europa é semelhante em escala e em importância àquela recepção continental original do direito romano.⁶ Além disso, enquanto poucos estudantes de Direito americanos usam seu tempo para aprofundar sua formação jurídica americana com um curso de estudos dedicado a códigos romanistas, os de *civil law* continuam a enviar seus melhores estudantes de graduação para nossos programas de LL.M.^{vii}

Ainda assim, apesar de enorme boa vontade da parte dos acadêmicos da *civil law*, muito pouco dos nossos processos de raciocínio ingressa nas discussões civilistas.⁷ Alunos de LL.M. de países da *civil law* em geral deleitam-se com o ano que passam nos Estados Unidos, mas eles, quase universalmente, retornam para casa com a visão de que seus próprios sistemas jurídicos são superiores ao nosso. Até na medida em que ocorrem empréstimos, são as nossas regras que são tomadas por empréstimo, e não o modo pelo qual falamos sobre elas. Eu nunca encontrei um advogado ou um professor de Direito da *civil law* que acreditasse que alguma coisa pudesse ser aprendida a partir do pensamento jurídico americano. É lógico que existe um constante discurso sobre unificação e sobre a necessidade de acomodar ideias e conceitos jurídicos estrangeiros, mas os operadores do Direito na *civil law* não aprovam o aparente caos que nosso sistema apresenta.

⁵ Uma rara previsão no Código revisado baseada em um estudo comparativista é, devo provavelmente admitir, uma previsão pela qual eu mesmo sou um pouco responsável. Fui Relator da previsão sobre a correção do adimplemento defeituoso do vendedor nos Princípios do Comércio Internacional de Contratos da UNIDROIT, e o Comitê do Projeto do Artigo 2 posteriormente me solicitou que reescrevesse essa previsão para a sua inclusão no Código.

^{vi} N.T.: Trata-se da Diretiva 85/374/EEC, de 25 de julho de 1985, substancialmente modificada pela Diretiva 1999/34/EC.

⁶ Ver Wolfgang WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, 39 *Am. J. Comp. L.* 229 (1991).

^{vii} N.T.: Literalmente *Legum Magister* (LL.M. ou LLM), *Master of Laws*, curso correspondente à pós-graduação *lato sensu* ou especialização em direito no Brasil – normalmente tem a duração de um ano e não demanda arguição e defesa de dissertação final, podendo requerer a entrega de trabalho(s) escrito(s).

⁷ Para uma demonstração das insuperáveis dificuldades, ver MARIJAN PAVCNİK e LOUIS WOLCHER, *A Dialogue on Legal Theory Between a European Legal Philosopher and His American Friend*, 35 *Tex. Int'l L.J.* 335 (2000).

Essa falta de compreensão e de intercâmbio é particularmente estranha dada a ingente interpenetração cultural em ambas as direções durante o último meio século. A fascinação americana com coisas estrangeiras, especialmente com tudo que é europeu, remonta até antes do nascimento de nossa nação. Mesmo hoje, o NEW YORK TIMES nunca critica nada do que acontece em Paris – nunca, não importam as circunstâncias –, assim como nunca elogia nada do que acontece no Estado de Nova Jersey. Nova-iorquinos sentem uma relação privilegiada com Paris, como se nada no mundo se assemelhasse tanto a uma grande metrópole quanto outra grande metrópole. Em toda a América instalamos máquinas de *cappuccino* em nossos balcões e toldos de cafés em nossas calçadas. Colecionamos vinhos da Europa e do Chile, apreciamos a culinária da França e da Tailândia, ouvimos o que agora se chama *world music*,^{viii} apropriamo-nos da moda, mobiliário e religião de cada país que visitamos. Tais empréstimos têm um alcance muito maior na outra direção – o interesse estrangeiro na cultura americana é amplo demais para exigir documentação –, desde os *jeans*, o *skate* e a Coca-Cola até os *blockbusters*^{ix} americanos que podem ser apreciados em cinemas de cada grande cidade do planeta, traduções da ficção americana empilhada em livrarias, a MTV,^x o basquete profissional, o computador e a internet. Nossas culturas hoje dependem de importações estrangeiras, e é nesse contexto um mistério que o jurista da *civil law* e o da *common law* tenham tão pouco a dizer um ao outro.

A pergunta que eu gostaria de formular é por que essas diferenças de concepção jurídica se têm revelado tão difíceis de superar. Acredito ter a resposta, embora ela não vá encorajar ninguém. Acredito que ambos os sistemas entraram em uma crise de legitimidade com o colapso, no início do século XX, de um cultivado axioma jurídico – a proposição segundo a qual o processo de resolução de uma controvérsia jurídica coincide com o processo de construção legal; em outras palavras, a convicção de que os casos são decididos pela investigação das disposições codificadas. Quando ficou claro que os dois processos – o processo de se chegar a uma decisão e o processo de explicar seu resultado –, embora interconectados, eram muito diferentes, o Direito já não podia

^{viii} N.T.: O termo designa, em regra, a música folclórica ou tradicional de uma cultura ou de uma região do mundo e foi cunhado na década de 1960 por Robert E. Brown, etnomusicólogo americano, para referir-se às artes musicais estranhas ao eixo da indústria fonográfica do Ocidente.

^{ix} N.T.: Diz-se de filmes que alcançam grandes bilheterias e enorme popularidade. Na tradução literal, “arrasa-quarteirões”.

^x N.T.: Sigla de *Music Television*, canal de televisão a cabo norte-americano, lançado em 1981 e sediado no estado de New York, dedicado primordialmente à exibição de videocliques musicais. A MTV conta atualmente com diversos canais internacionais filiados a ela, muitos dos quais se tornaram canais independentes, como acontecia no Brasil até 2013.

aspirar à certeza, até então uma de suas virtudes primárias.⁸ A regra da lei fora derrubada – tornou-se tão difícil saber o que compunha a fundamentação de uma decisão judicial quanto determinar o conteúdo de uma salsicha. Nenhum dos nossos sistemas jurídicos conseguiu suportar por muito tempo o brilho da luz dessa descoberta, e cada um buscou refúgio em alternativas inadequadas, disfarces e camuflagens que a maior parte de nós reconhece exatamente pelo que são. O que é mais interessante, cada sistema tentou recobrar o autorrespeito após o trauma buscando refúgio em visões diametralmente opostas. Como resultado, hoje, cada sistema – na medida do pouco em que nos comunicamos um com o outro – vê no outro um lembrete de sua própria inadequação, um traço da verdade que nós não podemos confrontar, a verdade de que nós não podemos explicar o que fazemos. No final, a tese deste trabalho é que a verdade não nos liberta. Mas isso é algo que todo mundo que sabe qualquer coisa sobre a verdade já sabe.

Uma advertência inicial: este trabalho não é destinado a ser lido como um relato histórico. Como Bergson, eu não acredito que eventos do passado façam coisas acontecerem no futuro. Assim, minhas referências a conceitos que também ocorrem na academia ao longo da história – causalidade, alegações quanto ao que acadêmicos no passado realmente pensavam, e coisas do gênero – são ditas como metáforas. Minha tentativa é especulativa no sentido de entender uma estrutura inegável, a relação peculiar entre *civil* e *common law*, sistemas que gravitam, sem encontrar um ao outro, em torno de alguma estrela escura.

Minha única alegação histórica básica é esta – em torno de 1930, uma nova concepção sobre o Direito – um conjunto de ideias que conhecemos nos Estados Unidos como realismo jurídico mas que é conhecido por outros nomes no estrangeiro – conseguiu apresentar uma alternativa coerente, embora indisciplinada, ao formalismo do século XIX. Uma das principais conquistas desse modo de pensar o Direito, que eu designarei abreviadamente Realismo, foi a operação analítica à qual eu me referi mais cedo – os Realistas distinguiam entre o processo de resolver uma controvérsia jurídica e o processo de explicar o resultado. Este eu suponho ser o ponto da história que tanto

⁸ “A linguagem da decisão judicial é principalmente a linguagem da lógica. E o método e a forma da lógica satisfazem aquele desejo de certeza e repouso que existe em cada mente humana. Mas a certeza em geral é ilusão, e o repouso não é o destino do homem. Atrás da forma lógica subjaz um julgamento quanto ao mérito relativo e à importância de bases legislativas concorrentes, em geral um julgamento desarticulado e inconsciente, é verdade, e no entanto a raiz e ponto nevrálgico do inteiro procedimento”. OLIVER WENDELL HOLMES. *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 465-66 (1897).

agradava Llewellyn^{xi} – “Julgamento favorável ao autor”, diz a velha anedota de Marshall, “o Ministro Story fornecerá os precedentes”.⁹

Os europeus chegaram a um entendimento semelhante, com frequência mesmo antes dos americanos – François Géný^{xii} viu-o no curso de sua pesquisa científica livre, como fez Philipp Heck^{xiii} e a jurisprudência dos conceitos, Eugen Ehrlich^{xiv} e a chamada escola do direito livre, e Alf Ross^{xv} e os realistas jurídicos escandinavos. Hoje a ideia ainda vem à tona em discussões de metodologia jurídica civilista – *Continua a ser útil notar que a questão concernente à verdadeira elaboração de uma decisão jurídica deve ser estritamente distinguida da questão da aceitabilidade de uma certa construção jurídica. A distinção entre essas duas questões é importante porque a resposta para cada uma das questões nada contribui no que tange à resposta para a outra: motivos questionáveis não tornam uma boa construção ruim, e motivos louváveis não tornam uma construção ruim boa.*¹⁰

As diferenças entre essas diversas teorias têm sido frequentemente analisadas,¹¹ mas essas diferenças são irrelevantes aqui. Desejo examinar apenas as diferentes lições que juristas americanos e da *civil law* parecem ter extraído da premissa realista. Ambos reconheceram o risco latente de incerteza na lei, e ambos fizeram o que puderam para contorná-lo. Juristas americanos aceitam o diagnóstico de Llewellyn de que o Direito repousa sobre bases frágeis^{xvi} – *São tartarugas de cima a baixo*,^{xvii} como alguns gostam

^{xi} N.T.: KARL LLEWELLYN (1893-1962), jurista americano, um dos principais autores da escola do realismo jurídico.

