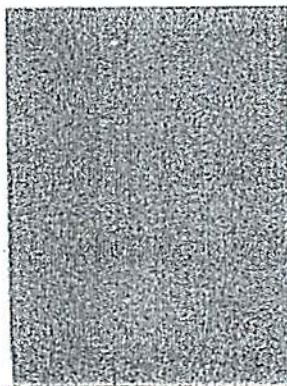


livro V - complementos
cap III. ①

COLEÇÃO TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO
COORDENADA POR RONALDO PORTO MACEDO JR

R. C. van Caenegem

JUÍZES, LEGISLADORES E PROFESSORES



Tradução
Luís Carlos Borges
Revisão Técnica
Carla Henriete Bevilacqua



CAMPUS
JURIDICO



Preencha a ficha de cadastro no final deste livro
e receba gratuitamente informações
sobre os lançamentos e as promoções da
Editora Campus / Elsevier.

Consulte também nosso catálogo
completo e últimos lançamentos em
www.elsevier.com.br

da teocracia papal: como o papado reformado tinha a ambição de transformar o cristianismo, os papas tiveram de ser grandes legisladores. Gregório VII descobriu muitas práticas — más práticas aos seus olhos — que haviam sido estabelecidas pelo costume, e a única maneira de atacar o costume é legislar: isto é, abolir os "maus costumes" e emitir novas regras. Daí a desconflança de Gregório quanto ao costume. Mas o costume frequentemente surge na forma de casuística, daí o papel fraco desta no período clássico dos séculos XII e XIII. A regra de Justiniano, "*legibus, non exemplis iudicandum est*"⁴³ serviu esse período muito bem. Isso explica o notável fato de que, apesar de haver atividade judicial muito extensa em Roma e nos tribunais dos arcebispos e bispos, a casuística, na forma de coletâneas de julgamentos, era de importância secundária. Foi apenas em uma etapa posterior que a coleta e publicação sistemática das sentenças da Rota Romana teve início.⁴⁴ O período clássico do Direito canônico foi a era dos juristas-legisladores, dos eruditos no trono. Formalmente falando, suas constituições e decretos eram atos legislativos, mas sua substância era a doutrina das escolas: era Direito de acadêmicos, baseado no ensinamento das universidades, onde os futuros papas haviam sido alunos e professores. Esse regime do legislador profissional foi único na Europa — o equivalente mais próximo seriam certos parlamentos modernos dominados por juristas a partir das revoluções americana e francesa.

Capítulo 3

OS CAMINHOS DIVERGENTES DO COMMON LAW E DO CIVIL LAW

Tendo estabelecido em um levantamento comparativo amplo o que causou a preponderância do juiz, do legislador ou do jurista na Europa, pretendo agora retornar ao meu ponto de partida, a diferença entre o *common law* inglês e o resto da Europa. A razão pela qual o judiciário inglês desempenhou um papel tão excepcional foi estabelecida, mas esse fato por si só não explica por que o *common law* inglês é tão diferente. Podemos muito bem imaginar uma variante inglesa, produzida por juiz, de uma lei europeia comum. Assim, ouvimos que atualmente as mesmas regras da Comunidade Europeia não são interpretadas similarmente no Continente e no Reino Unido. O Direito de juízes em um país e o Direito de legisladores em outros normalmente teriam produzido algumas diferenças, mas estas poderiam ter sido apenas técnicas, sem envolver a substância da lei. Colocando em termos mais concretos: podemos imaginar uma situação em que a substância do Direito feudal europeu permaneceu comum a todos os países, mesmo que o seu desenvolvimento no curso da Idade Média tardia tenha sido tarefa do judiciário em alguns países e da legislatura em outros. Igualmente, podemos imaginar que leis mais progressistas correspondendo a uma sociedade urbana e comercial teriam surgido pela ação de juízes em alguns países e de reis e Estados em outros. A diferença entre o *common law* e o Direito continental vai muito além disso: eles não apenas foram desenvolvidos por órgãos diferentes, mas sua própria substância era diferente, sendo um deles tradicional, nativo e feudal e o outro novo, estrangeiro e romano. Um sistema jurídico baseado em princípios feudais, apesar de adaptado e modernizado no decorrer dos séculos, e um sistema jurídico baseado nas doutrinas e princípios nada feudais do Direito romano e neorromano estão a mundos de distância, não apenas nas suas várias técnicas de legislação, mas nas suas próprias fundações. É para as exatas circunstâncias históricas em que essa divergência se originou que voltaremos agora a nossa atenção.

