

Seu T - Org-Dir 1

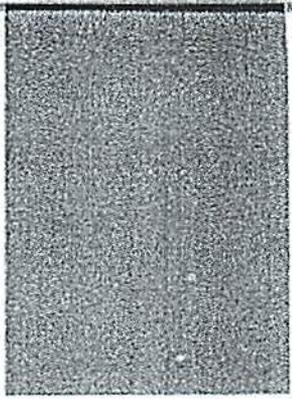
COLEÇÃO TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO
COORDENADA POR RONALDO PORTO MACEDO JR.

R. C. van Caenegem

JUIZES, LEGISLADORES E PROFESSORES



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



Tradução
Luís Carlos Borges
Revisão Técnica
Carla Henneke Bevilacqua



Do original: *Judges, legislators and professors: Chapters in european legal history*
Tradução autorizada do idioma inglês do edição publicada por Cambridge University Press
© Cambridge University Press, 1987
© 2010, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do editor, poderá ser reproduzida
ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos,
gravação ou quaisquer outros.

Editoração Eletrônica: SBNlight Artes e Textos Ltda.
Copidesque: Pamela Andrade
Revisão Gráfica: Emídio Maria de Brito
Coordenação Acadêmica: Ronaldo Porto Macedo

Elsevier Editora Ltda:
Conhecimento sem Fronteiras
Rua Sale de Selambro, 111 – 16º andar
20050-006 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – Brasil

Rua Quintana, 753 – 8º andar
04569-011 – Brooklin – São Paulo – SP – Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente
0800-0265340
soc@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-3216-5

Nota: Muito zelo e técnica foram empregados no edição desta obra. No entanto, podem ocorrer
erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a
comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou
encaminhar a questão.
Nem o editor nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou
perdas a pessoas ou bens, originados do uso desta publicação.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

C131

Coenegen, R. C. von
Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia:
polemicas Goodhart 1984-1985 / R. C. von Coenegen; tradução Luiz
Carlos Borges; revisão técnica Carla Henrieta Berliacqua. – Rio de Janeiro:
Elsevier, 2010.
(Teoria e filosofia do direito)

Tradução de: *Judges, legislators and professors: chapters in european
legal history*
Inclui índice
ISBN 978-85-352-3216-5

1. Direito comum – Grã-Bretanha – História. 2. Direito civil – Europa
– História. 3. Direito – Discursos, conferências, etc. I. Título. II. Série.

09-56623.

CDU: 340(410)

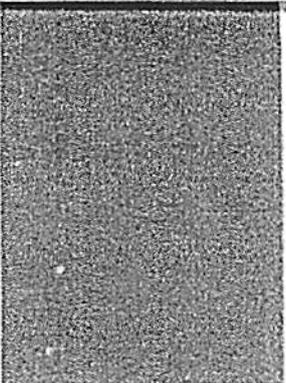
*Magistro Sociisique
Domus Sancti Petri
In Academia Cantabrigiensis*



COLEÇÃO TEORIA E FILOSOFIA DO DIREITO
COORDENADA POR RONALDO POSTO MACEDO JR.

R. C. van Caenegem

JUÍZES, LEGISLADORES E PROFESSORES



Tradução
Luis Carlos Borges

Revisão Técnica
Carla Henriete Bevilacqua

Preencha a **ficha de cadastro** no final deste livro e receba gratuitamente informações sobre os lançamentos e as promoções da Editora Compu / Elsevier.
Consulte também nosso catálogo completo e últimos lançamentos em www.elsevier.com.br



Do original: *Judges, legislators and professors: Chapters in european legal history*
Tradução autorizada do idioma inglês do edição publicada por Cambridge University Press
© 2010, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do editor, poderá ser reproduzida
ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos,
graveção ou quaisquer outros.

Editoração Eletrônica: SBNlight Artes e Textos Ltda.
Capitulação: Pamela Andrade
Revisão Gráfica: Emília Maria de Brito
Coordenação Acadêmica: Ronaldo Porto Macado

Elsevier Editora Ltda.

Conhecimento sem Fronteiras
Rua Sete de Setembro, 111 - 16º andar
20050-006 - Centro - Rio de Janeiro - RJ - Brasil

Rua Quiniano, 753 - 8º andar
04569-011 - Brooklin - São Paulo - SP - Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente
0800-0265340
sac@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-3216-5

Nota: Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer
erros de digitação, impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer dos hipóteses, solicitamos a
comunicação ao nosso Serviço de Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou
encaminhar a questão.

Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou
perdas a pessoas ou bens, originadas do uso desta publicação.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-N.A-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

C13j

Caenegem, R. C. van
Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia:
palestras Goodhart 1984-1985 / R. C. van Caenegem; tradução Luiz
Carlos Borges; revisão técnica Carlo Henrich Bevilacqua. - Rio de Janeiro:
Elsevier, 2010.
(Teoria e filosofia do direito)

Tradução de: *Judges, legislators and professors: chapters in european
legal history*
Inclui índice
ISBN 978-85-352-3216-5

1. Direito comum - Grã-Bretanha - História. 2. Direito civil - Europa
- História. 3. Discursos, conferências, etc. I. Título. II. Série.
09-5623.
CDU: 340(410)

*Magistro Sociisque
Domus Sancti Petri
In Academia Cantabrigiensi*

sem IV - Comentários

(1)

Capítulo 4 - O que é melhor: o Direito dos Precedentes, o Direito das Leis ou o Direito dos Livros? 89

Os juízes: amadores e profissionais 92

Os tribunais e seus criadores 101

Codificação: uma arma contra o judiciário 106

Os professores de direito servem os poderes vigentes 108

Oito critérios do bom direito 110

Referências 119

Índice Remissivo 139

Capítulo 1

O COMMON LAW É DIFERENTE: DEZ ILUSTRAÇÕES

Se o assombro é mãe da ciência, o assombro do jurista continental ao ser confrontado com o *common law* inglês deve ser um dos mais poderosos fatores no estudo científico do Direito (ao qual, no fim de contas, é dedicada a citadela Goodhart). Portanto, começarei com a apresentação de dez instituições jurídicas que exemplificam as abordagens diferentes do Direito inglês e do continental e, no decorrer, apresentarei algumas explicações ou, pelo menos, considerações históricas. Muitos outros exemplos poderiam ser selecionados, mas, seja por influência do sistema decimal, seja por reminiscências do declínio, dez parecem um número justo e não absolutamente fortuito. Como convém a um historiador jurídico, ocupar-me-ei do *common law* histórico ou clássico, porém, sem hesitar por completo várias modificações recentes que parecem estar eliminando a distância que separa o Direito inglês e a "família romano-germânica".

Alguns leitores podem, eles mesmos, ficar assombrados com esse assombro: não é natural que todo país tenha as suas próprias leis? Nos Estados Unidos, todo estado usufrui e até mesmo guarda suas próprias leis e, em alguns casos, até mesmo um código de leis! A isto pode se responder que a diferença entre a Inglaterra e o resto da Europa (inclusive, em boa medida, a Escócia) é muito mais profunda do que as diferenças entre os países continentais e os estados da América do Norte: não são apenas as leis sobre o divórcio ou sobre a velocidade máxima nas rodovias que são diferentes, mas toda a abordagem do Direito e a própria maneira de pensar juridicamente.

Ninguém se surpreenderá ao saber que a cultura chinesa produziu um sistema jurídico distinto, porque o mundo chinês é uma civilização distinta, não apenas no Direito, mas na religião, na ciência e na moral. O surpreendente no Direito inglês é ele ser tão distinto, embora a história e a civilização inglesas compartilhem com o continente todos os seus principais ingredientes nos mais

diversos campos. A língua inglesa é de origem germânica continental, enriquecida por acréscimos franceses e latinos. Sua história religiosa, nas suas fases católica e protestante, está claramente em uníssono com o desenvolvimento geral da história europeia, e o mesmo é verdadeiro para suas instituições políticas: a monarquia, o constitucionalismo e o parlamentarismo não se originaram na Inglaterra, nem foram exclusivamente ingleses em tempos posteriores. É o sistema jurídico que é singular: e, no caso, não prevaleceram meios-mediana; as diferenças são fundamentais.

A AMBIGUIDADE DO TERMO "LAW"

Para o jurista da Europa continental que atravessou o Canal da Mancha, as surpresas começam logo de início, com a própria palavra "law" (Direito, lei). Ele logo descobre o irritante fato de que esta única palavra inglesa pode significar duas coisas muito diferentes. Ela pode ser usada para um conjunto inteiro de regras jurídicas, buscadas na legislação, nos julgamentos ou na jurisprudência (como na expressão "the law of the land" — o Direito da terra) ou "the law says" — o Direito diz), para o caso em que ele usa os termos *das Rechts*, *le droit*, *il diritto* ou *el derecho*. Ela também pode ser usada para um ato editado pelo legislador (como na expressão "Parliament passed a law" — o Parlamento aprovou uma lei), caso em que o jurista continental usa *Gesetz*, *loi*, *legge* ou *ley*. Contudo, ao pensar sobre esta terminologia confusa e perplexa, satisfato, que sua língua dispõe de duas palavras típic, *leid* de admitir que a *fons et origo* de seu próprio Direito, a sabedoria jurídica *legem ignorare*, *lex* claramente significa *le droit*, mas as *leges* dos imperadores são claramente *das lois*. Ele também terá de admitir que os povos continentais usam a mesma palavra para os direitos objetivo e subjetivo (*le droit* em contraposição a *mon droit*), ao passo que os ingleses usam "law" para um e "right" para o outro.

Mas por que a língua inglesa usa a mesma palavra, "law", para duas noções tão distintas como a totalidade das normas jurídicas e um decreto específico?

Antigamente, o inglês usava duas palavras distintas para "the law" (no sentido de *le droit* ou *das Rechts*) e "a law" (*une loi*, *ein Gesetz*). Para o primeiro, para designar as leis costumeiras antigas, originalmente não escritas, dos povos germânicos,¹ o termo já não era compreendido no século XI e foi substituído nos manuscritos por *lags*. Para este mesmo significado também se usava o termo *right*, como no contraste entre *folcright* e *Gods right*, isto é, Direito secular e Direito

eclesiástico. Para *law* no sentido de legislação, *dem* era amplamente usado. Por exemplo, os dois termos contrastavam claramente nas Leis do Rei Ine de 688-95 d.C., que distinguem *folcs are e domas*, isto é, o Direito tradicional do povo e os decretos legislativos. Em séculos posteriores, encontramos para os segundas os termos *gerardnes e asertryss* (e também o verbo *asertan*), este último claramente aparentado com os termos alemães *Satzung e Gesetz*; assim, as Disposições de Oxford de 1258 foram chamadas *isertesnes*.