⁹ KARL LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and its Study* 33 (1930).

^{xii} N.T.: Jurista francês (1861-1959) conhecido por defender a *libre recherche scientifique* (livre pesquisa científica) dos métodos de interpretação, como meio de superação da exegese como única metodologia hermenêutica.

^{xiii} N.T.: Jurista alemão (1858-1943) considerado o maior expoente da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*), corrente que buscava superar o legalismo que dominara a Alemanha após a unificação (tomando o espaço antes ocupado pela pandectística) a partir da concepção de que a atividade judicial tinha por finalidade satisfazer necessidades sociais. Os últimos trabalhos de Jhering, originalmente filiado à jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), serviram de base a esta corrente de pensamento.

^{xiv} N.T.: Jurista austríaco (1862-1922) considerado pioneiro em seus trabalhos de sociologia jurídica e filiado à livre pesquisa do direito.

^{xv} N.T.: Jurista dinamarquês (1899-1979) reconhecido como um dos fundadores do realismo jurídico.

¹⁰ HANS-JOACHIM KOCH & HELMUT RÜßMANN, *Juristische Begründungslehre* 1 (1982) (tradução livre).

¹¹ Ver, e.g., JAMES HERGET & STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, 73 *Va. L. Rev.* 399 (1987).

^{xvi} N.T.: No original, “that the law stands on clay feet” – em tradução literal, o Direito se sustenta sobre pés de argila, a indicar a fragilidade das bases ou, conforme o uso coloquial da expressão idiomática, a existência de defeito ou fraqueza ocultos.

^{xvii} N.T.: No original, “It’s turtles all the way down”, expressão jocosa empregada para indicar um problema lógico de regresso ao infinito. De origem incerta, afirma-se que a expressão advém de anedota segundo a qual certo cientista (em algumas versões Bertrand Russel, William James ou outros), após proferir palestra sobre astronomia, foi interpelado por uma senhora da plateia que afirmava estar incorreto o modelo exposto, já que na verdade o mundo seria um grande plano achatado situado sobre o casco de uma tartaruga. Diante de tal afirmativa, o cientista teria redarguido: “E sobre o que estaria pisando esta

de dizer¹² – e agora abandonaram largamente a crença de que as normas jurídicas produzem certeza. Em vez disso, quando é preciso explicar uma norma, tomamos refúgio do lado de fora do terreno pantanoso do sistema jurídico, esperando encontrar base sólida para o Direito em outras disciplinas.¹³ Assim, nos Estados Unidos, a visão realista representa a base para a discussão – tanto para aqueles poucos que aderem a ela quanto para aqueles que buscam certeza para além da lei. Os juristas da *civil law* buscaram em vez disso reforçar a lei, fechar a represa contra o risco da incerteza. Para tal fim, a *civil law* reprime a percepção realista, mas, no entanto, porque muito da moderna *civil law* representa um esforço para garantir a certeza, a visão realista continua a estruturar as tentativas de evitá-la. Ao fim e ao cabo, duas formas complementares e incompatíveis de cegueira nos impedem de perceber a importância fundamental da imaginação na resolução de litígios jurídicos sob um código.

Para começar, preciso fixar a atenção por um momento na percepção traumática do realismo. Tomo por base uma exposição familiar dessas ideias, provavelmente sua primeira apresentação formal nos Estados Unidos, nas palestras que Karl Llewellyn proferiu para a classe iniciante da Columbia Law School na semana anterior às aulas começarem no Outono de 1929. Ainda hoje essas ideias assustam alguns como radicais, e não consigo imaginar o que a sua primeira audiência pode ter pensado enquanto as ouvia. Provavelmente os alunos iniciantes estavam rabiscando as margens de seus cadernos e imaginando o que encontrariam na cantina para o almoço. Poucos poderiam ter entendido o que Llewellyn estava dizendo.¹⁴

Llewellyn distinguia entre dois modelos de Direito, o primeiro sendo o entendimento do Direito geralmente aceito quando ele começou a lecionar, o segundo sendo o novo modelo que ele propunha para substituí-lo. Chamarei os dois modelos aqui de Direito I e Direito II. Para eliminar qualquer antecipação, permitam-me explicar que eu acredito que juristas da *civil law* retornaram até certa medida para a concepção pré-Llewellyn do Direito, para o Direito I, para evitar as consequências da verdade dele, ao passo que, nos Estados Unidos, o Direito II serve como base para o pensamento jurídico – embora poucos dos meus colegas adiram às opiniões de Llewellyn, muitos acreditam que eles superaram. Tanto pré-modernos quanto pós-modernos estão ocupados escapando das consequências do modernismo.

tartaruga?”, ao que a senhora teria respondido: “O senhor é muito inteligente, mas pouco adianta argumentar: são tartarugas de cima a baixo”.

¹² Ver JOSEPH SINGER, *Radical Moderation*, 1985 *Am. B. Found. Res. J.* 329, 329-30 (em resenha a Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law* (1984)).

¹³ Para um comentário sobre a tendência, ver ROGER CRAMTON, *Demystifying Legal Scholarship*, 75 *Geo. L.J.* 1 (1986).

¹⁴ As palestras ainda estão publicadas. Ver KARL LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, *supra* nota 19.

De acordo com o Direito I, a lei consiste em regras (seja derivadas dos estatutos,^{xviii} seja do precedente) que são aplicadas aos fatos para decidir casos. A ciência jurídica é uma ciência porque as regras são similarmente aplicadas por cada magistrado – personalidades são irrelevantes – e (se os juízes agirem apropriadamente) não deveria haver nada fora do Direito que influencie o resultado jurídico.

Llewellyn rejeitava essa perspectiva. Ele acreditava, em vez disso, que as regras não decidem os casos, juízes o fazem. Mais ainda, ele acreditava que os recursos internos do Direito são insuficientes para resolver um litígio – em outras palavras, nenhuma regra ou argumento jurídico consegue pôr fim ao debate. Um bom argumento jurídico pode sempre ser feito em ambos os lados em cada caso, e os juízes, ao resolverem litígios, estão sempre decidindo contra posições jurídicas coerentes. Para decidir corretamente, eles devem recorrer a tudo que eles acreditam ser verdadeiro sobre o Direito e sobre o mundo. Embora as regras guiem essa análise, eles não determinam o resultado. Talvez fosse mais preciso cogitar das regras como um produto da resolução do caso, um vocabulário que os juízes usam para sumarizar a área do problema que eles discutiram. Para Llewellyn, o Direito consiste na discussão sobre como os juízes resolvem litígios – seja dos juízes entre si, seja na sala de aula da faculdade de Direito, seja, ainda, ao redor da mesa de reuniões do escritório de advocacia.

Em outras palavras, a presença de uma regra nunca proíbe uma atividade ou predetermina um resultado. É impossível prever o resultado jurídico olhando-se para o conteúdo das normas jurídicas. Hoje no Direito norte-americano, se o único argumento de uma das partes é indicar o texto de um contrato ou de um estatuto – se não houver qualquer argumento prudente sobre por que o mundo seria um lugar melhor se a parte ganhasse – essa parte provavelmente irá perder. Como se percebe, isso não impede a certeza – em muitos casos, mesmo casos difíceis, advogados experientes concordam sobre como o caso deveria ser resolvido, embora eles possam cada um explicar o resultado de uma forma diferente.