O COMMON LAW E O CIVIL LAW: A SEPARAÇÃO DOS CAMINHOS

Durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XII, era possível reconhecer o Direito inglês e o Direito continental como pertencentes a uma família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo. Exceção por possíveis complicações linguísticas, no tempo do rei Estêvão, um viajante do continente não teria problemas para reconhecer as regras, argumentos e modos de prova em um tribunal senhorial, burguês ou feudal. Um século depois, a paisagem mudara: o Direito romano e o processo romano-canônico estavam transformando a vida em muitas regiões do continente (e outras se seguiriam), ao passo que na Inglaterra surgiu um Direito nativo, comum ao reino inteiro, que era — e permaneceu — livre da substância e do processo da nova moda continental. O momento em que surgiu esta dicotomia pode ser localizado com precisão. Foi no reinado de Henrique II, quando foram levadas a efeito certas reformas na organização e no processo judicial que modernizaram o Direito inglês antes que o Direito romano entrasse em cena, com sucesso tão amplo e imediato que, nos séculos seguintes, quando o modelo neorromano tornou-se disponível, não foi sentida a necessidade de renunciar ao sistema nativo. As principais mudanças no reinado de Henrique II foram a fundação de um grupo de juízes régios com competência em primeira instância, para o reino inteiro, para solucionar litígios de certos tipos sobre terra (o que significa litígio feudal) e a introdução do júri em casos civis e criminais como o modo padrão de prova (em vez dos ordálios e do combate judicial). Os litigantes acorreram a esses novos tribunais e seus novos processos — e pagaram pelo privilégio de serem ouvidos ali — e os juízes erigiram um Direito feudal comum. Seu papel foi expandido pela criação de novos mandados, que trouxeram a eles cada vez mais tipos de casos. Os antigos tribunais locais foram tristemente abandonados, não por causa de alguma lei ou de um esquema ardiloso a favor do rei, mas por causa da qualidade da justiça dispensada pelos seus juízes. Nunca se deve esquecer que esta importante inovação não foi um acontecimento único ou tipicamente inglês; em mais de um sentido, foi anglo-normando. Henrique II introduziu o novo esquema de mandados e júris em seu ducado normando, assim como no seu reino inglês; o Direito feudal administrado nos tribunais ducais e régios — em Rouen e Westminster — era o mesmo, e os juízes pertenciam a uma única classe de cavaleiros francófonos, que muitas vezes possuíam simultaneamente as velhas terras da família na Normandia e terras recém-adquiridas na Inglaterra (todas elas detidas, de maneira feudal, direta ou indiretamente, a partir do mesmo rei-duce, Henrique II Plantageneta). Foi a conquista da Normandia pela monarquia francesa e a gradual introdução do Direito francês de inspira-

ção romana no ducado que transformou o Direito anglo-normando em Direito puramente inglês. O que se transformou no *common law* inglês teve início como Direito anglo-normando, compartilhado por um rei e um ducado que não estavam separados, mas unidos pelo Canal da Mancha: o que veio a ser a marca da insularidade inicialmente não era nada insular.