A confusão teve início com a introdução do ambíguo termo escandinavo *lagu*, que significava tanto a totalidade das regras jurídicas (como em *Denalaga ou Edwanti laga*) como um decreto legislativo. Ele aparece pela primeira vez nas Leis de Alfredo e Guthrum (880-90 d.C.) e de Athelstan (925 e 936 d.C.). Com o passar do tempo, *lagu* substituiu *re*, *right*, *dom*, *gerardnes* e *asertryss*, e, na forma "law", permaneceu no uso geral com os dois sentidos significativos. Assim, os dinamarqueses conseguiram uma vingança verbal menor pelas perdas territoriais da primeira metade do século X.² Os linguistas poderiam explicar como e por que tudo isso aconteceu: o historiador jurídico só pode expressar a surpresa de ver palavras átilas serem inexplicavelmente abandonadas à beira do caminho com o passar dos séculos.³

Uma consequência desta ambigüidade inglesa é que não sabemos sequer como traduzir uma expressão-chave como "the rule of law". Pessoalmente, eu me inclinaria a traduzi-la como *le régime du droit*, mas já a vi traduzida como *le régime de la loi*.⁴ Isto é um tanto surpreendente, já que, a meu ver, *the rule of law* se refere não apenas à lei promulgada, mas também às regras jurídicas de vários origens em que se baseia a proteção judicial ao indivíduo. Um recente trabalho francês a respeito do papel do Direito na democracia americana e francesa às vezes traduz "the rule of law" como *le régime de la loi* e às vezes como *la règle de droit*, substituindo novamente a perplexidade causada pelo ambíguo termo "law".⁵

O RECURSO: UM DESENVOLVIMENTO RECENTE

Assim que o jurista continental se aprofunda um pouco mais na história inglesa, revelam-se diferenças de natureza mais substancial. Assim, ao ler a história do processo judicial, ele descobre que o recurso, "no sentido continental (romano e moderno), foi ignorado na história do *common law*". O termo "appeal"

¹ Em português, "o governo ou o império da lei ou do Direito". Todavia, entre nós, entendem-se a expressão pela tradução "Estado de Direito". IN R.I.

² Oportuno pela tradução de "appel" por "recurso" tendo em vista que os termos "appel" ou "apelacão" referem-se, em português, a um tipo específico de recurso, diverso do sentido mais genérico da palavra inglesa. IN R.I.

era razoavelmente familiar, mas significava algo inteiramente diverso. Isto é, uma acusação criminal privada que normalmente conduzia ao combate judicial. O que hoje se entende por "appel", isto é, levar um caso a um juiz superior na esperança de obter uma sentença melhor era desconhecido na época clássica e, na verdade, foi introduzido no século XIX. Apesar de pertencer ao presente da prática corriqueira dos tribunais ingleses, há sinais ocasionais de que a antiga aversão ao recurso não está inteiramente morta. Pelo menos foi o que senti ao acompanhar um debate na Câmara dos Lordes em 1985, no qual a cláusula 22 do Projeto de Lei de Protecção de Delitos (sobre o qual falei mais tarde) foi rejeitada. A cláusula previa um tipo — muito enfraquecido — de recurso, permitindo que o Procurador-Geral submetesse à apreciação do Tribunal de Apelação certas sentenças (leuitantes) impostas pelo Tribunal da Coroa. Na sua história, o *common law* só conheceu duas instituições que se assemelhassem ao recurso de lege. Uma foi a acusação de falso julgamento dirigida contra um tribunal ou contra o júri, a outra foi o exame do registro do caso para descobrir um erro (mandado de erro e o mandado de certiorari), não se encontrando em jogo os princípios jurídicos nem os fatos do caso. O objeto do mandado de erro fica evidente no nome. O mandado de certiorari originalmente era uma técnica para instruir o tribunal superior, no curso de procedimentos errados, a respeito do processo no tribunal inferior. Contudo, também veio a ser usado para que os registros do caso fossem levados ao King's Bench antes de ser feito o julgamento, um procedimento comparável à *caveat* continental.

A ausência de um moderno procedimento de recurso foi uma característica de todo o Direito europeu até mais ou menos o século XIII. O Direito inglês e o continental então começaram a se distanciar, já que o primeiro conservou a tradição primitiva e o segundo começou a introduzir o processo moderno nas linhas da ciberna romano-cânica (produto do pensamento de Bolonha no século XII). Contudo, seria simplista atribuir a introdução do recurso único ou mesmo parcialmente ao exemplo lumbroso e ao irresistível fascínio intelectual da *Summa de ordine iudicario* (c. 1196) de Ricardo Anglico, da *Summa liberalium* (1213-17) de Bernardo de Dortra ou da enciclopédico *Spectulum iudiciale* (1272, 2ª. ed. c. 1287) de Guillaume Duranti. A introdução do recurso é um acontecimento político, já que implica a sujeição dos tribunais inferiores à autoridade dos tribunais superiores, o que é uma questão de política de poder. Os reis da França conseguiram estabelecer o *Parlement de Paris* como tribunal de recursos porque a unificação

* Atualmente, "Queen's Bench" é uma das divisões da Alta Corte Inglesa. Assim chamada porque, originalmente, os casos eram reportados ao rei em pessoa. [N.R.]

política do reino resultou na sujeição dos antigos governantes regionais — e seus tribunais — à autoridade real; portanto, era normal recorrer ao *Parlement* em Paris contra os tribunais de primeira instância nas províncias. Na Inglaterra, não havia tais tribunais provinciais de primeira instância: todos os juizes do *common law* pertenciam aos tribunais centrais do rei, de modo que o pré-requisito hierárquico para verdadeiros recursos estava ausente. Isto, muito mais do que o fato de que o *common law* ignorou as produções dos doutores holandeses, foi responsável por esta notável discrepância entre o *common law* e o *civil law*. Para as partes, tanto o sistema inglês como o francês tinham vantagens. O fato de um caso ser solucionado definitivamente em uma instância pelos juizes superiores do reino pode ser considerado uma dádiva. Acarretava, porém, uma centralização verdadeiramente notável de casos de todas as partes do país, o que causava inconveniência às partes e testemunhas. Na França, que era bem maior do que a Inglaterra, isto poderia ter sido um obstáculo intransponível. Daí ter sido uma solução razoável um sistema com tribunais locais de primeira instância e a possibilidade de recurso, quanto desejável, aos juizes superiores do reino.

O DIREITO INGLÊS COMO UMA "TRAMA INCONSÚTIL"

Juristas que gostam deste tipo de escavação no passado percebendo outra grande divisão, isto é, a natureza contígua do desenvolvimento jurídico inglês ou, em outras palavras, a ausência de grandes catastrófes como a experimentada pela França no tempo da Revolução. Certamente, a falta de interrupção no desenvolvimento jurídico inglês pode ser facilmente enfatizada em excesso na atmosfera profundamente conservadora do *establishment* jurídico inglês, sobre o qual Tocqueville disse o seguinte:

Enfim, não afirmo que todos os membros da profissão jurídica sejam em todas as ocasiões amigos da ordem e opoentes da inovação, mas meramente que a maioria deles geralmente é assim. Em uma comunidade na qual os juristas têm permissão para ocupar sem oposição o lugar elevado que naturalmente lhes pertence, seu espírito geral será naturalmente conservador e anti-inovador.⁴

Historiadores jurídicos famosos como Holdsworth inclinavam-se a ver toda nova fase da história não como uma inovação, muito menos como uma revolução, mas como "adaptação adicional" das antigas instituições. Talapouco é surpreendente que dispense pouca atenção a fases revolucionárias como o governo dos puritanos e aos seus planos inovadores e sensatos para a modernização jurídica. Portanto, Holdsworth julga um desperdício de tempo estudar o programa destes,

porque locais as suas novidades foram rejeitados com a restauração da monarquia, e Plucknett julga seus avanços "prematuros" e, portanto, não realmente dignos de estudo.⁷ Tudo depende do significado de "prematuro". Na verdade, algumas instituições e regras encontraram-se em tamanho descompasso com os tempos que encontraram uma frente de rejeição unificada, mas outras são prematuras apenas por causa de hábitos arraigados e direitos adquiridos firmemente estabelecidos: que objeção razoável poderia ser feita ao *desideratum* puritano de introduzir o inglês no lugar do francês jurídico nos tribunais ingleses? E, no entanto, ele foi rejeitado, como muitas outras coisas, quando o velho mundo retornou em 1660.

Faltas estas reservas, não se pode negar que, para o observador continental, acostumado a pensar em *ancien droit* e *droit nouveau* como mundos incompatíveis, o desenvolvimento jurídico inglês surge como um contínuo histórico. Não há nenhuma ruptura evidente, nenhuma rejeição por ataque da sabedoria jurídica de séculos, nenhuma divisão do Direito em uma era pré-revolucionária e uma era pós-revolucionária. No Direito inglês, o presente nunca está completamente isolado do passado e as suas raízes históricas são facilmente percebidas. Poderíamos até mesmo dizer que não há nenhuma distinção nítida entre o Direito e a história 1352, foi aplicada no século XX. Nisto, os juristas ingleses são muito como os seus predecessores romanos, os quais, como diz certa autoridade, "citam outros juristas como autoridade sem nenhuma consciência evidente de que algumas autoridades viveram séculos antes de outras": "as fontes romanas tratam o Direito de maneira intrinsecamente não histórica", sem nenhuma indicação de "que a passagem do tempo e novas ideias exercem qualquer efeito nas posturas diante das regras jurídicas".⁸ Com poucas exceções, "os juristas romanos não tinham interesse em se compararem com a história".⁹

Algumas vezes cogitou-se que esta aversão a uma ruptura total com o passado está enraizada no caráter inglês. Contudo, podemos contestar isso assumindo que não houve uma reserva de tal tipo que impedisse a nação inglesa de efectuar uma nítida ruptura com o seu passado religioso na época da Reforma. A ruptura entre a igreja medieval e a igreja pós-reforma na Inglaterra é tão profunda quanto a ruptura entre o *ancien régime* e o mundo pós-revolucionário na França.

A ausência de uma ruptura total na história jurídica inglesa ao longo dos últimos oito séculos não significa que não houve períodos de mudança: a história jurídica inglesa não é uma narrativa de absoluta estagnação. Na verdade, houve períodos em que a mudança foi particularmente marcada — no reinado de Eduardo I, por exemplo, quando todos os anos entre 1275 e 1290 testemunharam novas

e importantes leis (apesar de ter havido mais definição do que criação de Direito). A legislação dos Tudor foi ainda mais considerável e verdadeiramente inovadora,¹⁰ e, enquanto os puritanos mandaram, a metade do século XVII testemunhou mudanças realmente muito interessantes, ainda que a Restauração viesse a varrer a maior parte de suas reformas e planos. O século XIX, especialmente na década seguinte à Lei de Reforma de 1832, empreendeu a tarefa de modernizar com muita verve o "velho castelo gótico", apesar de ser verdade que o processo e a organização judicial foram mais afetados do que o Direito substantivo e, como demonstra o exemplo da legislação comercial, houve mais codificação do que inovação em certas áreas do Direito privado.