O aspecto da perspectiva realista que especialmente aterroriza os europeus é o que eu chamarei de personalidade da lei – faz diferença se o seu advogado é competente, faz diferença para qual juiz o seu caso é destinado. O sistema funciona tão bem quanto nós trabalhamos bem – experiência jurídica, responsabilidade profissional, atenção ao detalhe, tudo isso conta. No entanto, embora a habilidade profissional faça diferença,

^{xviii} N.T.: No original, “statutes”, designação das normas legisladas no sistema de *common law*.

nós ainda não sabemos exatamente como ensiná-la, nós somos mesmo incapazes de definir um bom advogado, e nós não conseguimos concordar, após muitos séculos de observação, sobre como os juízes decidem os casos. Em *THE BRAMBLE BUSH*,^{xix} Llewellyn já reconhecia o problema da personalidade da lei e propunha uma solução – sua teoria do juiz Nietzscheano (minha expressão, não dele). Juízes fracos, aqueles sem habilidade para manipular as normas jurídicas para alcançar o resultado que eles entendem justo, são constrictos pelo sistema. Grandes juízes, juízes sábios, aqueles que conseguem prestigiar para alcançar qualquer resultado, usarão suas habilidades para obter uma justiça mais perfeita. Essa explicação, embora brilhante e talvez precisa – Llewellyn estava pensando nos votos do Ministro Cardozo^{xx} – não traz segurança a ninguém.

Este é o momento na discussão em que um jurista da *civil law* pode exigir provas. Mesmo o leitor generoso desejará algum exemplo de um caso no qual as regras não importam. Tenho um exemplo pronto, embora não seja do tipo que penso que o jurista da *civil law* esteja esperando. Esse jurista está familiarizado com casos nos quais os juízes fazem a lei com as próprias mãos, decisões sem amparo na lei,^{xxi} aquelas que ignoram os ditames do código. Um tal exemplo nada prova, diria o jurista da *civil law*, apenas que o juiz cometeu um erro. E esse jurista estaria certo.

Mas essa não é a natureza do meu exemplo. Em vez disso, para demonstrar que a presença ou ausência da regra não determina o resultado, apresento dois exemplos, dois casos idênticos, a não ser pelo fato de que a regra que disciplinou o primeiro não foi aplicada ao segundo.

Permitam-me pôr em evidência o caso *MCC-Marble*,¹⁵ uma das poucas decisões de cortes do circuito federal regida pela Convenção de Vendas. As partes contrataram por escrito. O comprador alegava que as partes tinham oralmente concordado que os termos pré-impessos no verso não se tornariam parte do contrato. Sob o UCC, resolvemos tais questões aplicando a regra da prova verbal,^{xxii} que impede que uma parte confie nos acordos feitos antes ou contemporaneamente à execução do instrumento escrito até a medida em que este foi integrado, o que significa até a medida em que a corte acredita que o instrumento escrito foi concebido para representar a

^{xix} N.T.: Em tradução literal, “O arbusto espinhoso”.

^{xx} N.T.: BENJAMIN N. CARDOZO (1870-1939), que atuou como Justice da Suprema Corte Americana desde 1932 até a sua morte.

^{xxi} N.T.: No original, “lawless decisions”.

¹⁵ *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova d'Agostino, S.p.A.*, 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998).

^{xxii} N.T.: No original, “parol evidence rule”.

expressão final dos termos do contrato.¹⁶ Em *MCC-Marble*, a corte julgadora determinou o julgamento antecipado da lide^{xxiii} para o Vendedor com a teoria de que, já que o instrumento inscrito estava integrado, o Comprador não podia introduzir o acordo verbal como prova. A corte de apelação anulou a decisão e a devolveu à primeira instância,^{xxiv} corretamente observando que a Convenção de Vendas, que disciplinava a transação, não contém uma regra da prova verbal.¹⁷

Eis aí, poderia dizer o advogado que se orienta por regras, na lei Americana, a regra da prova verbal impede que o Comprador introduza o acordo verbal como prova ao passo que pela CISG, um corpo normativa mais moderno e comercialmente flexível, o julgador do fato tem acesso a todas as informações relevantes. A presença ou ausência da regra da prova verbal parece determinar o resultado.

No entanto, como a própria corte de apelação admitiu, tanto pelo UCC quanto pela CISG a corte julgadora deve fazer as mesmas perguntas. Em transações comerciais sempre é possível às partes acordar que seus direitos e obrigações serão disciplinados exclusivamente por um instrumento escrito e que acordos preliminares e negociações não terão qualquer efeito posterior. Sob ambas as normativas, o juiz terá de perguntar o que as partes pretendiam. A regra da prova verbal prevê as perguntas que o juiz deveria dirigir ao negócio. Seja sob o regime da regra da evidência verbal ou fora dele, a corte perguntará se, dados todos os fatos e circunstâncias do caso, a negociação das partes deve ser interpretada como incluindo os termos pré-impressos no verso do instrumento escrito.

Em outras palavras, a presença ou ausência da regra da evidência verbal não determina o resultado. As cortes sempre estão obrigadas a interpretar o negócio a elas apresentado, independentemente das normas que se aplicam a eles. Normas jurídicas fornecem ao juiz perguntas a fazer sobre o negócio. As normas não determinam o resultado, mas de fato ajudam o juiz, enumerando alguns dos fatores relevantes, quando chega o momento de fixar os pontos controvertidos.^{xxv}

Para repetir, Llewellyn sustentava que litígios não podiam ser resolvidos apenas na base de recursos internos do direito – as normas jurídicas presentes nos estatutos e nas

¹⁶ Ver UCC 5 § 2-202.

^{xxiii} N.T.: No original, “summary judgement”.

^{xxiv} N.T.: No original, “reversed and remanded for trial”.

¹⁷ Ver CISG art. 11 (2d sent.).

^{xxv} N.T.: No original, “focus the issues”, isto é, determinar as questões que permanecem sob litígio entre as partes após os *pleadings*, vale dizer, as alegações feitas pelo autor e pelo réu.

decisões judiciais. Ao revés, um juiz avalia os fatos e circunstâncias do caso, integra esses elementos com as fontes legais em um todo imaginário, e decide a demanda baseado na sua visão do propósito do negócio. Em outras palavras, há um sistema regulatório de normas a partir do qual se julga a conduta das partes, mas as regras nunca formulam essas normas em toda a sua complexidade. Llewellyn recomendava que nós olhássemos a normatividade diretamente e não nos limitássemos ao contorno oferecido pelo estatuto. Em sua defesa, os juristas americanos não negaram, em geral, a validade da percepção de Llewellyn – embora eu não tenha feito nenhuma pesquisa empírica, acredito que a maioria dos juristas americanos reconhece o poder do pensamento de Llewellyn. Muito poucos sugerem que deveríamos em vez disso retornar às teorias jurisprudenciais incorporadas nos primeiros *Restatements of Law*,^{xxvi} às ideias de Joseph Beale^{xxvii} e Samuel Williston.^{xxviii} Em vez disso o pensamento jurídico, ao interpretar uma norma, busca esclarecer o propósito da norma, e esse propósito é sempre encontrado além dos confins da lei em alguma política social. Assim, no direito americano, quando se precisa de uma fundação sólida para o direito, ela é buscada nas disciplinas vizinhas. Já que não há espaço aqui para catalogar a variedade de campos em que essa base tem sido buscada, uma breve referência a três dentre tais áreas talvez seja suficiente.

Uma das primeiras teorias a tentar resolver as questões levantadas pelo Realismo é conhecida hoje como teoria do processo legal. Os teóricos do processo legal implicitamente aceitavam a visão realista do desafio, e buscavam uma solução neutra e apolítica. Eles desenvolveram critérios e metodologias para resolver casos sem recurso à personalidade de juízes individuais – ideias tais como a alocação do poder de decidir às instituições com os recursos para decidirem. A produção judicial de normas,^{xxix} por exemplo, deveria ser restrita a assuntos que não requeressem extensa pesquisa fática. O direito, para esses pensadores, tornava-se uma subdivisão da ciência política, um método de alocar competência institucional dentre os ramos do governo.

Os *critical legal studies*^{xxx} levaram a ideia de Llewellyn ainda mais longe. Para os teóricos críticos, o recurso aos fatos e circunstâncias do caso não produz uma resolução

^{xxvi} N.T.: Conjunto de tratados jurídicos que buscam informar a julgadores e advogados princípios básicos da *common law*, publicados pelo American Law Institute.

^{xxvii} N.T.: Jurista americano (1861-1943) conhecido por sua filiação ao formalismo jurídico.

^{xxviii} N.T.: Jurista americano (1961-1963) célebre por seu tratado de direito contratual e por sua defesa do formalismo contratual.

^{xxix} N.T.: No original, “judicial law-making”.