Não é preciso ir longe para encontrar as razões para este notável desenvolvimento sob o rei Henrique. Não é para certo traço de teimosia do caráter inglês ou para o "espírito nacional" que devemos olhar — o novo sistema não era inglês, mas anglo-normando e muito mais normando do que inglês —, mas para circunstâncias históricas específicas. Henrique II era um monarca excepcionalmente poderoso, aceito por todos, "franceses e ingleses", e o feudalismo estava firmemente sob controle régio; mesmo a Igreja sentia o forte impacto da coroa, apesar de oferecer uma defesa feroz de seus privilégios. A Inglaterra era próspera o suficiente para proporcionar um corpo relativamente grande de juízes centrais profissionais. O tribunal régio respondia também a um sentimento inegável de insatisfação com o estado de coisas existente. Os tribunais locais eram dispersos e muitas vezes fracos: todo senhor que tivesse alguns vassallos podia ter o seu tribunal, mas o que ele podia empreender contra um rebelde, como podia impor os seus julgamentos? Em particular, a proteção da propriedade da terra — o meio de vida de quase todo mundo na Inglaterra do século XII — era inadequada. Havia dúvida a respeito de vários costumes e podia haver confusão entre as regras anglo-saxãs e as normandas recentes. A persecução do crime era inadequada e estava em grande parte nas mãos de indivíduos, e vários experimentos foram tentados para remediar esse estado de coisas. E, por fim, mas não menos importante, havia insatisfação com os arcaicos modos de prova existentes, que eram tão perigosos quanto prejudiciais (se não fossem fatais). Remédios fortes, rápidos e eficazes oferecidos pelo rei e seus juízes pareciam ser a única solução (como nos séculos XIX e XX, a intervenção ampla do estado parecia para muitos o único remédio para os resultados infelizes do capitalismo desenfreado). Apenas o governo central podia lidar com a situação, mas para o que ele podia se voltar? Não para o Direito romano e o processo romano-canônico, pois era muito cedo, já que nem mesmo os tribunais da Igreja haviam adotado o novo estilo no tempo do rei Henrique. As escolas ainda estavam muito ocupadas elaborando os primeiros passos daquilo que, em séculos posteriores, conduziria a uma triunfal conquista do Continente. No caso, nenhum "transplante" jurídico poderia ter qualquer utilidade e, portanto, usar e reformular o material existente até transformá-lo em algo novo e adequado era a única resposta. Isto significava a judicialização dos mandados régios, especialmente os destinados a proteção da propriedade da terra, de modo

que as pessoas pudessem contar com sua colheita seguinte. Significava também o uso sistemático do júri, ao qual se recorria ocasionalmente em uma variedade de circunstâncias. Finalmente, significava a criação de um corpo central de juizes reais, fixados em lugar determinado. Assim, um judiciário e um corpo de Direito modernizados e, para a época, satisfatórios passaram a existir, livres da influência do Direito romano.

No continente, nessa conjuntura, a principal modernização do Direito estava ocorrendo no mundo urbano, particularmente no norte da Itália e em Flandres, onde os tribunais locais de edis tinham liberdade para usar processos e regras progressivos. Em nenhum lugar, esses esforços dispersos levaram a um Direito novo; unificado, nacional ou sequer regional. Os tribunais eclesiásticos, formados desde então pelos oficiais eruditos dos bispos, começaram a aplicar o novo Direito dos livros bolonheses por volta de 1200. Por volta de meados do século XIII, os reinos começaram a acompanhá-los (com a Sicília, porém, à frente dos outros). Gradualmente, sob a influência das universidades e seguindo o exemplo dos tribunais eclesiásticos, o Direito romano estava transformando o Direito civil continental e, até certo ponto, o Direito penal, com a ajuda ativa dos governos. Foram, porém, as universidades que criaram o Direito novo e moderno, em oposição ao Direito arcaico e feudal; eles forneceram os livros e homens que poderiam provocar essa nova modificação no continente. Na Itália (no norte e no sul), na França meridional e na Espanha oriental — terras mediterrâneas antigas —, esse novo Direito romano já estava firmemente enraizado no século XIII. No norte da França, o costume germânico e feudal resistia, já que, particularmente, produziu certa modernização própria, mais, inclusive ali, no século XIII, os comentaristas das leis costumeiras já estavam trabalhando com o Direito romano como sistema de referência: estavam familiarizados com seu vocabulário, ele fornecia sua gramática e era o tesouro universal em que os advogados costumeiros poderiam encontrar respostas para as perguntas não respondidas pelo uso local. Gradualmente, os tribunais foram ocupados por pessoas formadas nas universidades. A Alemanha resistiu à difusão do *civil law* ainda por mais tempo, mas, quando cedeu, foi muito mais longe do que a França e "rebecu" as "leis escritas comuns" *in toto*. Durante os cruciais séculos XIII e XIV, o *common law* inglês enraizou-se segura e firmemente na vida nacional. Tinha o seu próprio tribunais, ocupados pelos melhores advogados do país. Tinha o seu Glanville e o seu Bracton, exposições abrangentes que apresentavam o *common law* como um todo autossuficiente e razoável, seus registros de mandados, alguns dos quais eram textos oficiais, tinham a sua ordem de advogados e os *serjeants at law*, uma corporação bem estabelecida