Ainda assim, nada nessa legislação jamais isolou o presente do passado nem teve tal intenção. O respeito por instituições antigas às vezes suplantou as considerações da lógica pura. Assim, no tempo da Lei de Jurisdição de 1873, o sentimento geral era de que o papel judicial da Câmara dos Lordes tinha de acabar, já que não havia nenhuma lógica na criação de uma Alta Corte e de um Tribunal de Apelação e na manutenção de ainda outra instância recursal acima desta. Contudo, para surpresa de todos e em circunstâncias ainda não muito claras, quando a Lei de Jurisdição de 1875 surgiu, a Câmara dos Lordes foi mantida como instância suprema recursal, acima do Tribunal de Apelação. Tampouco foi o seu papel o de um Tribunal de Cassação continental, que "rompe" o julgamento de um tribunal de apelação e envia o caso para que seja julgado por outro: a Câmara dos Lordes dá o seu julgamento e ele é final (exceto, atualmente, por recursos aos tribunais da Comunidade Europeia). Aos olhos continentais (e de muitos ingleses), esta construção dos tribunais de recursos, um em cima do outro, desafia a lógica e é apenas a veneração pelo papel judicial do Parlamento ao longo de muitos séculos que pode explicá-la — em outras palavras, como o juiz Holmes sustentou, "a vida do Direito não é a lógica, mas a experiência". Outro exemplo desta veneração pelo passado pode ser encontrado no papel — ou talvez devêssemos dizer no domínio — do precedente. A primeira coisa que os estudantes continentais ouvem no seu curso de Direito comparado é que o *common law* se baseia no precedente, mas poucos percebem como são antigos alguns dos precedentes. Sua idade real às vezes se revela apenas pela pesquisa cuidadosa, que pode muito bem mostrar como um julgamento do século XIX foi baseado, na verdade, em Blackstone, que obteve seu argumento em Coke, o qual o encontrou em Littleton e, finalmente, em Bracton. Este caráter atemporal do Direito inglês também tem como implicação o fato de que o desuso de um direito antigo não conduz necessariamente a sua extinção, embora algumas pessoas possam convergem-se do contrário. Uma boa

Ilustração desta ideia pode ser encontrada no grave conflito político que ocorreu no início do século XX, quando a Câmara dos Lordes repentinamente rejeitou um orçamento da Câmara dos Comuns, apesar de não ter feito isso por cerca de 250 anos e, aos olhos de muitos, ter perdido esse direito pelo desuso. Tudo isto demonstra que era mais seguro abolir antigos *ius expressis verbis*, como foi feito nas *Lets de Revogação*, as quais, por exemplo, mantiveram válidos apenas quatro artigos da Magna Carta.¹¹

O contraste com o continente é notável. No século XVI, a Alemanha "recebeu" o Direito civil, isto é, o antigo Direito romano e os comentários das escolas medievais. Foi uma decisão importantíssima, pois significava a substituição das leis costumeiras medievais pelas "leis doutras" (o Direito romano e seu irmão gêmeo, o Direito doutr da Igreja) — considerou-se que a mudança promovia a unidade política das "Alemanhas" e fornecia ao país, de um só golpe, o melhor ou, pelo menos, o mais douto sistema jurídico disponível. Mais radical ainda foi o efeito da Revolução Francesa, que não apenas varreu o antigo *droit*, mas toda a estrutura política: ela destruiu o *ancien régime*. A própria noção de um "ancien régime" é desconhecida na Inglaterra e podemos apenas especular sobre qual foi o momento em que "o antigo mundo" veio abaixo no país: foi na Reforma? Ou foi no tempo da Revolução Puritana e da execução do rei Carlos I? Ou na Revolução Gloriosa? Foi a Revolução Industrial que varreu "a velha Inglaterra" na Primeira Guerra Mundial? Não há nenhuma resposta clara e indubitável: o que é certo é que, na Inglaterra, como em outras partes, um antigo mundo desapareceu, mas não é tão fácil determinar o exato momento em que isso aconteceu.

A *Fabula rasa* criada pela Revolução Francesa, mesmo nos seus primeiros anos, foi muito radical: não apenas o feudalismo, o senhoralismo e os ditados foram abolidos, mas os Parlametos — inclusive o prestigioso *Parlement de Paris* — receberam férias permanentes. As antigas províncias — muitas remontando aos principados territoriais da era pós-carolíngia — foram abolidas, assim como as faculdades de Direito e os antigos tribunais de Direito, inclusive os das senharias e domínios feudais e, com eles, mil anos da história rural francesa. Muitos revolucionários queriam abolir o direito instrumetal: todos os conflitos entre cidadãos eram o resultado de descentramentos e não havia nada que a conciliação não pudesse endireitar. Contudo, na última década do século XVIII, vários códigos vieram a luz do dia. Eram textos antes filosóficos que jurídicos e não tiveram nenhum efeito duradouro. Eles fizeram a transição entre o Direito do antigo regime e os grandes códigos de Napoleão e, portanto, dizemos que constituem o *droit intermédiaire*. Os códigos de Napoleão eram muito menos radicais do que os

seus precursores e, na verdade, incorporavam muito do antigo Direito romano e costumeiro. Ainda assim, foram verdadeiramente revolucionários porque sua abordagem do Direito era nova, e o Direito antigo que sobreviveu assim o fez apenas porque e na medida em que encontrou seu nicho no *Code Civil* e nos códigos inenos famosos do Imperador dos Franceses.

Aqui, é adequado refletir por um momento sobre as consequências deste estado de coisas para a história jurídica como empreendimento acadêmico. Na França, a situação é entantadoramente simples. Os professores ensinam e escrevem sobre o "Direito romano". Isto é, o Direito da antiguidade que demonstrou com a vinda das nações germânicas (estas também costumavam ser chamadas "os bárbaros", mas europeus convergidos da segunda metade do século XX tornaram-se menos inclinados a brandir o termo insultuoso). Ao lado do professor de Direito romano está o professor de história jurídica: ele trata do desenvolvimento jurídico dos francos até a Revolução. Todos os outros membros da faculdade de Direito simplesmente tratam do "Direito". Isto é, dos grandes códigos napoleônicos e das mudanças graduais que eles sofreram até o presente. Assim, três períodos se delineiam clara e logicamente — o Direito romano até a queda do Império, a história jurídica até a queda do *ancien régime* e "o Direito", que se ocupa do presente, mas inclui o século XIX. Este último nem é visto como história jurídica e, portanto, é crucialmente negligenciado: é velho demais para o advogado praticante, mas não velho o suficiente para o historiador.

Na Alemanha, o estudo do passado jurídico é dominado pela "Recepção" do século XVI, que significou a transformação do Direito romano no Direito do país (com o paradoxal resultado de que, até hoje, o Direito alemão é mais romano e menos germânico do que o Direito francês). Desenvolveu-se uma escola de advogados que via naturalmente o estudo do *Corpus Iuris* e dos grandes comentaristas medievais como sua atividade adequada. Sua maior e mais recente glória foram os pandectistas do século XIX, assim chamados porque as *Pandectas* ou *Digesto* et alii, de longe, a parte mais importante dos antigos textos romanos. Para eles, o estudo do Direito romano não era um empreendimento histórico, mas dogmático, já que era parte integrante do Direito vivo de seu tempo e sua era. Contudo, nem todos os juristas da Alemanha ficaram satisfeitos com a abolição completa da herança nacional da idade Média e, nos séculos XVIII e XIX, houve agitação vigorosa a favor da fundação de um sistema verdadeiramente alemão, como um elemento da longamente desejada unificação da pátria. Portanto, os historiadores jurídicos alemães do século XIX estavam divididos em dois campos — cada um deles, por exemplo, com sua própria "seção" na prestigiosa *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*

— os romanistas e os germanistas. Ambos estudavam o passado nacional, mas concentravam-se em dois componentes diferentes (e praticamente incomparáveis): Alemanha e o Direito romano como desenvolvido na Idade Média, recebido na Itália e os costumes medievais e cartas de burgos como testemunhos verdadeiros do espírito jurídico alemão. Germanistas e romanistas não estavam separados apenas pelos interesses acadêmicos, mas também envolvidos em uma luta pelo futuro do Direito. Um dia, esperava-se, a Alemanha seria unificada e teria um código civil comum: ele seria alemão ou romano? Quando o código finalmente foi introduzido no último ano do século XIX, ele era uma mistura de elementos romanos e alemães (com predominância dos primeiros) e também continha muitos artigos derivados da Escola do Direito Natural (particularmente a "Parte Geral"). Este código civil também assumiu o lugar de todas as leis antigas, de modo que o Direito alemão e o romano tornaram-se o par que diversas dos historiadores jurídicos, e o estudo do novo código, a reserva dos professores de Direito, juizes e romanistas e historiadores jurídicos estavam interessados em diferentes períodos: na Alemanha, os romanistas e germanistas estavam interessados em sistemas de Direito distintos, mas coevos.

A situação na Inglaterra mais uma vez é diferente. Como o *common law* é uma "trama incoerente", todo jurista pode ter de levar em conta algum precedente ou decreto datando de séculos atrás (na verdade, até o tempo de Ricardo I, o limite fundidade os méritos de um caso pode ter de perambular pelos séculos e tornar-se um historiador jurídico ou, talvez devamos dizer, um jurista histórico. Sir Edward Coke, que talvez tenha sido o mais douto de todos os juristas do *common law*, baseou seus escritos e pronunciamento em inúmeros textos medievais, a maioria deles rolos de manuscritos, examinados por ele com infatigável zelo. Ele fez isso, porém, para encontrar o Direito tal como ele era e como devia ser aplicado e, ao fazer isso, às vezes tinha claramente a esperança de encontrar precedentes que servissem suas convicções jurídicas e políticas. Assim, ele, em algumas ocasiões, interpretou precedentes erradamente para sustentar seu argumento, como foi demonstrado com vários dos seus "precedentes" no Caso do Dr. Bonham (1610).¹² Isto demonstra que ele era mais um jurista com vasta erudição histórica do que um historiador: para ele o Direito vinha primeiro e a história era sua serva. Os famosos *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, são tão cheios de história e seu autor tem tamanha consciência do passado que a obra poderia

fácilmente ser chamada "História das Leis da Inglaterra". Contudo, está claro que o objetivo de Blackstone era o de um jurista, isto é, expor, explicar e exaltar o Direito inglês como a história organicamente o produzira. Os historiadores jurídicos estão interessados nas origens e no desenvolvimento das instituições tal como surgem nos textos de séculos passados: eles não querem, em primeiro lugar, verificar uma ideia em um debate jurídico. Isto não significa dizer que eles não estejam "engajados": eles podem querer afirmar uma ideia política.