^{xxx} N.T.: Corrente de pensamento americana bastante difundida em língua portuguesa em sua designação original do inglês, difundida principalmente nos anos 1970 e 1980, que buscava demonstrar a imbricação entre direito e política, desconstruindo figuras jurídicas tradicionais ou, em sua vertente mais

única. A resposta continua a depender de uma perspectiva ideológica – seja a perspectiva do juiz individual (se um juiz é pró-locatário, pró-consumidor ou comprometido com a igualdade racial) ou, muito mais importante, da ideologia incorporada como o subtexto da doutrina jurídica, dos estatutos e das decisões. Em outras palavras, há certeza nas decisões mesmo que não seja no direito – os juízes seguirão os mandamentos da ideologia. Mudar o direito significa criticar essa ideologia – no final, não há distinção entre o direito e a política.

Os pensadores da análise econômica do direito^{xxxix} também se recusam a voltar atrás no nível do debate criado por Llewellyn. Esses teóricos aceitam a sugestão de Llewellyn de que a decisão de casos concretos requer uma avaliação de todos os fatos e circunstâncias. Com efeito, eles vão muito além, sugerindo que cada decisão requer a avaliação dos fatos não diretamente apresentados à corte – para considerações de segunda ordem, os incentivos que uma decisão deveria promover a terceiros. Como agentes racionais usam as normas promulgadas pelas decisões em suas escolhas de mercado, as cortes deveriam buscar mimetizar o mercado, decidir como as partes teriam decidido caso uma transação comercial estivesse disponível. Mais ainda, os juristas da análise econômica do direito sustentam que o direito sempre tendeu a seguir o princípio da eficiência, mesmo que os juízes que estavam decidindo o desconhecessem. O Direito, em outras palavras, é uma subdivisão da Economia.

For a dessas e de outras teorias cresce um consenso nos Estados Unidos acerca da natureza das normas jurídicas – cada previsão estatutória e cada decisão judicial é independente das demais.^{xxxix} Cada uma é concebida para alcançar um propósito. Se a norma promulgada por um estatuto ou decisão não alcança seu propósito, a regra ou decisão deve ser descartada e substituída por outra melhor talhada. Os aspectos estruturais de um código não podem sobrepor-se à necessidade de avançar o propósito social adequado. Nessa direção, o direito colidiu contra suas disciplinas vizinhas e perdeu sua identidade. O direito é política ou economia, o direito é metáfora ou poder – o direito, na visão americana atual, é qualquer coisa e toda coisa exceto por uma coisa:

construtivista, buscando reconstruí-las como expressão de cooperação (e não dominação) social. O movimento tem como um de seus principais expoentes o brasileiro Roberto Mangabeira Unger. Em tradução literal, “estudos jurídicos críticos”.

^{xxxix} N.T.: No original, “law-and-economics”, termo que designa a escola de pensamento, decorrente do realismo jurídico e baseada em estudos de juristas como o britânico Ronald Coase e o italiano Guido Calabresi, que busca a compreensão das consequências das decisões judiciais em um contexto político, social e econômico, com o fim de auxiliar o magistrado em uma tomada de decisão racional, baseada em juízos de diagnose e prognose.

^{xxxix} N.T.: No original, “floats on its own bottom”, em tradução literal “flutua sobre seu próprio fundo”, expressão idiomática indicando autonomia ou independência.

ele não é e não pode ser uma entidade separada e independente – o direito pode ser qualquer coisa e toda coisa exceto o direito.

Mais uma vez o atual processo de revisão do Código Comercial Uniforme oferece um exemplo dramático do modo em que pensamos sobre o direito. O processo de revisão do Código tornou-se um fórum para debate econômico e uma luta entre grupos de interesse^{xxxiii} políticos, deixando os redatores do projeto do UCC em busca de uma trégua temporária entre os debates partidários em vez de normas bem talhadas. Representantes das várias áreas de atividade prática afetadas pelo direito, os “consumidores” do direito – vendedores e compradores, credores sob garantia e devedores, usuários e licenciadores de *software* – vêm à mesa e participam diretamente da redação. Cada grupo de interesse implicitamente ameaça manter o produto final como refém perante a legislatura se suas demandas não são atendidas. O direito resulta do acordo momentâneo que as várias forças políticas alcançam na tarde em que um tema é trazido ao debate. Algumas previsões são negociadas palavra por palavra, com o objetivo de nada resolverem, já que cada lado espera que vai ganhar vantagem e mais influência em algum momento posterior do processo.¹⁸ Nos anos 1950, Fred Beutel, um dos advogados comercialistas mais proeminentes da nação, considerou um esboço inicial de um dos artigos do Código um pedaço injusto de legislação classista.^{19-xxxiv} Hoje, em vez disso, já que grupos competidores participam diretamente da redação, o Código evoluiu para um acordo político explícito.

A ironia é que enquanto aqueles revisando o Código tentam evitar as dificuldades que surgem da verdade descoberta pelo Realismo, eles serão inevitavelmente derrotados por outro aspecto da mesma verdade. Os redatores do projeto estão cientes de que as normas não decidem genericamente os casos. A fim de criar segurança, eles recorrem a uma redação extremamente explícita, formulando regras rígidas^{xxxv} que não deixam nem falhas^{xxxvi} nem discursos evasivos.^{xxxvii} Mas é claro que nenhuma redação pode determinar como os juízes leem o estatuto. Embora eles muito raramente sejam bem-sucedidos em conter os juízes, a tentativa dos redatores produz previsões escritas tecnocraticamente – e mesmo de forma incompreensível.

^{xxxiii} N.T.: No original, “constituencies”.

¹⁸ Ver, e.g., UCC § 9-626 (b) (revisado em 2000).

¹⁹ Ver FREDERICK BEUTEL, *The Proposed Uniform (?) Commercial Code Should Not Be Adopted*, 61 *Yale L.J.* 334, 335 (1952).

^{xxxiv} N.T.: No original, “an unfair piece of class legislation”.

^{xxxv} N.T.: No original, “ironclad rules”.

^{xxxvi} N.T.: No original, “loopholes”.

^{xxxvii} N.T.: No original, “weasel words”.

Os juristas da *civil law* seguiram um caminho diferente – ou melhor, muitos caminhos diferentes. A *civil law* contemporânea apresenta tal diversidade de tradições que não pode ser resumida em poucas sentenças ou exemplos, e apenas raras generalizações se aplicam ao inteiro universo romano-germânico. Não obstante, eu gostaria de oferecer uma generalização e dois exemplos que me parecem representativos.

A generalização é esta: nenhuma jurisdição da *civil law* com a qual eu esteja familiarizado aceitou a percepção do Realismo como a premissa de seus debates.²⁰ Ou melhor, até o limite em que esses sistemas reconhecem o problema para o qual aponta o Realismo, eles tomaram medidas para corrigir as consequências, eles acreditam que superaram o problema adotando medidas profiláticas para garantir o necessário grau de segurança. Dois métodos comuns dos sistemas de *civil law* para garantir a segurança são, primeiro, a ênfase na estrutura e, segundo, o encorajamento de convergência sistêmica. Estas duas ideias servirão como meus exemplos.

Juristas da *common law* passando por instituições educacionais da *civil law* ficam intrigados com a energia dedicada à elaboração de uma estrutura conceitual adequada ou de um arcabouço teórico^{xxxviii} para a discussão de assuntos jurídicos. Como a estrutura difere em cada jurisdição da *civil law*, vou me limitar a um par de exemplos.

O direito privado germânico é universalmente reconhecido pela estrutura rigorosa que seus juristas elaboraram resolvendo disputas jurídicas disciplinadas pelo BGB.^{xxxix} Os juristas alemães são ensinados a localizar a previsão dos remédios, a *Aspruchgrundlage*,^{xl} e a seguir as referências cruzadas no Código até o resultado adequado. O método é mais complexo do que parece, já que questões gerais são discutidas no BGB antes de questões particulares, e cada questão deve ser caracterizada

²⁰ Estou ciente de que juristas da *civil law* podem não se reconhecer imediatamente (se é que se reconhecerão) no retrato que estou pintando. E é claro que não é preciso dizer que juízes da *civil law* não aplicam normas mecanicamente para alcançar seus resultados – de fato é muito difícil formular uma afirmativa sobre como os casos são decididos na *common law* que também não se aplique aos casos decididos na *civil law*. Em toda a parte – não apenas nos Estados Unidos – juízes, não regras, decidem casos. E em toda a parte os precedentes podem ser tão legítimos [“*authoritative*”] quanto os estatutos. Ver, e.g., ERNST RABEL, *Deutsche und amerikanisches Recht*, 16 *RabelsZ* 340, 345 (1951); MITCHEL LASSER, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104 *Yale L.J.* 1325 (1995); KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* 268-71 (Tony Weir trans., 3d ed. 1998); VERNON PALMER, *From Embrace to Banishment: A Study of Judicial Equity in France*, 47 *Am. J. Comp. L.* 277 (1999). A diferença é como falamos sobre o que fazem os juízes. Enquanto nos Estados Unidos justificamos todas as nossas normas e explicamos todas as nossas decisões judiciais com base na política social, os juristas da *civil law* em geral insistem que a criatividade judicial é invocada precipuamente em caso de lacunas no Código. See, e.g., CARL BAUDENBACHER, *Some Remarks on the Method of Civil Law*, 34 *Tex. Int'l L.J.* 333 (1999).