e confiante, de cujas fileiras eram tirados os juizes supremos, e os seus *Barons*, com relatórios atualizados do que acontecia nos tribunais. Os praticantes tinham consciência de sua natureza distinta e, quando olhavam para o outro lado do Canal, estavam convencidos de sua superioridade, como fica claro em *De Laudibus legum Anglie* (c. 1470) de John Fortescue, que fazia uma comparação entre o Direito inglês e o francês, em grande detrimento do segundo. Já no início do século XIII, o *common law* inglês embarcava em uma ofensiva expansionista própria — uma pequena prévia de seu impacto mundial em séculos posteriores. Por fim, e esta foi provavelmente a consideração mais importante, o *common law* era a salvaguarda da posse de terra legítima e, portanto, a pedra angular de toda as fortunas de toda família notável e de toda igreja no país. O poder e o prestígio baseavam-se na terra, e a segurança da terra baseava-se no *common law*. *Propriedade da terra*

OS CAMINHOS PERMANECERAM SEPARADOS

Se é compreensível a razão pela qual o *common law* era tão diferente nas suas etapas iniciais, a questão que surge em seguida é por que ele conservou o seu caráter distinto ao longo dos séculos, até o presente. O fato de que protegia a riqueza baseada na terra não é sozinho uma explicação suficiente, já que no continente isso não foi forte o bastante para impedir o progresso do Direito romano: um estado absolutista, inclinado a reduzir o feudalismo e usar o Direito romano era inteiramente capaz de triunfar, mesmo em oposição à antiga classe feudal.

O Direito inglês não era tão distinto que não pudesse ter adotado o Direito romano em alguma etapa posterior. A Escócia inicialmente seguiu o *common law* inglês, que, no decorrer do século XIII, parecia estar lançando raízes profundas no solo escocês, mas este seria abandonado no século XIV e substituído pelo Direito romano de origem continental no século XVI. Portanto, a unidade europeia poderia ter sido restaurada e o Direito inglês e continental poderiam ter acabado na mesma frequência de onda. Não se pode sugerir seriamente que alguém no continente chegou a pensar em adotar o *common law* inglês, apesar de alguns elementos, como o júri, serem imitados nos séculos XVIII e XIX. Mas, na Idade Média, o júri inglês era um importante obstáculo para os juristas do continente. Ali, no século XIII, os eclesiásticos rejeitavam como inteiramente ridícula e absurda a ideia do júri, que deixava o veredicto decisivo em um caso de Direito nas mãos de uma dúzia de rústicos analfabetos. O tom fora estabelecido por um decreto do papa Inocêncio III, que, em 1199, escreveu ao bispo de Poitiers dizendo que tonara conhecimento de que, na dita diocese, era observado um costume irracional (*minus rationabilis*), isto é, que, depois de burocráticas alegações das partes,

perguntava-se a todas as pessoas presentes, alfabetizadas ou analfabetas, sábias ou não, qual era a lei, de modo que tudo o que eles ou alguns deles dissessem era considerado como julgamento.¹