O leitor não deve esquecer que historiadores "neutros", que, de início, não tem uma mensagem religiosa ou política, são um fenômeno recente e, mesmo hoje, estão longe de ser a regra. Na escala temporal universal, os historiadores que, como Ranke, querem narrar "o que realmente aconteceu" com objetividade científica e sem tomar partido, são uma espécie muito recente. Por muitos séculos, os estudiosos serviram uma dinastia, uma Igreja ou um partido, alguns cinicamente, outros com real convicção. Isto se aplica aos primeiros historiadores jurídicos na Inglaterra. John Selden, que publicou a primeira história de tal tipo em 1610, tinha um interesse universal no Direito; era um comparatista, além de historiador, mas suas convicções parlamentaristas e anticlericais coloraram sua pesquisa histórica. Sir Matthew Hale, outro jurista erudito do século XVII, tinha uma mensagem clara para os leitores da sua *History of the common law*. Era uma mensagem de orgulho nacional pela soberania histórica da Inglaterra e, se isto implicava negar que Guilherme, o Conquistador, fora um conquistador e a Conquista uma conquista, então, ele não hesitava em fazê-lo — e nos termos mais enfáticos. Perturbava-o particularmente a noção de que a ascensão de Guilherme I, muitas vezes chamada *Conquestus Anglie*, fora realmente uma conquista "que alterou ou poderia alterar as leis desde então ou impor leis no povo *per ineluctam conquestus ou jure belli*". Então, como algumas pessoas ignorantes e preconceituosas haviam considerado esta noção, o autor anunciou que ele "as rasgaria e exporia todo o negócio desde baixo".¹³ Na primeira metade do século XIX, encontramos historiadores jurídicos, como John Reeves (falecido em 1829) e George Crabb (falecido em 1851), que escreveram em uma veia puramente antiquária, arrumando os seus dados em um esquema cronológico simples e cautelosamente citando suas fontes a cada passo: suas obras carecem de visão e são desitadas de qualquer mérito literário. Naturalmente, foi com Maitland que se abriu uma era nova e moderna para a história jurídica inglesa. Ele era jurista por instrução, mas historiador por vocação. Tinha pleno conhecimento do progresso da moderna historiografia crítica do Continente, possuía uma visão ampla e um estilo vívido e imaginativo. Como não tinha nenhum interesse pessoal, queria apenas descrever o passado

com a maior exatidão e abrangência possíveis.¹⁴ Ele certamente foi o fundador da moderna história jurídica inglesa, mas a atividade dos historiadores jurídicos em tempo integral na Inglaterra não muda o fato de que o Direito inglês — e particularmente o *common law* — é um continuo que se estende pelos séculos. Não é concebível um livro didático moderno sobre o Direito inglês sem extensos capítulos históricos, e alguns são de natureza quase inteiramente histórica:¹⁵ o Direito inglês é o produto da história, muito mais do que qualquer sistema baseado em uma codificação que rompa nitidamente o desenvolvimento orgânico de séculos.

Se a Inglaterra não tem conhecimento de uma divisão absoluta entre juristas e historiadores jurídicos, ela igualmente ignora uma distinção entre romanistas e germanistas ou qualquer outra divisão *ratione materiae*. Isto porque o *common law* é tão predominante que os outros elementos da história jurídica inglesa, como o Direito romano e o eclesiástico, são fenômenos marginais. O estudo do Direito romano conquistou real importância apenas na medida em que era relevante para o *common law*. Assim surgiu a controvérsia sobre o papel do Direito romano na questão — em boa parte provocada por Mehlend — de dizer se o *common law* alcançou alguma vez esteve em perigo no tempo da Renascença, quando alguns poucos bárbaros e adotar o *Corpus juris*, que estava se tornando o Direito comum de toda a Europa civilizada.

A REGRA DE EXCLUSÃO

Os juristas cujo interesse é não tanto a história, mas o exame do funcionamento da mente judicial, descobrirão outro contraste entre as posturas inglesa e continental no caso da surpreendente — para os continentais — regra de exclusão. Pode não haver nenhuma outro campo em que a "empedrida exclusividade" do *common law*, "que desdenha a fraternidade com o saber mais polido dos civilistas" (como disse Sir Frederick Pollock em sua aula inaugural em Oxford em 1883), seja mais notável e estranha. A regra de exclusão obriga os juizes à letra da lei (*statute*) e os impede de examinar outros textos — como debates parlamentares e relatórios de comitês — para descobrir a intenção do legislador. No continente, os alunos aprendem a ir além da letra da lei se houver dúvida quanto à interpretação desta e a consultar *travaux préparatoires* e textos similares para descobrir o verdadeiro significado da lei, isto é, a intenção do legislador. Isto é exatamente o que se espera que o Judiciário inglês não faça: a interpretação de uma lei escrita deve ser realizada seguindo antigas técnicas judiciais de interpretação literal das suas *ipsissima*

verba e parar por aí. Se isto conduz a um resultado contrário ao que o legislador pretendia, paciência: o legislador devia ter redigido seu texto com mais cuidado. A ideia por trás dessa postura, que foi uma criação da magistratura, é a de que ela é a melhor salvaguarda contra a incerteza jurídica. O legislador é um ministro de muitas cabeças e é difícil descobrir as reais intenções das centenas de parlamentares que votaram a favor de uma lei, mas o texto desta, segundo o parágrafo, é incontestável e certo. A consequência lógica da doutrina da exclusão deve ser a de que o legislador é a última pessoa a quem se deve recorrer para entender o verdadeiro significado da lei é o que na verdade disse Lord Halsbury em 1902:

"Na interpretação de uma lei, creio que a pior pessoa que pode interpretá-la é a pessoa responsável por sua redação".¹⁶ É interessante especular se o autor desse pronunciamento tinha conhecimento dos pronunciamentos exatamente opostos nos "Direitos escritos comuns" do continente. Ambos são tão explícitos quanto Halsbury, pois o Direito civilista diz "gus est interpretari aius esse canere" e o Direito canônico diz "unde jus proli, interpretatio queque procedat".¹⁷ Estes dois pronunciamentos, a propósito, revelam a venerável antiguidade da abordagem continental da questão. Mas a doutrina inglesa, ainda que seja, na sua severidade clássica, um produto do século XIX, também pode reivindicar grande antiguidade. Parece recuar aos tempos medievais, quando os juizes eram consultados pelo legislador na redação das leis. "Não glossem o estatuto: nós o conhecemos melhor que você, pois foi nosso trabalho", disse Hengham, C.J., aos advogados que discutiam o Segundo Estatuto de Westminster.¹⁸

Não história posterior, quando os juizes não eram mais consultados nessa redação, eles, não obstante, continuaram a considerar-se os melhores intérpretes das leis. Fizeram-no, porém, seguindo regras estritas, em grande parte desenvolvidas pelos tribunais, mas incorporadas nas leis, como a Lei de Interpretação de 1978,¹⁹ cujo comentador, F. A. R. Bennion, expôs cuidadosamente as críticas à noção de que o parlamento pode ter uma "intenção" e tentou refutá-las.²⁰ A partir da década de 1970, a doutrina de exclusão, que teve seu apogeu por volta de 1900, tem sido cada vez mais atacada. A última exposição clássica foi oferecida por Lord Lloyd of Hampstead, que não tem nenhuma paciência com o próprio conceito de "intenção legislativa". "O que é isso?", ele perguntou. E respondeu: "o mínimo de reflexão deixa claro que o legislador não existe... Um legislador não tem intenção nenhuma no que se refere a palavras que outros dois ou três redigiram, que um número considerável rejeitou, e... a maioria pode ter ideias e crenças diferentes".²¹ Quando a legislatura profere as palavras de uma lei, outro autor escreve: "é *finchis officio*";²² os materiais preliminares não têm nenhuma

relevância. O fato de que o resultado desta interpretação às vezes foi incompatível com a clara intenção do Parlamento não estremeceu a convicção dos juizes.²¹ Pelo menos, não estremeceu a convicção de alguns deles; outros tornaram-se críticos da velha doutrina, e a presente tendência é claramente o afastamento desta em favor da abordagem continental. Ninguém se surpreenderá ao descobrir Lord Denning entre tais críticos;²² e de não é uma vez clamando em deserto, pois o professor Friedmann fala da "colaboração solitária" dos tribunais com a legislação.²³ E o professor Stein escreve que os juizes passaram a aclarar "que eles devem prestar mais atenção do que fizeram até agora nos objetivos e propósitos de uma lei em relação ao seu pano de fundo social... Eles podem, por exemplo, examinar os relatórios da comissão em que a lei se baseou para descobrir mais a respeito dos seus propósitos do que transparece no próprio texto legal".²⁴

Era justamente este tipo de envolvimento na "política" que a regra de exclusão queria evitar.²⁵ Não apenas um novo e espontâneo discernimento tem estado em atuação no judiciário, mas o ingresso britânico no Tratado de Roma sem dúvida também desempenhou o seu papel: a Seção 3 da Lei da Comunidade Europeia de 1972 exige que os tribunais ingleses interpretem as disposições dos instrumentos da Comunidade segundo a maneira dos tribunais europeus, o que significa que devem atender para o propósito e intenção dos textos relevantes.²⁶ Apesar de todo esse "modernismo", é interessante descobrir em pronunciamentos bem recentes que a antiga ideia de exclusão sobreviveu nas mentes de alguns juizes importantes, mesmo que, talvez, não formulada tão ostensivamente como costumava ser. Refiro-me ao pronunciamento de Lord Reid em *Black-Clawson International v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg* (1975): "Muitas vezes dizemos, que estamos procurando pela intenção do parlamento, mas isso não é inteiramente preciso; estamos buscando o significado das palavras que o parlamento usou: não estamos buscando o que o parlamento quis dizer, mas o verdadeiro significado do que eles disseram".²⁷

UMA TERRA SEM CONSTITUIÇÃO?

O jurista interessado em Direito público e que cresceu com a constituição de seu país ao alcance da mão ficará surpreso ao descobrir que a Grã-Bretanha consegue ser um *Réchtsstaat* sem possuir tal texto fundamental. Quando dizemos que a Grã-Bretanha não tem constituição não estamos apenas dizendo que ela não tem uma constituição escrita, mas que realmente não tem nenhuma constituição, no sentido de que não existem leis "fundamentais" especiais que não possam ser abolidas ou modificadas pelo parlamento como qualquer outra lei,

através dos canais costumeiros e com a maioria comum exigida para qualquer ato de legislação. A história, mesmo recente, é testemunha de que, por exemplo, não há nada nem ninguém que impeça o parlamento de suspender o *habeas corpus* ou o julgamento por júri em qualquer parte do Reino Unido por qualquer prazo, embora ambas as instituições sejam muitas vezes descritas como um direito constitucional por nascimento. Não há, portanto, como escapar ao pronunciamento de uma autoridade como J. W. Cougl: "O Direito é fundamental quando não pode ser alterado ou revogado por procedimento legislativo ordinário. Hoje, na Grã-Bretanha... o parlamento é uma legislatura soberana e, portanto, não há nenhum Direito fundamental nesse sentido na moderna constituição britânica."²⁸

O europeu continental, acostumado a constituições escritas que não são facilmente modificadas, e o cidadão americano, cuja constituição é ainda mais difícil de modificar, ficam surpresos ao descobrir que até hoje não há na Grã-Bretanha nenhuma Carta de Direitos (*Bill of Rights*), nenhum catálogo de liberdades fora do alcance do todo-competente e mesmo todo-poderoso parlamento em Westminster. Esse mesmo parlamento pode, naturalmente, modificar ou abolir todos os costumes e precedentes judiciais, pois tal é o significado de sua onipotência. Está claro, portanto, que essa ausência de uma Carta de Direitos sugrada é uma consequência direta da soberania do parlamento, especialmente da Câmara dos Comuns. Pelo vés dos Tratados Europeus de Direitos Humanos, certos direitos estão garantidos na Grã-Bretanha, como nos outros estados signatários, e foram alcançados do parlamento, mas, no contexto jurídico puramente inglês, a ausência de uma Carta de Direitos é um fato. Isso não tem nenhuma relação com o *common law*, pois os Estados Unidos da América pertencem predominantemente ao mundo do *common law*; lampouco tem algo a ver com vínculos ou ideais da Comunidade Britânica, já que o Canadá tem uma Carta de Direitos.²⁹ Tampouco tem algo a ver com alguma falta de amor à liberdade na Grã-Bretanha, onde a luta por liberdade pessoal contra reis excessivamente poderosos é um verdadeiro leitmotiv histórico. É na história das instituições políticas inglesas que pode ser encontrada a explicação para esta patente anomalia no mundo ocidental de hoje.