^{xxxviii} N.T.: No original, “framework”.

^{xxxix} N.T.: Abreviatura de *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão.

^{xl} N.T.: Em alemão no original, “fundamento da pretensão”.

de acordo com o seu nível de abstração.^{xli} Embora em alguns campos do direito privado, como o enriquecimento sem causa, alguns acreditem que a lei tenha excedido um grau razoável de sutileza e sofisticação, não há dúvidas de que o pensamento conceitual germânico teve uma influência poderosa nos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

O direito francês elaborou diferentes estruturas de análise. Essas estruturas são tão rigorosas – e tão vinculantes^{xlii} – quanto os princípios germânicos de construção jurídica. Uma tal estrutura é aquela das fundamentações de decisões judiciais, particularmente aquelas da Corte de Cassação^{xliii} francesa, que tradicionalmente são escritas em um único curto parágrafo – na verdade em forma gramatical elas não passam de um simples período. Uma outra estrutura jurídica francesa é a forma do *exposé*,^{xliv} que é usado para apresentar um panorama de uma questão jurídica. A estrutura do *exposé* – conhecida como plano – consiste em uma curta introdução e duas partes iguais, cada uma dividida em duas subpartes igualmente equilibradas. O gênio da estrutura é a sua habilidade de facilitar a discussão da contradição subjacente a qualquer questão jurídica.

Apesar das virtudes desses pensamentos estruturais, um estrangeiro não pode evitar sentir que eles são, em alguma medida, obsessivos. É claro que a tradição jurídica germânica moderna, depois de sua desastrosa experiência com um entendimento totalmente diferente da personalidade do direito durante o Terceiro Reich,²¹ pode sentir que a atenção ao detalhe é necessária. A estrutura complexa da construção jurídica no direito civil germânico pode representar um bastião contra o retorno da jurisprudência nazista tanto quanto corresponde às percepções de pensadores progressistas alemães do início do século [XX], mas o fato de que esses dois dilemas são identificados, embora compreensíveis, é precisamente o problema. O inimigo é sempre o mesmo – o risco de que um juiz desvie da estrutura do direito e decida de acordo com o interesse pessoal, crença ou capricho. Não importa quantas advertências

^{xli} N.T.: O autor faz referência à divisão do BGB em uma Parte Geral e uma Parte Especial, modelo estrutural seguido pelo ordenamento brasileiro desde o Código Civil de 1916. A dificuldade apontada, aliás, no tratamento de questões gerais e mais abstratas antes dos casos particulares de direitos reais, obrigacionais, de família etc. constitui não uma tarefa complexa apenas no que tange à interpretação e aplicação do Código mas também, diga-se, no que diz respeito ao ensino jurídico – o que provavelmente justifique o crescente número de propostas de adoção, ao menos parcial, de um método casuístico e indutivo no ensino jurídico no Brasil.

^{xlii} N.T.: No original, “mandatory”.

^{xliii} N.T.: *Cour de Cassation*, órgão de cúpula da justiça judiciária francesa, sendo o *Conséil d'État* o órgão correspondente na justiça administrativa.

^{xliv} N.T.: Em francês no original, “relatório”.

²¹ Ver BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtordnung im Nationalsozialismus* (4th ed. 1991).

sejam mencionadas ao longo do caminho, enfatizando-se uma estrutura que passa de premissas conceituais para a conclusão correta, o sistema germânico ensina aos seus alunos que o resultado substantivo correto pode ser derivado da estrutura do código.

As estruturas francesas criam uma sensação similar de excesso. Uma frase de três palavras em uma decisão da Corte de Cassação pode revolucionar um campo do direito, e no entanto isoladamente considerada não explica sua inovação. Igualmente estranhas, em fato absurdas, são as estruturas necessariamente bipartites adotadas pelo direito francês para todas as formas de academia jurídica, seja comentários a casos concretos de três páginas, ou tratados de milhares de páginas. Eu procurei, sem sucesso, a origem dessa estrutura dualista. Não está em Gaio,^{xlv} um ancestral do Código Civil, nem em Pothier,^{xlvi} de quem parte do Código foi transcrita, e também não está no Código em si. Eu não encontro as dualidades em Aubry et Rau,^{xlvii} nem mesmo nos tratadistas do começo do século XX – Josserand,^{xlviii} Colin & Capitant^{xliv} e os afins. Não tenho certeza sobre o que causa esse tique estrutural arbitrário, mas essa estrutura ossificada parece para todo o mundo esconder algo – talvez seja a fortificação contra a verdade realista de que regras não decidem casos.

Devido aos esforços atuais para unificar o direito privado europeu, a percepção de Llewellyn levanta riscos mais altos na Europa do que em qualquer outro lugar. Se as decisões judiciais dependem da personalidade do juiz e da cultura em vez de dependerem da substância das normas, a unificação do direito europeu será muito mais difícil do que mesmo os cétricos haviam previsto. Por essa razão, talvez, os europeus empreguem um meio diferente de evitar a percepção Realista. Muitos que sustentam um Código Civil Europeu adotaram do trabalho de Rabel sobre a unificação do direito comercial²² a noção de convergência, e asseveram que, como o direito civil doméstico dos países europeus estejam convergindo – sob a pressão da globalização –, poucas escolhas sérias terão de ser feitas e, ainda mais importante, uma vez que as regras

^{xlv} N.T.: *Gaius* em latim, juriconsulto romano do século II. Sua única obra que chegou até os dias atuais intacta foram suas *Institutas (Gai Institutionum Commentarii Quattuor)*.

^{xlvi} N.T.: ROBERT-JOSEPH POTHIER (1699-1772), jurista francês cuja obra inspirou fortemente a redação do Código Civil francês.

^{xlvii} N.T.: CHARLES AUBRY (1803-1883) e CHARLES-FRÉDÉRIC RAU (1803-1877), juristas franceses cuja obra em colaboração *Cours de droit civil français*, baseada na obra do alemão K.S. Zachariae, permanece uma das mais célebres na doutrina civilista até os dias atuais.

^{xlviii} N.T.: LOUIS JOSSE RAND (1868-1941), jurista francês de enorme importância para a doutrina civilista que desenvolveu, dentre relevantes teorias, a teoria do risco (fundamental para o regime de responsabilidade objetiva) e a teoria do abuso do direito (a partir da perspectiva da finalidade das situações jurídicas).

^{xlix} N.T.: AMBROISE COLIN (1862-1929) e HENRI CAPITANT (1865-1937), juristas franceses que escreveram em coautoria a célebre obra *Cours élémentaire de droit civil français*.

²² Ver ERNST RABEL, *Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung* (vol. 1 (1936), vol. 2 (1957)).

estejam formuladas, a atividade judicial^l em diferentes culturas não vai ameaçar a uniformidade.

Os conceitos de rigor estrutural e convergência permitem que os juristas da *civil law* evitem confrontar a inevitabilidade da insegurança na atividade judicial do direito privado. Suspeito que os operadores do direito na *civil law* se confortem tacitamente no julgamento weberiano de que seu sistema de leis racionalmente organizados seja superior à versão da *common law* da jurisprudência cádi^{li} que depende em pronunciamentos proféticos por juízes individuais – juízes com uma personalidade reconhecível.

Das várias respostas que eu discuti à percepção de Llewellyn – fenômenos que tentei explicar como reações à indeterminação de normas legalmente formuladas – uma delas, a noção de convergência, é quando muito ilusória.^{lii} Mesmo na extraordinária investigação de Rabel sobre as leis do comércio no mundo, a convergência era mais postulada do que demonstrada – com relação a casa questão comercial, Rabel concluía que todos os sistemas tinham adotado algo que lembrava de perto a solução legal germânica. Mais ainda, os projetos que seu trabalho inspirou – primeiro as convenções de Haia de 1964²³ e agora a CISG – não demonstraram a convergência que Rabel postulava. As convenções de Haia foram adotadas por poucos Estados, ao passo que os registros oficiais da conferência de Viena sobre a Convenção de Vendas revelam que, no limite em que a uniformidade foi alcançada, ela resultou mais de barganhas^{liii} do que de convergência, e, nas questões mais difíceis, a CISG contém normas diferentes para acomodar pontos de vista opostos.²⁴

^l N.T.: No original, “adjudication”.

^{li} N.T.: Um cádi ou *qadi* é um juiz muçulmano que julga segundo o direito religioso islâmico.

^{lii} N.T.: No original, “whishful thinking”.

²³ A Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Bens (“ULIS”) e a Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos de Venda Internacional de Bens (“ULF”).