Se era pequena a possibilidade de que o continente fizesse empréstimos do Direito inglês, foram sérias e numerosas as ocasiões para a penetração da influência civilista na Inglaterra. A influência do Direito romano e do processo romano-canônico fez-se sentir, se não nos tribunais do *common law*, em outros tribunais, como os da Igreja. Desde a famosa controvérsia entre Stubbs e Maitland, quase um século atrás, sabe-se que os tribunais eclesiásticos medievais ingleses seguiam o Direito da Igreja de Roma, exatamente como outros países da cristandade latina (o que não exclui a formação de costumes e variantes locais). Quão plenamente e quão cedo os tribunais ingleses adotaram o novo modelo erudito foi demonstrado com particular clareza e riqueza de detalhes na recente edição de casos dos tribunais da província de Cantuária no século XIII.² Os tribunais da Igreja forneciam um exemplo contínuo e diferente de lidar com o litígio.

No tribunal da Chancelaria, o chanceler exercia sua jurisdição equitativa, como correção ou complemento para a aspereza ou deficiências dos tribunais de *common law*. Na verdade, a Chancelaria oferecia remédios que eram corriqueiros no procedimento profissional, mas não disponíveis nos tribunais de *common law*, como injunção, desempenho específico e retificação de documentos. Como o chanceler quase sempre era um bispo cujo tribunal surgia bem depois do estabelecimento do processo romano-canônico, não é surpreendente que seu processo estivesse muito mais próximo da Igreja do que do *common law* — o júri era uma ausência notável, e o interrogatório de testemunhas sobre "artigos", um dos empréstimos mais notáveis feitos às *ordines judicarii*. O Tribunal do Almirantado, que deixou registros regulares desde 1524, seguia um processo do tipo civilista e administrava um Direito comercial e marítimo que era antes cosmopolita que inglês e familiarizado com várias formas de negócio desconhecidas para o *common law*. A Câmara Estrelada também procedia com mais vigor e intervinha mais diretamente no curso do litígio do que o *common law*: era extremamente ativo e popular, *inter alia*, porque não sofria com os júris manipulados e intimidados que eram a desgraça da época. Esses movimentos, que não tinham nada com o *common law*, não apenas podiam ser observados por todos os interessados no Direito, como a teoria do *civil law* e do Direito canônico estavam sendo ensinadas nas duas universidades inglesas, como em tantas outras no continente e na Escócia. E, naturalmente, os ingleses que achassem que suas próprias universidades não podiam saciar sua sede de conhecimento podiam estudar no exterior.

A maré alta nas fortunas do Direito romano, com a "recepção" na Alemanha e na Escócia e uma possibilidade muito debatida de "recepção" na França, ocorreu no século XVI. Portanto, não é surpreendente que também na Inglaterra vários círculos exibissem um sério desejo de que fossem varridas as teias do Direito medieval e o Direito romano — "comum a toda a Europa civilizada" — fosse introduzido em seu lugar. Tal era, naturalmente, a opinião de alguns acadêmicos que haviam estudado no continente, mas era também a opinião de certas pessoas em posição de autoridade. A fundação das cátedras régias de *civil law* por Henrique VIII testemunha isso. O monarca tinha grande respeito por tudo que fosse imperial, notavelmente o Direito da Roma imperial, e também pelos grandes imperadores cristãos de Roma, em cuja linhagem de monarcas ele se via — sendo a Inglaterra o seu "Império".³ O "perigo" para o *common law* naqueles dias inebriados da Renascença foi exagerado e seu poder de renovação interna foi subestimado, de modo que a opinião acadêmica hoje não sustenta que o *common law* já tenha sofrido perigo real.⁴