A teoria da soberania parlamentar, isto é, de que o parlamento é uma legislatura absolutamente soberana, é construída sobre dois pilares. O primeiro é que nenhum parlamento pode obrigar um futuro parlamento ou ser obrigado por um parlamento anterior. Não há nenhuma lei que o parlamento não possa fazer ou desfazer e nenhuma consideração de moralidade ou Direito natural pode prevalecer frente a uma lei dada emanada de Westminster. O segundo é que nenhum juiz pode condenar uma lei e recusar-se a aplicá-la sobre o fundamento de que é

incompatível com a constituição ou os princípios fundamentais do *common law*: isso seria usurpação da função legislativa pelo judiciário. Como bem se sabe, esta presente doutrina recebeu expressão clássica no século XIX, no trabalho de A. V. Dicey,¹² professor da cátedra vicariana de Direito na Universidade de Oxford. Sua origem histórica, porém, pode ser encontrada um século antes. Sir Edward Coke, no século XVII, ainda sustentava que leis contrárias à razão e aos princípios fundamentais do *common law* eram írritas e nulas. Ele tinha medo de poderes absolutos, fossem eles investidos na coroa ou no parlamento, e queria colocar ambos "sob o Direito". Naturalmente, ele tinha plena consciência do absolutismo monárquico, pois, na era Tudor, a coroa "descolou" que o parlamento podia ser usado como um motor revolucionário de autoridade despótica sob formas constitucionais,¹³ mas não devemos esquecer que Francis Bacon chamara o parlamento "supremo e absoluto".¹⁴

Blackstone, porém, no século XVIII, expressou a crença geral quando disse que nenhuma consideração podia prevalecer contra as leis: elas tinham de ser obedecidas e aplicadas, por mais irrazoáveis que fossem. Isso é ainda mais notável porque ele expôs sua opinião justamente no momento em que os colonos americanos professavam sua crença na teoria de Coke e colocavam o parlamento abaixo, não acima das leis e liberdades dos cidadãos — como consequência, a juízo judicial da constitucionalidade das leis. A divergência entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos só pode ser entendida à luz da situação política da época. Coke tinha razões para temer um rei absoluto e seu parlamento, e era compreensível que os americanos não quisessem ficar inteiramente sujeitos a um parlamento que os deixava sem lhes conceder representação. Os proprietários britânicos, porém, não tinham nenhuma razão para ter medo das Câmaras de Westminster, compostas de homens de sua própria classe: os Lordes e os representantes escolhidos da pequena nobreza e dos burgueses bem-sucedidos não atacariam nenhum interesse básico de seus colegas proprietários e eleitores. O credo de Blackstone só foi desafiado no século XX, quando duas importantes mudanças tiveram lugar: a democratização da Câmara dos Comuns (por meio do sufrágio universal) e o rebajamento da Câmara dos Lordes, ainda hoje principalmente hereditária, a um papel secundário no processo de decisão.

Uma câmara única e onipotente, elida pelas massas, provoca em muitas pessoas um sentimento de insegurança e, portanto, não é surpreendente que Carli de Direitos, que seria um baluarte inexpugnável contra as extravagân-

cias da câmara elita. Mas, embora forças da esquerda e da direita aclamem tal Carta,¹⁵ surge uma grande divergência tão logo se pergunta quem devem ser os garantidores do respeito a uma Carta de Direitos, pois a esquerda não gosta da ideia de que o judiciário (visto como uma força conservadora) seja o árbitro da constitucionalidade das ações do parlamento. O debate sobre todos esses aspectos está em pleno andamento, particularmente desde que Lord Hailsham, então o principal porta-voz sobre questões do Ministério dos Negócios Interiores, antes da eleição de 1970, escreveu um notável panfleto, *New Charter*, pedindo a convocação de uma Conferência Constitucional e a aprovação de "uma nova Carta de Direitos" pela qual, exceto em ocasiões de emergência, o parlamento limitaria os seus direitos de legislar em detrimento de direitos individuais ou regionais. E, em 1976, ele fez um apelo público a favor de uma constituição escrita e de limites à posição todo-poderosa do Parlamento, que, ele disse, tornara-se virtualmente uma ditadura elita.¹⁶ Sua proposta avançou pouco. Alguns juristas argumentam que uma Carta de Direitos é uma impossibilidade jurídica, já que o único limite ao poder legal do parlamento é que ele "não pode diminuir a sua soberania contínua", em outras palavras, sua "omnipotência jurídica contínua".¹⁷ Outros argumentam que ela é superflua, já que o respeito pelo Estado de Direito (*rule of law*), imposto pelos juízes, é garantia suficiente contra a tirania do parlamento e a favor da proteção dos direitos do cidadão.¹⁸ Os políticos, isto é, os parlamentares, naturalmente não se sentem inclinados a reduzir seu poder e a transferir o controle do Direito ao judiciário. Pois não pode haver dúvida de que uma constituição escrita, acompanhada pelo poder pesadamente a favor da magistratura, dade das leis, incluíria a balança do poder pesadamente a favor da magistratura, de modo que, nas palavras de P. S. Atiyah, "os juízes se tornariam os árbitros finais dos poderes do parlamento".¹⁹ Não fosse por este jogo de poder, a noção de uma Carta de Direitos teria tido mais penetração, pois o argumento teórico a favor de sua promulgação é muito forte, já que, novamente nas palavras de Atiyah, trata-se simplesmente da ideia de que há "certos direitos humanos básicos que não devem estar à mercê de um governo ou legislatura": não se pode pressupor que as pessoas concederem poderes despoticos e ilimitados apenas porque elegeram um parlamento.²⁰

Não é apenas a ameaça de uma Câmara dos Comuns ditatorial que alarmou algumas pessoas da opinião pública, mas também o fato de que o parlamento se tornou um verdadeiro legislador, produzindo, entre ano, sai ano, uma massa interminável de nova legislação. Não costumava ser assim e, no século XVIII, notavelmente, quando Blackstone não se sentia alarmado com a soberania par-

lamentar, a legislação era considerada uma atividade marginal do parlamento, composta em boa parte de caprichosos projetos de lei de membros privados a respeito de questões criminais e leis para o fechamento de campos. Foi assinalado recentemente que, no século XVIII, o Direito não era considerado algo que se fizesse, ele simplesmente existia e, portanto, as leis eram meros "ajustes marginais do estado de coisas reinante"¹¹ além disso, muitas pessoas ainda sustentavam que o parlamento estava sob o Direito e que o Direito não podia ser manipulado.¹² Estas ideias ainda eram amplamente sustentadas um século depois. Lord Melbourne, um ministro favorito da rainha Vitória, adotava a visão de que decretar legislação era "apenas um dever subsidiário e ocasional do parlamento".¹³

Se alguma das existia uma Carta de Direitos britânica é questão de especulação, não de história. O historiador jurídico, porém, não pode deixar de se surpreender com certas similaridades entre a provação britânica e a da Igreja Católica. Pois, também no caso desta, surgiram em tempos recentes vozes a favor da promulgação de uma constituição (incluindo um capítulo intitulado *de Christianibus et juribus eorum*), mas, da mesma maneira, o avanço da ideia, lançada na esdrá do Concílio Vaticano II, parece ter diminuído de ritmo ou mesmo parado. O problema é que nada na tradição da Igreja pede ou mostra o caminho para uma Carta de Direitos.¹⁴ Na tradição inglesa, tampouco há muita coisa que aponte nessa direção, mas, do ponto de vista de um medievalista, deve-se refletir ao leitor o fato de que, no parlamento de 1369, foi assentado e acordado que "a Grande Carta e a Carta da Floresta sejam guardadas e mantidas em todos os pontos e se for feito uma lei em contrário, ela será considerada nula".¹⁵ Sabemos, aí de nós, que várias Leis de Revogação deixaram apenas quatro artigos da Magna Carta no Livro de Leis.¹⁶

Não surpreenderá ninguém que, nos dias febris do século XVII, várias opiniões sobre a soberania popular foram emitidas. Alguns autores sentiam-se perturbados pela ideia de que o parlamento é "culpado de exercer um poder arbitrário se seus procedimentos não forem regulamentados por leis escritas, mas por leis escritas, mas outros acreditavam que a ideia do parlamento limitado por leis escritas era "destrutiva e absurda".¹⁷ Alguns, como John Whitehall, em 1679, sentiam-se particularmente perturbados com a ideia de que o *common law* pudesse ser dominado pelo parlamento, o que significava colocar todas as propriedades dos homens em incerteza e confusão, de modo que o *common law* e, com ele, a propriedade afundassem e "que o mais forte ficasse com tudo".¹⁸ E assim prossegue o debate!

AS CONSEQUÊNCIAS DO ABSOLUTISMO PARLAMENTAR

Uma consequência lógica do absolutismo parlamentar, como já foi brevemente indicado, é a ausência da revisão judicial de constitucionalidade na Grã-Bretanha. No sentido mais amplo, "revisão judicial" significa qualquer controle por um corpo judicial superior, incluindo, por exemplo, o procedimento do recurso; no sentido mais estrito, que é o sentido usado aqui, revisão judicial significa o controle exercido pelos tribunais de Direito sobre o caráter constitucional da legislação, implicando o poder dos juizes de anular leis (ou deter a sua aplicação) por serem contrárias a algum artigo da constituição. Hoje, muitos países ocidentais têm a revisão judicial — exercida por uma suprema corte com competência geral, ou por um tribunal constitucional específico — e ela é considerada uma marca da democracia. Por conseguinte, sua ausência na Grã-Bretanha, com suas conhecidas tradições democráticas, merece atenção especial. Mais ainda porque ela existe nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico baseia-se em grande parte no legado inglês, e porque ela também é praticada em muitos países europeus, cujas instituições políticas também carregam a marca britânica. Antes de adentrarmos as circunstâncias históricas que levaram a divergência americana frente à prática britânica, pode ser útil assinalar que, apesar de, num sentido mais amplo, a revisão judicial poder ser considerada parte integrante da prática constitucional americana, ela não se encontra explicitada na constituição americana. A revisão judicial foi estabelecida pela prática dos tribunais: isto é, quando a Suprema Corte supôs que possuía esse poder, no caso de *Marbury v. Madison* em 1803, no tempo do juiz Marshall. Isto não significa que a Suprema Corte repentinamente usurpou um poder que ela não tinha sob a constituição: muitos juristas e políticos tinham debatido o problema e havia um forte sentimento de que o espírito da constituição subordinava o legislador aos seus dispositivos. O julgamento de 1803 foi preferido e aceito sob essa luz.¹⁹