^{liii} N.T.: No original, “horse-trading”, literalmente trocas de cavalos, expressão usada para designar uma negociação feita com concessões mútuas e barganhas astuciosas entre as partes – portanto, eticamente questionáveis. No passado, dadas as dificuldades de avaliação da qualidade dos cavalos postos à venda, o comércio desses animais era associado a atividades desonestas; com o tempo, a expressão passou a designar qualquer tipo de negociação em que o costume do mercado implicasse algum sacrifício à ética.

²⁴ Nem os representantes da *civil law* nem os da *common law*, por exemplo, estavam dispostos a um acordo na questão do remédio primário, então enquanto a Convenção permite que os países de *civil law* admitam a execução específica [*specific performance*], os países da *common law* conferem perdas e danos [*money damages*]. Ver CISG art. 28. Nos debates entre o Norte e o Sul, os países em desenvolvimento ganharam regras especiais para o momento da notificação de vícios na coisa [*notice of non-conformity*], ver id. arts. 39, 44, e os países socialistas foram autorizados a impedir a abolição do Estatuto de Fraudes para contratos que suas companhias de comércio concluem. Ver id. arts. 11-12.

Mais ainda, algumas vozes na discussão europeia sugeriram que o direito privado europeu não está convergindo.²⁵ Embora a posição tenha sido contestada,²⁶ mesmo os europeus que levam a sério a unificação do direito privado europeu analisaram a situação e concluíram que os sistemas europeus ainda estão muito distantes para permitir uma normatividade comum.²⁷

Por outro lado, cada uma das duas percepções – a importância da análise contextual e a necessidade de estrutura – resulta de um entendimento correto, embora unilateral, da visão Realista. O rigor sistemático e a avaliação de todos os fatos e circunstâncias encontraram bases sólidas na lei porque cada um representa um aspecto do modo como o direito realmente funciona.

O foco da *civil law* na ordenação permite um foco na habilidade e uma precisão fabulosa na resolução de casos. Embora nós nos Estados Unidos rejeitemos este entendimento da *civil law*, talvez porque seja importante para a nossa auto-imagem ter ido além não apenas do Direito I mas também do Direito II de Llewellyn, alguns juristas americanos lamentaram por muito tempo que a educação jurídica americana não consiga oferecer uma apresentação da *common law* como um sistema coordenado.²⁸ Mais ainda, não há nada em Llewellyn que nos impeça de focar na elaboração da lei, na estrutura adequada e na ordenação de nossas normas. O que nos impede de levar esse ofício a sério não é o Direito II, não é a percepção de Llewellyn, mas sim a tentativa reducionista de reprimir a verdade do Realismo comprimindo a lei para dentro de suas disciplinas vizinhas.

Llewellyn sugeria que as normas nunca fecham a discussão, não que elas não importavam. Ele passou vinte anos de sua vida como o relator geral^{liv} do Código Comercial Uniforme. Uma das contribuições primárias de Llewellyn para o direito comercial é precisamente em termos de sistematicidade, e vale a pena apreciar por um momento sua descoberta no sentido de demonstrar que nem toda a mudança no direito é orientada à obtenção de certo resultado. Llewellyn aperfeiçoou a solução de um problema que atormentou o direito comercial desde os Romanos, nomeadamente a

²⁵ Ver, e.g., PIERRE LEGRAND, *Against a European Civil Code*, 60 *Mod. L. Rev.* 44 (1997).

²⁶ Ver ALAN WATSON, *Legal Transplants and European Private Law* (2000) (Ius Commune Lectures on European Private Law).

²⁷ Ver EWOUDE HONDIUS, *Towards a European Civil Code: General Introduction*, in Arthur Hartkamp, et al. (eds.), *Towards a European Civil Code 3* (2d ed. 1998).

²⁸ Ver WESLEY HOHFELD, *The Relations Between Equity and Law*, 11 *Mich. L. R.* 537, 540 n. 3 (*in fine*) (1913).

^{liv} N.T.: No original, “chief reporter”.

distinção entre os remédios nas vendas – especialmente entre a *actio redhibitoria*^{lv} que remedia a desconformidade dos bens e as regras gerais do inadimplemento^{lvi} que disciplinam outros tipos de descumprimento contratual.^{29-lvii} Na *civil law*, particularmente no direito germânico, os remédios para prestação defeituosa são mais limitados e têm um estatuto menor de proibições do que as ações para ausência de prestação.³⁰ Em consequência, os juristas alemães ainda hoje são obrigados a debater se um particular descumprimento contratual do contrato de compra e venda é melhor caracterizado como ausência de prestação^{lviii} ou prestação defeituosa^{lix} – se, por exemplo, eu prometo entregar um elefante ao zoológico e em vez disso entrego uma girafa, eu faltei com a prestação da coisa prometida ou eu prestei um elefante defeituoso?^{lx}

Llewellyn desejava transferir todas essas discussões do terreno da teoria abstrata para o terreno da prática – ele queria focar nas ações das partes em vez de focar no jogo dos conceitos jurídicos.^{lxi} Para conseguir isso, ele mudou os termos do debate do tipo de descumprimento para a questão de o comprador aceitar (ou revogar a aceitação) dos bens, de o comprador propriamente rejeitar, e de o comprador propriamente recusar a oferta do vendedor de sanar o vício. Llewellyn percebia que um código não pode eliminar discussões, mas pode movê-las de um terreno conceitual para outro capaz de resolução por meio de ação prática. Llewellyn nunca voltou atrás em sua percepção de que o processo decisório difere do processo explanatório, mas ele mesmo assim

^{lv} N.T.: Em latim no original, “ação redibitória”, aqui empregada para designar de modo genérico a disciplina dos vícios redibitórios. O termo é usado em sentido estrito para indicar uma das possíveis pretensões do adquirente lesado (redibição ou desfazimento do contrato), por oposição à pretensão estimatória (*actio quanti minoris*).

^{lvi} N.T.: No original, “breach of contract”.

²⁹ O problema também surgiu sob a disciplina do Ato Britânico de Venda de Bens [*British Sale of Goods Act*]. Williston realizou o trabalho fundamental para a solução no Ato Americano Uniforme de Vendas [*American Uniform Sales Act*].

^{lvii} N.T.: No original, “non-performance”.

³⁰ Compare-se o BGB §§ 320-327 (ausência de prestação) com os §§ 459-480 (vício na prestação).

^{lviii} N.T.: No original, “non-delivery”.

^{lix} N.T.: No original, “defective delivery”.

^{lx} N.T.: Vale observar que o direito obrigacional germânico sofreu uma reforma radical no ano de 2002, como forma de implementação da Diretiva 1999/44 CE sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e garantias associadas. Tratou-se do Ato de Modernização do Direito das Obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26 de novembro de 2001), amplamente inspirado por disposições da CISG e da Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Bens de 1973. Dentre as mudanças trazidas, incluiu-se a previsão do que a doutrina então havia construído como violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) como modalidade de descumprimento obrigacional, tendo-se ainda modificado o regime da impossibilidade da prestação (§275 I BGB) para que esta impedisse o credor de cobrar o cumprimento da obrigação independentemente de culpa do devedor e de a impossibilidade ser original ou superveniente, geral ou subjetiva do devedor (questões muito debatidas no regime anterior), embora ainda se exija o componente culposo para fins de cobrança de perdas e danos. Criou-se, ainda, uma distinção entre impossibilidade prática e econômica, já defendida anteriormente pela doutrina.

^{lxi} N.T.: Esta também a *ratio* da citada reforma do BGB em matéria de direito obrigacional: buscou-se trazer a ênfase para os remédios disponíveis (execução específica, resolução, perdas e danos) e não para a categorização de hipóteses de descumprimento, todas reunidas sob o gênero *Pflichtverletzung* (“violação do dever”, correspondente à expressão em inglês “breach of duty”).

respeitava o papel da estrutura da lei. Um código bem talhado pode focar a discussão em termos que são úteis, facilitando em vez de inibir a consideração de aspectos práticos relevantes.

Temos muito a aprender com os juristas da *civil law*, que tendem a ver o código como um conjunto bem organizado de previsões de remédios que fazem referências cruzadas de seus pré-requisitos ao longo do código. Um código pode assegurar aos juízes que, se eles considerarem os fatores enumerados, eles não irão inadvertidamente pular considerações relevantes durante o curso de sua avaliação. Em outras palavras, um juiz não deveria criar um arcabouço teórico *ad hoc* para a discussão de cada caso, mas sim empregar o arcabouço usado para outros casos. Uma estrutura bem elaborada – este é um aspecto da elaboração do direito – contribui para o principal projeto do direito, que é o de decidir de modo similar casos similares. A estrutura também proporciona um sistema para ancorar as decisões depois que elas tenham sido tomadas, tornando possível localizar precedentes relevantes no curso de demandas subsequentes. Infelizmente, advogados e juízes americanos tendem em vez disso a tentar adivinhar no assunto central do caso e, uma vez tendo se amarrado a alguma coisa, argumentam-na no sentido da exclusão de todo o restante. Em boa parte do tempo os temas que os tribunais discutem com tanta energia se tornam irrelevantes quando o caso é adequadamente analisado. Meu colega e eu conseguimos preencher um *casebook*^{lxii} inteiro com casos nos quais os tribunais se mostravam incapazes de seguir a análise adequada à luz do UCC.³¹

Eu deveria provavelmente apontar que minha aceitação desse aspecto da visão da *civil law* me coloca em divergência com aqueles dos meus colegas que acreditam que o conteúdo das normas individuais pode ser alterado à vontade. Se a estrutura é um elemento essencial de um código, cada norma não tem independência, e uma alteração de qualquer uma das normas tem um efeito em todo o sistema.