Os acontecimentos do século XVII, naturalmente, estavam intimamente ligados ao drama político da monarquia Stuart. O *common law* e seus juristas eram identificados com a causa parlamentar, apesar de nem todos os juizes nos tribunais de *common law* sempre se colocarem contra os reis, e um jurista famoso como Sir Matthew Hale tinha coisas muito positivas a dizer sobre o Direito romano e lamentava que o Digesto fosse tão pouco estudado na Inglaterra.⁵ O Direito romano e os tribunais de prerrogativas eram identificados com o absolutismo e, muito naturalmente, também o eram os civilistas. A vitória do partido parlamentar não deixou a estes nenhuma chance: os parlamentares certamente não eram a favor do Direito romano, cujo próprio nome os lembrava do papismo (não seria surpreendente se o ataque de Stubbs ao Direito romano, mencionado acima, fosse, de certa forma, causado por uma vinculação inconsciente do Direito romano à Igreja romana, a inimiga inquisitorial da liberdade religiosa).⁶

É adequado fazer uma breve pausa aqui e ver o que John Selden (falecido em 1654), jurista, historiador jurídico e membro ativo do partido parlamentarista, pensava sobre os contatos entre o *civil law* e o Direito canônico. Ele tratou dessa questão em uma dissertação que se apresenta como um ensaio sobre o *livro jurídico medieval*, mas que, na verdade, é uma história inicial da "recepção" do Direito romano na Europa da Idade Média e do início da Renascença. Ele dedica o capítulo 9 a uma análise da aversão inglesa ao uso do Direito romano. Ele oferece duas razões pelas quais o *civil law* não teve nenhum efeito maior em seu uso pelos juristas ingleses. Uma é a "indistinta aversão que nossos antec-

trais tinham a ele até então no que se refere aos princípios de governo" (*regimen publicum*); a outra é "a notável estima pelo Direito inglês ou *common law* e nossa fidelidade constante a ele como algo imemorialmente ajustado ao gênio da nação" (*gentis hujus genio ab intima antiquitate adaptata*).⁹ É digno de nota o fato de que, no caso, Selden usa a expressão "gênio da nação" muito antes que ela se tornasse popular na Europa, por volta de 1800. Contudo, não é tão estranho que o espírito nacional tenha sido invocado tão cedo por um historiador inglês, já que o *common law* evidentemente era o sistema jurídico mais idiossincrático e puramente nacional de toda a Europa.

No século XVIII, o Direito romano sofria críticas crescentes no próprio continente, de modo que certamente não iria conquistar a Inglaterra. Pelo contrário, esse foi o tempo da anglomanía continental e de tentativas de fazer empréstimos ao Direito e às instituições inglesas. As coisas tampouco foram diferentes no século XIX. Havia a ocasional referência ao Direito romano em um julgamento inglês, mas sempre acompanhada pela cláusula de que aquela não era uma referência a um sistema que tivesse qualquer força de lei na Inglaterra.¹⁰ Nesse período de glória suprema da Grã-Bretanha, parte de seu orgulho e autoconfiança era a *fé* na excelência de seu sistema jurídico, considerado superior a todos os outros, assim como a Grã-Bretanha era superior a todas as potências do mundo. Não é surpreendente, portanto, que a Inglaterra desse pouca atenção ao ensinamento dos pandectistas alemães. Alguns autores acadêmicos atribuem isso a tentativas deliberadas da parte dos juristas ingleses de manter esse obscuro sistema e de bloquear tentativas de racionalizá-lo. Assim, vemos em uma obra alemã de autoridade: "Na Inglaterra, o ensinamento dos pandectistas teve pouquíssimo efeito. Isso não é surpreendente, já que a Inglaterra sempre negou a admissão de instituições e métodos romanos: os juristas ingleses, ainda que apenas para assegurar seu monopólio profissional mantendo a lei obscura, bloquearam quaisquer tentativas de racionalizar os conceitos e estruturas do seu Direito."¹¹ Os doutores do *civil law* sempre escreveram tais obras luminosas em uma prosa limpa e agradável para o leitor geral? E alguém esperaria encontrar os tomos do *Pandektenrecht* de Windscheid nas mãos do homem das ruas, ansioso por romper o monopólio da profissão jurídica?