Aqui, é interessante apontar outro país que enfrentou exatamente o mesmo problema, não muito depois de *Marbury v. Madison* — o reino da Bélgica, que fizera para si uma constituição moderna e liberal em 1831. Essa lei fundamental não continha uma palavra sobre revisão judicial, de modo que, também na Bélgica, foi deixado aos tribunais, e particularmente ao Tribunal de Cassação, decidir se eles deviam exercer ou não a revisão judicial. Não muito depois de sua promulgação, em 1849, o supremo tribunal de Direito da Bélgica decidiu que a revisão judicial não era de sua competência, e a responsabilidade final pela constitucionalidade das leis foi deixada ao legislador. É interessante refletir sobre esta diferença entre dois países que tinham constituições liberais recentes, baseadas no princípio da

separação de poderes. Em ambos os casos, um precedente criado pelo tribunal supremo decidiu que caminho (e, em ambos os casos, a prática criada por esses primeiros casos permaneceu firme até o presente) e, contudo, em um país a revisão judicial foi introduzida e no outro foi rejeitada. Especular sobre as razões para essa divergência não é um passatempo ocioso, já que podemos ensinar algo sobre a influência britânica naquele tempo. Na verdade, creio que a divergência belgo-americana se deve antes a circunstâncias históricas que aos méritos intrínsecos do caso: existiram e existem argumentos a favor e contra a revisão judicial. O argumento a favor, naturalmente, é a consideração de que todos os órgãos de Estado, sem exceção o legislador, devem estar sob o Direito e obedecer à constituição e que o judiciário está em melhor posição para decidir se um decreto específico é contrário ou não à constituição (trala-se, afinal, de um debate jurídico sobre um texto jurídico). Os argumentos contrários são o risco do envolvimento judicial na luta política partidária e a ideia de que os representantes escolhidos da nação estão em melhor posição de assumir a responsabilidade final pelas leis que aprovaram (se elas violam a constituição, a reação normal do eleitorado deve ser sua dispensa nas eleições seguintes).²⁰ Em termos puramente políticos, naturalmente, a opção entre os dois cursos diz respeito ao poder: é a questão de determinar se os legisladores ou os juizes devem ter a palavra decisiva no Estado e, aqui, em última análise, é que se encontra a razão para a diferença belgo-americana! Pois, embora a constituição belga contenha poucos empréstimos literais da Grã-Bretanha,²¹ ela foi muito inspirada pelo seu espírito e, como foi visto, já no século XVIII esse espírito dava preferência a um parlamento soberano e registrava a revisão judicial. Nos Estados Unidos, as coisas não são assim: embora alguns artigos da sua constituição sejam empréstimos literais de textos ingleses, o seu espírito é inteiramente diferente, assim como o clima mental em que se desenvolveu a jovem república. Isto é, diferente da Grã-Bretanha do século XVIII, apesar de lei a ideias inglesas do século XVIII! Na verdade, na época da Guerra da Independência, os Estados Unidos tinham duas concepções inglesas a escolher: a teoria da soberania do parlamento, de Blackstone, ou a teoria mais antiga, de Coke, esquecida na Grã-Bretanha, mas bem lembrada nas colônias americanas. Isto é, que leis contrárias aos princípios do *common law* eram irritas e nulas. E, como a revolta se baseava na noção de que várias leis tributárias exasperantes votadas em Westminster estavam em conflito com os direitos básicos dos súditos britânicos, não é surpreendente que os Estados Unidos tenham optado pelo princípio da sujeição parlamentar aos grandes princípios constitucionais e pela revisão judicial.

Como vimos, foi no caso do Dr. Bonham que Coke expressou suas visões sobre esta questão com mais clareza e vigor. Não é surpresa que o judiciário inglês, envolto em tradição, apesar de ter em geral aderido à opinião de Blackstone, tenha enfrentado algumas ações de retaguarda significativas ao longo de todo o século XIX e até mesmo no século XX. Aceitando em princípio a supremacia final do legislador, a magistratura disputava de algumas maneiras peculiares de reduzir o impacto deste na aplicação cotidiana das leis, por exemplo, reservando grandes poderes de interpretação e supondo que o parlamento nunca pretendia ir contra o *common law*, a menos que expressamente o dissesse. O significado dessas restrições interpretativas não é difícil de adivinhar e, para os que não eram bons em adivinhar, Sir Frederick Pollock o expressou com todas as letras quando disse que os tribunais tendiam a interpretar as leis com base na teoria de que o legislador era um ignorante que devia manter-se longe da lei tanto quanto possível e que, se ele realmente interferisse nela, era dever do judiciário limitar o dano estritamente ao mínimo.²²

As ideias de Coke a respeito dos princípios inabaláveis do *common law* foram adaptadas à ideia americana dos princípios inabaláveis da constituição, que ocuparam o lugar dos princípios fundamentais do *common law*. Assim James Otis, Advogado Geral em Massachussets, recusou-se a apresentar-se diante do tribunal por causa dos "mandados de assistência" (mandados de busca contra casas de suspeitos de contrabando). Em 1761, ele argumentou que tais mandados, mesmo que autorizados pelo parlamento, eram irritos e nulos. Este "principal espírito rebelde" da Revolução Americana declarou, invocando Coke, que um ato tirânico, como a Lei do Selo de 1765, votada em Westminster sem representação americana, era nulo e inconstitucional. Isto é, contra os princípios fundamentais (coosumeros) do *common law*. Aqui, pode-se prever o *glossando* quase imperceptível da *common law* para uma constituição.

É interessante neste contexto examinar "leis" que, em várias ocasiões, foram consideradas tão fundamentais que seriam inaccessíveis aos caprichos do legislador do momento, protegendo assim o cidadão contra as várias leis emitidas por monarcas poderosos ou reuniões populares. O sentimento de que nem tudo está nas mãos do governante e que o cidadão está protegido em seus direitos fundamentais e ideias quanto ao que é justo pode ser encontrado nos mais variados países e períodos. A formulação desses direitos inalienáveis e princípios indestrutíveis, porém, provou ser uma tarefa difícil.

Na ambigüidade grega, há uma referência às "leis não escritas", de resto inefetivas, invocadas por Antígona contra um decreto desumano do rei Creonte.

Na idade Média, o *Jus divinum* ergula-se acima de todos os decretos humanos e era o princípio orientador universal, muito acima das leis que "eram feitas de manhã e desfeitas à tarde". Nos séculos XVI e XVII, há referências ao papel dominante dos princípios fundamentais do common law ou *its laws fondamentales du royaume*. No século XVIII, o Direito natural ou Direito da razão (*Vernunftrecht*) era considerado, em todos os países civilizados, a estrela-guia dos legisladores, que colocaria um fim no ridículo estado de coisas em que a travessia de certa fronteira fortíssima transformava o certo em errado.

Havia duas falhas fatais nessas "leis superiores". Seu conteúdo nunca foi definido com precisão, muito menos escrito na linguagem exata de um texto jurídico. Não é de admirar, já que diferentes povos têm diferentes idéias sobre o que é "natural". Hugo Grócio pensava que a poliantria era contrária ao Direito natural, mas que a poligamia não era; quantas pessoas concordariam com essa distinção "natural" em nosso tempo? A outra falha é que nunca foram nomeados tribunais de justiça com autoridade para aplicar essas várias leis superiores: tudo bem que os juristas medievais assumissem que mesmo o papa tinha de legislar segundo o Direito divino, mas quem tinha a autoridade para julgar as leis papais? Apenas Estados modernos, a começar pelo exemplo americano, solucionaram este duplo problema definindo os direitos e princípios fundamentais e inalienáveis em princípios redigidos com precisão em constituições escritas e colocando o legislador sob a supervisão dos juizes, cuja tarefa é salvaguardar a constitucionalidade das leis aprovadas. Hoje, muitos Estados têm uma constituição escrita como sua estrela-guia inamovível e dão ao judiciário a tarefa de cuidar para que ela seja respeitada. Esta pareceia ser a solução para um problema antigo, embora os tribunais nem sempre tenham uma resposta simples e direta para toda pergunta. Assim, o *Bundesverfassungsgericht* teve de decidir se a legislação permitindo o aborto estava em conflito com a constitucionalmente garantida santidade da vida!

O DESENVOLVIMENTO ALEATÓRIO DO DIREITO PENAL

Os leitores interessados em Direito penal poderão julgar proveitoso um exame das abordagens inglesa e continental. De modo geral, no Direito penal inglês, há menos teoria e nenhuma codificação. No continente, a *teoría Allgemeine Teil* é extensiva e contém, *inter alia*, a elaborada *Schulddelict* ou doutrina da culpabilidade, que descreve o diretamente dos criminologistas medievais. Além disso, durante séculos, o Continente conheceu grandes codificações penais, abrangendo o Direito substantivo, o adjetivo, ou ambos, começando pela *Constitutio Criminalis Carolina*, do Imperador Carlos V e continuando com a *Ordonnance Criminelle* do rei

Luis XIV e os códigos de Direito penal e processo penal de Nápoles. O desenvolvimento inglês foi diferente, sem a estrutura conceitual que os professores sabiam criar tão bem, e sua história é principalmente uma série de mudanças aleatórias, geralmente no sentido de acrescentar novos crimes dolorosos (*felonies*) ao catálogo existente e de multiplicar os crimes capitais. Um bom exemplo pode ser encontrado no século XVIII, quando projetos de lei de membros privados introduziram, no calor do momento e sob a influência da pressão local (por exemplo, após uma série de incidentes de montes de ferro), a pena capital para vários crimes menores. O Direito penal desse tempo parecia pior do que era, já que os crimes eram assim tão "numerosos" porque tinham definições gerais — como na *Lex Saxonica*, onde há títulos separados para o roubo de porcos, bois, ovelhas, cabras, cachorros, aves e abelhas.²² As consequências desumanas e terríveis desse estado de coisas foram combatidas com rotativas, principalmente com o uso de flocos jurificados (a bus e vella técnica de contornar o Direito e a ao mesmo tempo parecer sustentá-lo). Um caminho era os juízes baixarem artificialmente o valor dos bens roubados para salvar o peçoço dos ladrões. Outra era estender o benefício de clero a todo mundo. Este antigo *privilegium fore* costumava ser um real privilégio do clero, estava enraizado no império romano cristão e fora ocasião de ferozes lutas entre o Estado e a Igreja. Contudo, no início do século XVIII, ele se transformou em um "privilegio" que todo condenado por um crime aborrido do common law podia reivindicar e, assim, escapar à pena de morte (sendo, em vez disso, deportado, seguindo a legislação de 1717). Daí ter se desenvolvido uma técnica envescada para se contrapor à primeira: para impedir a emulação do Direito penal foram emitidas leis especiais tornando várias infrações expressamente não abrangidas pelo benefício de clero — um movimento que começou no século XVI, mas que ganhou considerável força no século XVIII. Portanto, aquilo que, para um observador incauto, parece ser um aumento nos crimes capitais foi na verdade uma restauração de um antigo estado de coisas, obtida pela perda dos excessos do benefício de clero.²³ Assim, a história inglesa e a continental são inteiramente divergentes: no Continente, há um desenvolvimento doutrinário e uma série de grandes regulamentos ou códigos que abarcam os séculos; na Inglaterra, movimentos espontâneos e descontrolados, muitas vezes cancelando-se mutuamente, e uma ausência de doutrina.²⁴

A ACUSAÇÃO E O VEREDITO NOS JULGAMENTOS CRIMINAIS

O Direito penal e o processo criminal estão intimamente ligados e, portanto, é apropriado, aqui, desenterrar algumas diferenças muito duradouras entre o pro-

cesso criminal na Inglaterra e no continente. Mencionarei brevemente a acusação criminal e *liberal* mais detalhadamente com o júri, aquele altíssimo paládio do mundo do *common law*. *Liberal* com o júri criminal, não com o júri civil, porque este nunca teve uma chance no continente, ao passo que o primeiro passou por uma fase de grande popularidade ali e, apesar de agora estar quase extinto em sua forma pura, definitivamente pertence à moderna história do Direito europeu, assim como do anglo-americano.