Agora quanto à outra percepção de Llewellyn, aquela que a lei americana preservou como ponto de referência da nossa discussão, a proposição de que casos só podem ser adequadamente decididos se baseados em uma análise de todos os fatos e circunstâncias. Esse princípio também é válido. Uma vez que asseveramos o arcabouço teórico provido pelo código, o trabalho, nomeadamente a análise, tem ainda de ser começada. Os fatos e circunstâncias ainda têm de ser avaliados. Esses fatos podem ser

^{lxii} N.T.: Em tradução literal, “livro de casos” – obra que reúne uma coletânea de casos concretos.

³¹ Ver ID.

avaliados diferentemente por juizes diferentes – pessoas razoáveis podem divergir e não há absolutos. De fato, é um axioma da filosofia da ciência que um número infinito de teorias pode ser gerado para explicar qualquer estado de coisas. Um bom número de teorias jurídicas concorrentes é possível, mesmo dentro do arcabouço teórico analítico de um código, e sempre que duas dessas teorias são razoáveis, e elas frequentemente são, uma disputa jurídica surge, e deve ser resolvida, resolvida por uma avaliação de todos os fatos e circunstâncias do caso, sopesados à luz da aspiração do juiz a fazer justiça. O conteúdo específico da norma não dita o resultado. Em vez disso, na imagem do muito saudoso Michel Pêcheux,^{lxiii} os casos oferecem-nos a oportunidade de mexer^{lxiv} com a formulação das normas para deixá-las mais próximas do resultado correto em cada caso.

Em outras palavras, o direito consiste em dois processos aparentemente incompatíveis, um capturado pela visão da *civil law* do direito, o outro pela da *common law*. Na *civil law*, juizes seguem as regras por medo de desequilibrar a estrutura, ao passo que na *common law*, os juizes reinterpretem as normas conforme decidem os casos. A lei é ao mesmo tempo o processo de argumentação passo-a-passo de uma previsão do código ou de um caso precedente ao próximo, e uma avaliação holística dos fatos e circunstâncias de cada caso. Uma vez mais, talvez um exemplo seja útil.

Proponho examinarmos brevemente o caso Nanakuli.³² Em Nanakuli, o Comprador, um empreiteiro de asfaltamento, processou o Vendedor, seu fornecedor de asfalto, por descumprimento de um contrato de distribuição com exclusividade.^{lxv} O Comprador argumentou que o Vendedor havia descumprido o contrato por não ter “protegido” o Comprador quando aumentou seus preços – deixando de adiar seu aumento de preços até que o Comprador tivesse comprado asfalto suficiente para cumprir suas obrigações atuais com terceiros. A questão era saber se a proteção de preços era requerida pelo costume e pela boa-fé, mesmo se contradissesse os termos do contrato escrito. O tribunal sustentou que a proteção de preços era contratualmente requerida.

A avaliação da pretensão do Comprador requer o exame das previsões de remédios e das previsões do UCC relativas aos usos comerciais e à boa-fé. Mas isso não é como um

^{lxiii} N.T.: Filósofo francês (1938-1983) filiado à corrente de pensamento conhecida como análise do discurso.

^{lxiv} N.T.: No original, “tinker with”, no sentido de tentar reparar algo sem obtenção de pleno êxito.

³² See *Nanakuli Paving and Rock Co. v. Shell Oil Co., Inc.*, 664 F.2d 772 (9th Cir. 1981).

^{lxv} N.T.: No original, “requirements contract”, contrato pelo qual o fornecedor se obriga a fornecer uma quantidade ilimitada de bens ou serviços, conforme a necessidade do outro contratante, exigindo-se deste que respeite a exclusividade do fornecimento.

jurista da *common law* ponderaria para resolver o caso. Em vez disso, nós poderíamos imaginar a discussão hipotética que os representantes comerciais das partes poderiam ter se eles tivessem se sentado para resolver a controvérsia sem seus advogados. O Vendedor poderia começar apontando estar escrito no contrato que o Vendedor não estava obrigado à proteção de preços. O Comprador apontaria a prática de longa data do Vendedor de proteção de preços. O Vendedor poderia responder que o fato de que ele havia protegido o Comprador no passado não o vinculava a fazê-lo neste caso. O Comprador poderia mencionar que ele havia justificadamente confiado na proteção de preços quando ele concluiu contratos de pavimentação com terceiros. O Vendedor poderia alegar que os casos anteriores de proteção de preços envolviam quantidades menores de asfalto e aumentos menores de preço (os aumentos em questão aconteceram durante a crise do petróleo de 1973-1974). O Comprador poderia então arguir que o Vendedor sabia que o Comprador estava ingressando em contratos de pavimentação a preço fixo e por isso o Vendedor havia assumido o risco dos aumentos.

A este ponto de nossa simulação, as questões reais para a decisão emergem – qual das duas partes deveria suportar o risco de um colossal aumento de preços para o qual nenhuma das duas é responsável, e qual papel deveria ser desempenhado pelo fato de que foi no interesse de ambas as partes que o Comprador entrou em contratos de pavimentação com o governo sem cláusulas de escala móvel.^{lxvi} Se o tribunal decidir que o risco cabe ao Vendedor, então deve confrontar as considerações de segunda ordem, as consequências para a futura atividade judicial, particularmente quanto a se é sábio nestas circunstâncias reescrever o contrato, interpretar de forma excepcionalmente ampla um costume que contradiz os termos do acordo escrito assinado.

Em resumo, juristas da *common law* e da *civil law*, em fuga da terrível verdade do Realismo, buscaram cada um refúgio em uma caverna diferente. O direito não é nenhum dos ingênuos extremos – não é uma aplicação formalista de normas a fatos, e não é uma aplicação decisionista dos princípios favoritos de alguém sobre política ou economia. Até que os juristas da *civil law* encarem a insegurança que o Realismo demonstra no direito, até que eles estejam dispostos a conviver com ela, extrair consequências dela e raciocinar a partir dela, nenhum jurista americano – inclusive eu – será capaz de seguir a discussão jurídica da *civil law* com interesse. Por outro lado, americanos têm de aprender que a análise jurídica tem que acontecer dentro da estrutura elaborada pela lei – muito embora as normas não decidam os casos, elas

^{lxvi} N.T.: No original, “escalator clauses”.

oferecem os termos dentro dos quais a discussão deve ser levada. Até que os juristas americanos aceitem que há uma arte na lei e que o argumento jurídico é distinto de resultados politicamente (ou economicamente) corretos, os europeus – e eu me alio a eles neste ponto – não têm razão para levar a sério a academia jurídica americana.

Pode parecer impossível reconciliar esses dois ideais – a necessidade de seguir a estrutura do Código e, ao mesmo tempo, de avaliar livremente todos os fatos e circunstâncias do caso. Mas de fato o esforço necessário para entender estatutos e fatos requer a mesma imaginação judicial. Seria impossível pensar juridicamente sobre fatos sem o vocabulário provido pelo código, do mesmo modo que seria impossível entender o propósito das previsões do código sem imaginar como elas se aplicariam a diferentes hipóteses. O direito é o produto da imaginação, ou não é nada.

Um último exemplo, mais pessoal. Como resultado de uma paixão vitalícia pela antiguidade,^{lxvii} já passei mais tempo do que o necessário ou mesmo útil passeando por antigas ruínas, particularmente as ruínas de cidades provinciais romanas. Em meu primeiro encontro com uma cidade romana, eu me oriento, sem recurso seja de um guia ou de um livro. Localizo o fórum, os eixos principais (o *decumanus maximus*^{lxviii} e o *cardo maximus*),^{lxix} o *tepidarium*^{lxx} e *caldarium*^{lxxi} nos banhos, os *cellae*^{lxxii} do templo, o *proscenium*^{lxxiii} no teatro, a cúria e a basílica, a estrada pomerial^{lxxiv} dentro dos muros da cidade, e algumas vezes eu consigo mesmo localizar o *comitium*^{lxxv} e o *aerarium*,^{lxxvi} as cisternas, a *palaestra*^{lxxvii} e um portão secundário.^{lxxviii} Tento decifrar as inscrições em Latim para determinar para quais deuses os prédios eram dedicados. Quando já fui tão longe quanto consigo ir sozinho, consulto meu guia e vejo se me saí bem.