O QUE DIVERGIU DO QUE?

Quando pensamos em uma divergência entre o *common law* e o *civil law*, inclinamo-nos naturalmente a ver o primeiro em divergência com o segundo, o qual — supomos — representava a corrente principal na história jurídica europeia.

Muitos juristas e historiadores, em particular, é claro, no continente europeu, quando, diante da pergunta quanto ao que divergiu do que, dizem que se um país adotou um caminho não romano em oposição a dez ou quinze outros, foi esse país que divergiu (ou, devemos dizer, desviou-se?), não os outros dez ou quinze. Visto em um contexto estritamente europeu, isto parece realmente uma reação normal, mas as coisas parecem inteiramente diferentes se considerarmos não a história jurídica europeia, mas a universal: sob essa luz, é o desenvolvimento continental que parece incomum e o inglês, normal. Na verdade, as duas principais características do Direito continental — o fato de basear-se em um *corpus juris* autorizado e de ser codificado — claramente constituem duas anomalias, que podem realmente ser reduzidas a uma, o fato de que o Direito continental se baseia em um "texto sagrado". A veneração de que gozam os grandes códigos modernos — certamente até o fim do século XIX — é comparável à veneração pelo *Corpus* na Idade Média, e há pouca diferença entre a explicação literal de um pelos glosadores e o exame *verbatim* dos outros pelos professores da Escola Exegética. Os próprios romanos, os grandes professores dos continentais, não conheciam nada semelhante aos nossos códigos modernos. Seu Direito foi desenvolvido aos poucos no decorrer dos séculos por homens práticos, *judices* (que não eram advogados), juristas (advogados de renome), pretores (que eram políticos) e, nos últimos séculos, imperadores rodeados de funcionários públicos altamente qualificados. Cuidava-se dos problemas quando eles surgiam, quando eram submetidos aos juristas, que davam suas opiniões e escreviam livros, ou ao governo imperial, que respondia por édito. A ideia de que o Direito estava contido ou mesmo parcialmente oculto em algum livro antigo e tinha de ser verificado pelo método exegético era inteiramente estranha ao mundo romano. Roma tampouco emitiu códigos, como fez a Europa moderna, apesar de realmente ter produzido coletâneas privadas ou oficiais do material solenevante. Um exame da história mundial do Direito logo revela que a maioria das civilizações produziu seu Direito como fizeram os romanos e os ingleses, elaborando novas ideias, técnicas e regras ou, se isso fosse evitado, novas ficções, para satisfazer as necessidades práticas à medida que surgiam e os tempos em mudança que o exigissem.¹² Apenas o continente europeu, na Idade Média, veio a tratar o Direito como uma revelação atemporal contida em um livro sagrado: o *Corpus Juris* e o *Cole Civil* tornaram-se as bíblias dos juristas. Como a perfeição jurídica estava corporificada neles e como o *Corpus Juris*, em particular, era *ratio scripta*, "razão escrita", assim a ciência jurídica — e ela era antes uma ciência livreira que a arte de um praticante — estava baseada em grandes textos autorizados e podia ser constituída só de glosas e comentários.¹³