Primeiro, porém, algumas palavras sobre a acusação criminal. Até bem recentemente havia um abismo real entre a mancha inglesa e a continental (e escocesa) de fazer as coisas. Digo "até bem recentemente" porque aqui, como em tantos pontos, o sistema jurídico inglês parece estar mudando: uma Lei de Acusação de Delitos, que deve aproximar a prática inglesa dos modelos escocês e continental, recebeu Assentimento Real em 23 de maio de 1985, com o objetivo de estabelecer um Serviço de Promotoria da Coroa na Inglaterra e em Gales.

À abordagem história da acusação do crime, porém, foi muito diferente. A principal distinção durante séculos foi que, no continente, a acusação criminal costumava ser a responsabilidade de um agente da coroa, chamado "procurador fiscal" (como na Escócia hoje) ou "procurador do rei", que acusava suspeitos diante dos tribunais e tentava convencer os juizes da culpa do acusado pronunciando um pedido, chamado *requisitoire*, no qual apresentava seus argumentos como se fosse um advogado. Ele não era um advogado, porém, mas um poderoso funcionário do rei, falando com toda a autoridade do Estado. Frente à pessoa acusada e ao advogado desta, ele atuava em uma posição de força — um desequilíbrio no processo criminal muito deplorado por observadores ingleses. A tradição inglesa era bem diferente; pois ali a acusação de suspeitos era tarefa de um júri da jurisdição *jury of the venue*, um júri de partes do acusado. Eles decidiam se havia indícios *prima facie* suficientes para justificar um processo criminal contra o acusado. Havia, portanto, dois júris envolvidos: um, o grande júri, decidia acusar ou não; o outro, o pequeno júri, decidia se o acusado era culpado ou não. Tanto o procurador régio como o júri de indiciamento originaram-se na idade Média tardia, o primeiro como consequência do papel crescente da monarquia na luta contra o crime, o segundo em circunstâncias que foram estudadas em outra ocasião.⁵⁴ Do século XII ao século XX, o júri de indiciamento operou continuamente na Inglaterra, mas, em 1933, foi abolido. Seu lugar não foi ocupado por algum procurador da coroa no estilo continental, mas, ao invés disso, introduziu-se uma novidade diferente e consideravelmente natível, o Diretor de Acusações Públicas. Este era realmente um funcionário do Estado que, com base no material fornecido pela polícia, tinha de

decidir acusar ou não — um papel comparável ao do *procurador* — mas, ao contrário deste, não se apresentava no tribunal, não postulava ali contra o acusado nem solicitava a condenação deste. A tarefa era deixada a um advogado, um advogado que, por honorários, agiria pela coroa contra o acusado exatamente como, em outro dia, poderia aceitar a defesa de um suspeito. Os advogados eram membros da ordem dos advogados, não funcionários do Estado (embora alguns pudessem vir a se especializar no trabalho de acusação). No que se refere à ausência de um *Ministère Public* na Inglaterra, é o suficiente.⁵⁵

Será interessante estudar a nova lei para analisar quanto o Direito inglês se aproximou do continente. Na história do júri, foi o continente que se aproximou do modelo inglês (exceto no início da idade Média, que não será estudado em detalhe aqui), embora recentes desenvolvimentos apontem novamente para um *rapprochement* entre a prática inglesa e a continental. Na verdade, não há dúvida de que o século XX testemunhou um notável declínio no júri, a maior e mais notável marca do Direito inglês durante muitos séculos. A abolição da grande júri (um exemplo que não foi seguido nos Estados Unidos) já foi mencionada. Há também o quase total desaparecimento do júri civil na prática dos tribunais nas últimas décadas e, finalmente, a legislação diminuiu repetidamente o papel do júri criminal no reduzir o número de delitos indiciáveis. Alega-se que isso foi feito por economia — e não há dúvida de que o processo de júri pode ser bem caro.⁵⁶ Vale a pena observar que o júri criminal, pelo qual gerações de alemães haviam lutado tanto, foi abandonado pela República de Weimar justamente pela mesma razão: seu custo exorbitante. Não obstante, permanece em aberto a questão de por que o custo do procedimento do júri, suportado durante muitos séculos, repentinamente se tornou tão insuportável em nosso tempo.

Apesar de tudo isso, a presente situação, mesmo considerando o papel reduzido do júri criminal inglês, ainda revela uma notável diferença entre a Grã-Bretanha e o continente europeu. Crimes sérios ainda são uma questão para o júri na Grã-Bretanha, ao passo que, na Europa, apenas a Bélgica e alguns cantões suíços parecem ter conservado o modelo inglês puro: outros países, como a Alemanha e a França, misturam júris de juizes e leigos. Uma olhada nos livros de história pode revelar algo sobre as razões para essa notável diferença.

O contorno principal, bem conhecido, mostra uma surpreendente taxa entre o continente e a Inglaterra. O júri foi uma criação da monarquia francesa e, quando os normandos fundaram e desceram ao qual deram seu nome, levaram o júri como parte integrante das instituições nativas juntamente com o feudalismo, a Igreja e a língua franco-normanda. Após 1066, eles o introduziram na Inglaterra, como

tantas outras coisas, e o usaram extensamente no litigio civil e fiscal. Logo ele se expandiu para as questões criminaes, primeiro na forma do júri de indiciamento e pouco depois (principalmente por causa da crise dos antigos ordálios) na forma do júri de julgamento, que decidia as questões de culpa ou inocência. No continente, no século XIII, o júri deu lugar ao sistema de provas coulido no processo "doutor" romano-canônico, que foi praticado primeiramente nos tribunais eclesiásticos e depois nos tribunais dos reis e outros príncipes. Mesmo na Normandia, onde fora uma importante instituição anglo-normanda, o júri lentamente cedeu à pressão das politicas reais francesas, favorecidas as formas romano-canônicas de processo. Em tempos modernos, o continente esqueceu tudo sobre o júri e a opinião es-cultivada julgou uma aberração colocar a importantissima questão da culpa nas mãos de uma assembleia de camponeses sem instrução. Era o apogeu do Direito romano, seus doutrinas e procedimentos na Europa absolutista. No século XVIII, porém, justamente esse Direito romano veio a ser alvo de critica, *inter alia*, por causa de suas maneiras e posturas antidemocráticas, secretas e autoritárias. O sistema das *preuves savantes* ou *legales*, e, em particular, o uso da tortura (que nunca fora aceito no *common law*), foram alvo de critica e, quando interrompu a Revolução Francesa, as antigas *preuves*, como tantas outras coisas, tiveram de partir. O vazío foi preenchido por uma instituição inglesa, o júri. Alguns mem-bros da Assembleia Nacional queriam até mesmo introduzir o júri civil, mas os advogados impediram isso argumentando que, nos casos civis, pontos de Direito e de fato estavam muito intimamente ligados. Em questões criminaes, porém, o júri triunfou e a instituição processual que se originara no reino dos franceses retornou, após tantos séculos, ao reino dos franceses (como ainda era) em 16-29 de setembro de 1791. Napoleão conservou os júris de julgamento, mas substituiu sua composição a estrita supervisão governamental e havia tribunais para uma variedade de crimes sérios, especialmente os de natureza politica.

Ao longo de todo século XIX o júri foi uma bandeira do movimento liberal. Assim, embora houvesse sido abolido sob Guilherme I no Reino dos Países Baixos (que, entre 1815 e 1830, uniu os presentes reinos da Bélgica e da Holanda), foi restaurado pela Revolução Belga de 1830. Na Alemanha, a agitação a favor do júri foi ativa e ampla e, previsivelmente, triunfou com a revolução de 1848. Este breve contorno deve bastar aqui e sublinhar meu sentimento de que uma história do júri na Europa ao longo dos dois ultimos séculos ainda não foi escrita e seria um tema recompensador para os historiadores jurídicos e politicos.¹⁹

É difícil descrever a actual situação em termos gerais. É claro, porém, que o júri clássico, composto exclusivamente de leigos, atuando em casos criminaes

alem de civil, está em declínio: no continente, excepto pelo júri criminal na Bélgica e partes da Suíça, ele desapareceu; na Grã-Bretanha, o júri civil praticamente caiu em desuso e o alcance do júri criminal, como vimos, está sendo continuamente erodido. Em toda parte, o juiz profissional está em ascensão, seja atuando soz-inho, seja atuando e votando com os membros leigos do júri, como na França e na Alemanha.²⁰

Uma observação final deve ser feita antes de deixarmos as regiões do processo criminal. Há realmente um campo em que os juristas continentais e in-gleses tendem a pensar que estão separados por um enorme golfo — é a ausencia de *habitus corporis* no continente. É na Inglaterra em particular que encontramos pessoas mal informadas a respeito da significação dessa antiga forma de proces-so. Em resumo, o sentimento de respeito da significação dessa antiga forma de proce-sso, está salvaguardados contra a prisão e especialmente o aprisionamento sem julgamento, no passo que no continente a politica pode trançar qualquer um por tempo indefinido. É uma caricatura, pois, em questões referentes à custódia po-licial de suspeitos a espera de julgamento: é a similitude entre a Grã-Bretanha (e particularmente a Inglaterra) e o continente que é notável, não a diferença. Na verdade, tanto na Inglaterra como no continente, as pessoas podem ser mantidas em custódia — e, às vezes, são — à espera de julgamento por longos períodos, que podem estender-se a dezolito meses (parece que apenas a Itália tem períodos maio-res de detenção) e, tanto no continente como na Inglaterra, essa custódia policial é exercida sob o controle estrito de membros do judiciário. É digno de nota que, enquanto escarvo, está sendo feita uma proposta para limitar por lei o período de prisão preventiva na Inglaterra, novamente segundo o modelo escocês, onde há um limite legal de 110 dias.

UM DIREITO NÃO CODIFICADO

Chegamos agora ao contraste que todo jurista na Inglaterra e no continen-te reconhece, a ausencia de codificação nas terras do *common law*. Se o *commen law* representaria alguma coisa é a ausencia de código e, da mesma maneira, o *civil law* representa a codificação. A ausencia de codificação jurídica na Inglaterra não significa que os códigos não foram defendidos no país: alguns das seus apóstolos mais convicidos foram juristas ingleses. Tampouco significa que não foram feitas tentativas de codificação: o código criminal de Sir James Fitzjames Stephen, por exemplo, por pouco não se tornou Duvelo. Contudo, apesar de inumeros apelos e tentativas de codificação official, até agora não houve resultado nenhum. Apesar do exemplo do resto da Europa, o *common law* continua não codificado: os juristas

não prevaleceram diante dos juizes, que são os fides defensores do Direito como se encontra. É meu objetivo ir um pouco mais fundo nessa complexa historia.