^{lxvii} N.T.: No original, “old stone”, termo que costuma designar a idade da pedra, particularmente o período Paleolítico. O texto, no entanto, faz referência à Antiguidade romana, a denotar um uso coloquial da expressão.

^{lxviii} N.T.: Em latim no original, “decúmano máximo”, a principal via de uma povoação romana, habitualmente ligando a porta pretória (nos acampamentos militares, aquela mais próxima de potenciais inimigos) à porta decúmana (aquela mais afastada).

^{lxix} N.T.: Em latim no original, “cardo máximo”, principal via no sentido Norte-Sul de uma povoação romana, perpendicular ao decúmano máximo.

^{lxx} N.T.: Em latim no original, “tepidário”, local dos banhos mornos nas termas romanas.

^{lxxi} N.T.: Em latim no original, “caldário”, quarto mais quente dentre os cômodos das termas romanas, repletos de vapor. Após o caldário, passava-se ao tepidário e, finalmente, ao frigidário.

^{lxxii} N.T.: Em latim no original, plural de “*cella*”, “quarto pequeno”, termo que designava a sala no interior do templo destinada à estátua da divindade ali cultuada. Correspondente ao termo grego “*naos*”.

^{lxxiii} N.T.: Em latim no original, “proscênio”, parte do palco que se localiza à frente do cenário.

^{lxxiv} N.T.: No original, “pomerial road”, via adjacente aos muros da cidade no plano urbano romano.

^{lxxv} N.T.: Em latim no original, “comício”, local nas cidades romanas que funcionava como centro político da cidade, dedicado a eleições e conselhos.

^{lxxvi} N.T.: Em latim no original, “erário”, tesouro público.

^{lxxvii} N.T.: Em latim no original, “palestra”. O termo designa a construção em que funcionavam escolas de luta corporal nas cidades gregas e romanas.

^{lxxviii} N.T.: No original, “postern gate”, comum em muralhas e fortificações do período.

Tive a sorte no ano passado de passar vários dias examinando as ruínas de Palmira,^{lxxix} no meio do deserto sírio. Depois de um dia e meio, consultei um guia que me havia sido recomendado – Ibrahim, um Palmirano magro, de pele escura e cabelos brancos, que atuava como guia há cinquenta anos e que me disse que ele conhecia cada pedra no local. Disse a ele que eu era um professor de direito, que eu havia passado a vida toda estudando a civilização romana e que eu já havia examinado as ruínas de Palmira certo número de vezes. Ele me disse que estava com a agenda lotada para o dia, mas alguns dólares convenceram-no a me conceder uma hora ao anoitecer.

Encontramo-nos quando o sol estava se pondo através do arco monumental na entrada da rua de colunas de cerca de uma milha.

“O que você está olhando?”, ele perguntou.

Eu aponte para o arco. “Um arco triplo, de cerca de 300 d.C., reinado de Septimus Severus, com desenhos florais e geométricos típicos”, eu disse, tão orgulhoso quanto um aluno do primeiro ano de direito que pela primeira vez havia cumprido suas leituras obrigatórias.

“Não olhe para cima, Professor, olhe aqui para baixo”, ele disse. “O que o senhor vê?” Ele estava apontando para o chão abaixo do arco. “A rua”.

“Certo, a rua, mas o que há de especial na rua?” “Você quer dizer que ela é muito longa?” “Então, Professor, esta é a sua primeira visita a uma cidade romana”. “Não, eu lhe disse, eu já vi muitas cidades romanas”.

“O senhor já viu alguma rua como esta? Por que ela não é pavimentada?”

Pensei a respeito por um momento. “Talvez eles não tenham chegado a esse ponto. Ou não tivessem os recursos necessários”.

^{lxxix} N.T.: Cidade da Síria, atualmente designada Tadmor, localizada em um oásis a cerca de 210km a Nordeste de Damasco. A localização estratégica da cidade, aproximadamente na metade da rota que conduz do Mediterrâneo ao rio Eufrates, tornou-a ponto de passagem obrigatório para muitas das caravanas que seguiam esta rota comercial. O nome refere-se às palmeiras que supostamente existiriam em grande quantidade no local. A cidade tornou-se parte da província romana da Síria durante o reinado de Tibério (14–37 d.C.).

“Eles não tinham os recursos necessários? Em Palmira?” Ele olhou para seus sapatos e balançou a cabeça. Eu estava gastando seu tempo. “Eles não pavimentaram a rua porque os camelos perdem o equilíbrio na pedra. As caravanas passavam nesta rua depois que pagavam seus impostos”.

Eu conhecia a Cidade das Palmeiras, a Noiva do Deserto, era uma cidade de caravanas, mas eu nunca havia pensado no que aquilo significava. Conforme andamos pela larga rua de cascalhos, Ibrahim pintou para a minha imaginação uma visão oriental das lojas enfileiradas na série de pilastras, repletas com sedas compradas das caravanas e comida e tapetes para serem vendidos a elas. Então paramos dentro da Corte Tarifária e examinamos os três portões, cada um com dez metros de altura, que perfuravam sua parede dos fundos.

“O que acha da altura dos portais?”, Ibrahim perguntou. Mais uma vez eu fiquei perplexo. “Talvez eles estivessem se preparando para uma visita do Imperador”.

“Do Imperador!”, ele repetiu. “Por que o Imperador viria a Palmira?” Ele balançou a cabeça novamente. “Não, esta é a entrada dos camelos. As caravanas vinham do Leste, viajando à noite através do deserto a partir do Eufrates”. Ibrahim apontou para a parte mais escura do céu, um azul-cobalto já brilhando com as estrelas. “Elas chegavam ao amanhecer e seguiam o muro de Zenóbia^{lxxx} ao redor da cidade até que chegavam aqui, onde acampavam até que a cidade abrisse. Pela manhã, os camelos entravam no pátio um por um, o imposto era coletado, e então eles passavam por aquele portão em direção à ágora.

Ele girou, seguindo com seus olhos e o dedo indicador de sua mão esticada a curva da rota da caravana ao longo das fortificações ao Norte da cidade, em seguida seguiu os camelos pelo pórtico para dentro da cidade e acenou para que eu o seguisse para a ágora.

“O que o senhor acha que acontecia na ágora, Professor?”

“Devia ser o lugar do mercado, e talvez o lugar das discussões políticas”.

“Há uma plataforma de mármore levantada ali, a plataforma do orador”, disse Ibrahim.

^{lxxx} N.T.: Rainha da cidade de Palmira a partir de 267 d.C., tendo governado até 274, quando foi derrotada, aprisionada e levada para Roma pelo imperador Aureliano.

“Quem o senhor acha que falava ali?”

“Os políticos?”

“O leiloeiro. Ele leiloava os bens trazidos do Leste. Quando os bens eram vendidos, e então os viajantes haviam comprado suprimentos, eles assistiam a um espetáculo no teatro e em seguida, ao redor de meia-noite, eles saíam da cidade sob o arco e partiam para Damasco ou Apaméia”.^{lxxxix}

Quando Ibrahim me deixou eu mal podia me ouvir pensar. Embora eu estivesse sozinho sob a luz da lua, a ancestral cidade de caravanas de Palmira havia voltado à vida ao meu redor. Eu via os caravanistas rindo e batendo nas costas uns dos outros conforme se amontoavam na saída do teatro, eu os via em suas compras de último minuto sob a luz de velas ao longo das colunas, eu imaginava como eles coletavam os animais pastando logo além dos muros, carregavam seus pesados tapetes de lã, e montavam em camelos. Eu sinto o pulsar de uma cidade viva. Nunca me havia ocorrido antes pensar naqueles que habitavam essas cidades, considerar as aglomerações urbanas em si como organismos vivos.

As normas jurídicas como as encontramos nos códigos são as artérias e quadras da cidade – o fórum, os *decumani*, os *cardines*, toda a grade de centurição.^{lxxxii} Os fatos e as circunstâncias dos casos são as pedras espalhadas sobre o sítio arqueológico. Nosso trabalho é usar o direito e os fatos para trazer a transação à vida, para imaginar como foi vivida e respirada por seres humanos como nós. Para essa tarefa nós precisamos do direito e dos fatos, mas também da nossa imaginação. O direito é arte, como a escrita e a pintura, uma atividade criativa. O direito é uma arte, e nós deveríamos responder como artistas quando alguém nos critica por não seguirmos as regras.

Como citar: HYLAND, Richard. Vamos dançar? Trad. Eduardo Nunes de Souza. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/vamos-dancar/>>. Data de acesso.

^{lxxxix} N.T.: Ambas cidades da Síria.

^{lxxxii} N.T.: O modo mais característico de parcelamento do solo entre os romanos era o das centurições, particularmente adaptadas a campos de cultivo. A centurição dividia o terreno em um quadriculado ortogonal de parcelas retangulares, as centúrias, cujos eixos eram orientados em direção ao sol poente.