Se essa era a melhor maneira de desenvolver e estudar o Direito pode continuar a ser uma questão em aberto aqui, mas, na escala da história mundial, ela certamente foi uma maneira excepcional e notável de fazer as coisas. Apenas o Direito judeu e o muçulmano parecem comparáveis: para esses outros dois "povos do livro", "o Direito também era um desenvolvimento e uma glosa do único grande livro da Revelação. Mas há diferenças: os Direitos judeu e muçulmano contêm mandamentos religiosos, e sua ciência jurídica nunca foi separada do contexto religioso original nem conheceu o equivalente dos códigos racionais dos séculos XVIII e XIX na Europa. O *Corpus Juris* e a ciência engida sobre ele eram jurídicos, não religiosos, e se o Direito eclesiástico pode ter sido considerado por alguns como parte da teologia, nunca houve nenhuma ideia de que a faculdade de Direito civil pudesse ser considerada parte da faculdade de teologia. Há outra importante diferença no fato de que tanto o Direito judeu quanto o muçulmano eram baseados no mandamento divino, ao passo que o *Corpus Juris*, na Idade Média, não tinha nenhuma outra autoridade que não a sua qualidade intrínseca. Ele fora emitido como Direito por Justiniano em um tempo em que a autoridade imperial desaparecera no Ocidente, e seus sucessores medievais nunca proclamaram o *Corpus* como Direito em seus territórios, muito menos na Europa ocidental inteira. Se ele era supremo, não era *ratione imperii*, mas *imperio rationis*, isto é, não por causa de algum comando imperial, mas por incentivo da razão. É surpreendente e provavelmente único que o mundo medieval tenha repentinamente aceitado como sua autoridade final o grande livro de Direito de uma sociedade que se fora séculos antes e reformulado inteiramente o seu próprio Direito por meio das glosas, disputas e comentários escolásticos sobre essa venerável reliquia de um mundo desaparecido. Vista sob essa luz, parece muito mais normal a maneira inglesa de desenvolver as regras existentes, modernizando os tribunais e seu processo e gradualmente erigindo nova casuística ou recorrendo ocasionalmente ao legislador, mas, quanto ao resto, permitindo que os profissionais realizem sua tarefa diária de arguir e julicar. Portanto, parece que — se houve divergência ou mesmo desvio — foram os continentais que divergiram e os ingleses que seguiram o caminho comum.

Capítulo 4

O QUE É MELHOR: O DIREITO DOS PRECEDENTES, O DIREITO DAS LEIS OU O DIREITO DOS LIVROS?

Até aqui foram discutidos o passado e a questão de quando e por que tiveram origem o *common law* e o *civil law*, e quando e por que juizes, legisladores ou acadêmicos dominaram a cena jurídica. Não se perguntou qual dessas abordagens era a melhor — em outras palavras, a discussão não foi além de proposições livres de juízo de valor. Muitos historiadores acreditam que deve ser assim: a tarefa do historiador é descrever e, se possível, explicar o que aconteceu, não dizer ao seu leitor que lições ele deve tirar do passado. Existem, na verdade, inúmeros livros e artigos descrevendo a organização de governos e tribunais em uma infinidade de países e períodos, mas, apesar de entrarem nos detalhes mais minuciosos, o leitor pode ter certeza de que não lhe será dito qual bom esse governo específico foi para o povo em questão. Trata-se de uma questão filosófica, uma decisão política subjetiva, e isso é tabu no trabalho histórico acadêmico. Apesar de não ser difícil perceber muitas boas razões para essa postura, é um desejo legítimo da parte do leitor querer que o historiador, que presumivelmente conhece melhor o passado, também tente responder algumas perguntas a respeito das lições a serem extraídas das experiências da humanidade. É bem sabido que a Escola Histórica foi censurada por juristas destacados por ser "no fim, estéril, pois não poderia coerentemente colocar diante dos homens nenhum objetivo pelo qual eles devam se esforçar" e que, "na verdade, o método histórico chega à justificação do que é simplesmente afirmando que é".

O que a história nos ensina sobre as vantagens e desvantagens das formas de governo que nossos ancestrais usaram ou pelas quais passaram? Como me parece uma pergunta razoável para um historiador jurídico, esforçar-me-ei para dizer algumas coisas a respeito do valor específico da legislação, da casuística e da ciência do Direito, como revelado pelo estudo do passado.