Dois avisos são necessários. O Direito continental foi codificado apenas a partir do século XVIII, primeiramente em países onde havia absolutismo esclarecido, depois na França revolucionária e napoleônica. Até então, o continente vivera com o Direito romano, o Direito costumeiro (às vezes, escrito e dotado de força de Direito por vários governos), o Direito canônico, administrado pelas tribunais eclesiásticos, e a casística, que podia ser encontrada em coleções de julgamentos proferidos por vários tribunais importantes, eclesiásticos e leigos, régios e urbanos. A outra nota de cautela é que, na prática diária de juizes e advogados, o contraste entre o *common law* e o *civil law* está longe de ser absoluto: os tribunais continentais levam precedentes em consideração em grande medida. Tanto que os tribunais podem chegar a desconsiderar certos artigos do código que pareçam estar completamente fora de sintonia com os hábitos e ideias modernas, sem esperar que o legislador revogue formalmente os artigos em questão. Assim, lambão-me de aprender, no fim da década de 1940, a doutrina de *communiones* baseada no *Code Civil*, arts. 720-22, como Direito vivo. Algum tempo depois, porém, os tribunais começaram a ignorá-la, considerando-a antiquada e muitas vezes causadora de consequencias absurdas; finalmente, o parlamento belga revogou formalmente os artigos relevantes por meio de lei em 19 de setembro de 1977.⁶¹

Além disso, certos artigos do Código Civil de Napoleão, ainda em vigor na França e na Bélgica, apesar de numerosas alterações parciais produzidas por atos legislativos subsequentes, são formulados de maneira tão geral e sucinta que sua aplicação na variedade de situações que a vida produz deve necessariamente levar a uma grande massa de casuística. Pois, embora persista o principio de que, como disse Justiniano, "*legibus, non exemplis iudicandum est*"⁶², os tribunais inferiores inclinam-se naturalmente a seguir a orientação dos tribunais superiores (e existem até mesmo certas circunstâncias em que são obrigados a fazê-lo). O melhor exemplo da considerável casuística que pode se desenvolver em torno de certos artigos dos códigos é fornecido pelo Direito dos ilícitos extraccontractuais. Na Inglaterra, o seu alcance geral nunca teve reconhecimento autorizada e o Direito se desenvolveu por meio de uma série de experimentos isolados dos tribunais. Na França e na Alemanha, a questão é tratada pelos códigos civis (*Code civil*, art. 1382-86, *Bürgerliches Gesetzbuch*, arts. 823-53), mas as poucas linhas dedicadas a ela são tão fráguas que o moderno Direito dos ilícitos extraccontractuais é, basicamente, puro Direito produzido por juizes, e suas regras muitas vezes têm uma ligação apenas tênue com o texto do próprio código.⁶³ Portanto, o Código Civil

não especifica se "dano" abrange o dano psicológico além do dano corporal ou se o dano à esposa estiver incluído, se uma amante também poderia estar. Todas estas perguntas, naturalmente, tiveram de ser solucionadas pelos tribunais, de modo que, na verdade, tanto no continente como na Inglaterra tudo se resume a casuística. Não obstante, permanece verdadeiro que o ponto de referência final sobre a autoridade é diferente e que (citando Zweigert e Kötz) "*o common law tende para a independência da casuística (ver, por exemplo, a distinção entre fraude e falsidade), enquanto o Direito continental tende para a coerência de um sistema*".

Podem não ser supérfluo tentar aqui uma classificação do muito usado (e abusado) termo "código". Para começar, os códigos mencionados aqui são diferentes de coleções oficiais de leis (e casos), sejam eles feitos com ou sem certas modificações ou arranjos na redação, com ou sem autoridade oficial. Assim, o *Corpus Juris Civilis*, a grande coleção de textos do Direito romano, feita por ordem do Imperador Justiniano no século VI e publicada como Direito para a parte do Império Romano da qual era soberano, não era um código, mas uma coleção sistemática dos textos disponíveis, alguns velhos, outros recentes, alguns atos legislativos e excertos de escritos dos juristas. O fato de que esses textos e excertos foram ordenados segundo tema e, até certo ponto (ou, melhor, incerto ponto), foram tratados e dinamizados por Triboniano e sua equipe não altera a verdade de que o *Corpus* é uma coleção de textos, não um código. O mesmo se aplica ao *Corpus Juris Canonici*, que é uma reunião ainda mais dispersa de textos jurídicos eclesiásticos. Ele inclui cânones conciliares e decretos papais compilados por Gratiano em Bolonha por volta de 1140, arranjos em ordem sistemática e acompanhados por úteis cabeçalhos e comentários formulados pelo próprio Gratiano, além de várias coleções oficiais de decretos papais subsequentes. Em 1917, o papa publicou o *Code Juris Canonici*, que foi o primeiro código verdadeiro da Igreja. Em vários países, foram compiladas grandes coleções de leis que podem ser denominadas códigos apenas usando incorretamente a terminologia: na Grã-Bretanha, os *Statutes of the Realm* e, na Rússia, o *Polnoe Sobranie Zakonov*, de 1830, do czar Nicolau I (em 45 volumes, contendo 30,920 leis) e o seu *Svod Zakonov* de 1892 (em 15 volumes), sendo o primeiro em ordem cronológica, 1649-1825, e o segundo, uma coleção em ordem sistemática.

Um código de verdade é bem diferente desses grossos tomos, repletos de leis antigas e recentes, nas suas versões originais, muitas vezes quase incompreensíveis. Trata-se de um texto novo, redigido especialmente para a ocasião, contendo uma exposição abrangente e sistemática das normas em algum campo importante do

Direito, promulgado como Direito e substituindo todas as leis, costumes e autoridades jurídicas anteriores. Dentro deste grupo de códigos verdadeiros, podemos distinguir aquilo que poderíamos denominar códigos "conservadores" e "revolucionários". A principal ambição dos primeiros é obter uma reformulação do Direito, compreensível para o público, esdarecer confusões e eliminar contradições, dúvidas e incertezas, o que não inclui certa medida de inovação substantiva: os grandes códigos centro-europeus da Era do Iluminismo pertencem a essa categoria. Os códigos revolucionários, em contraste, são criados por pessoas cuja ambição é varrer inteiramente as velhas e más leis, abolir algum antigo regime ou fase vergonhosa na evolução da humanidade e começar de novo, ou mesmo criar um novo mundo: nesta categoria enquadram-se os códigos revolucionários do *droit intermédiaire* (ver acima) e os primeiros códigos soviéticos. Existem, naturalmente, formas mistas (modelos abstratos e tipos ideais nunca abarcam a realidade inteiramente) e parece que os grandes códigos napoleônicos são desse tipo: eles conservaram numerosos elementos revolucionários (tal como a igualdade jurídica do homem, que o grande código prussiano do Iluminismo ignorou), mas reinstaurou uma proporcão muito maior de Direito romano e costumeiro, parte dela remontando à Idade Média ou mesmo ao Império Romano.

Quase todo país no mundo hoje tem os seus grandes códigos de Direito e processo civil e penal. As exceções são pouquíssimas, mas importantes — África do Sul, Estados Unidos e Grã-Bretanha: a África do Sul porque o seu Direito se baseia no Direito romano-batavo, não codificado, e no *common law* britânico, não codificado; os Estados Unidos porque o Direito da grande maioria dos estados se baseia no *common law* inglês; e a Grã-Bretanha porque o Direito escocês se baseia no Direito romano e na legislação britânica, que não é codificada, e porque a Inglaterra evitou firmemente a codificação. É verdadeiro dizer que houve codificações parciais ou quase codificações na forma de leis abrangentes (sobre questões comerciais, propriedade de mulheres casadas etc.) e vários campos do Direito inglês foram codificados na Índia para o uso dos tribunais coloniais. Não obstante, a afirmação de que o *common law* inglês não é codificado é verdadeira até hoje: e, como não há *common law* codificado, não houve codificação do Direito estatutário ou da equidade.

Antes de prosseguirmos e nos aprofundarmos um pouco mais nesta análise da presente cena mundial, uma breve elucidação terminológica pode ser útil. O termo "*common law*" não é autoexplicativo e tem significado diferente em diferentes contextos. Seu significado básico de "Direito comum a várias pessoas,

provincias ou países" não significa muito por si mesmo: tudo depende de quais pessoas ou países o Direito é comum.

O *common law* inglês foi historicamente assim chamada por ser comum às pessoas livres da Inglaterra, que recalam todas sob a jurisdição direta dos tribunais régios centrais. Este significado marcou o contraste entre o *common law* e os vários costumes locais; em uma fase posterior, o *common law* foi contrastado com o Direito legislativo *statute law*, um produzido por juizes, o outro, pela legislatura — este é o significado corrente, moderno.

Hoje, porém, outro "Direito comum" ou *ius commune*, referente ao Direito romano e canônico, também denominado "leis escritas comuns". Este *ius commune* foi assim chamado por ser compartilhado por juristas doutos e facultades de Direito de toda a Europa (inclusive Inglaterra). Ele contrastava com o *ius proprium* ou *municipale*, isto é, as leis e costumes "próprios" de inúmeros países, provincianas e cidades em toda a Europa. E os civilistas, que entendiam que seu Direito devia nunca substituiria completamente o uso local, elaboraram uma teoria pela qual o *ius commune* ofereceria as categorias e métodos universais de toda escrita e ensino jurídicos e que também se destinava a preencher quaisquer lacunas restantes nas leis e costumes locais. Esse *ius commune* foi adotado ou "recebido" na Alemanha por volta de 1500 e, sob o nome de *das gemeine Recht*, tornou-se o Direito doucto comum de todas as terras alemãs, isto é, o Direito doucto medieval desenvolvido nas facultades de Direito alemãs e aplicado, não sem passar por influências esdáticas locais, nos tribunais alemães.

Para tornar as coisas ainda mais confusas, esta noção fugaz de *droit commun* também é conhecida na França (e em outros países modernos) com significado inteiramente diferente de "Direito aplicável ao crime "comum" em oposição ao crime "político", como na expressão: "há extradição para crimes *de droit commun*, mas não para crimes *politiques*".

A diferença entre *common law* (isto é, consuetudinária ou Direito produzido por juizes) e Direito legislativo (*statute law*) (Direito dado pelo parlamento) na Inglaterra foi mencionada há pouco. Aqui, podem ser suficientes algumas palavras sobre a "equidade". Parte integrante do Direito inglês, a equidade ocupa-se de campos específicos: como fideicomissos, e é administrada pela *Chancery Division* da Alta Corte. Teve início na Idade Média tardia como forma de justiça equitativa exercida pelo chanceler como "consciência do rei", para impedir ou reverter consequências do *common law* que fossem julgadas injustas ou indesejavelmente estritas ou para oferecer remédio quando nenhuma era fornecida pelos mandados do *common law*.

Esta ausência de codificação no Direito inglês — *common law*, Direito estatutário ou equidade — agora será examinada mais completamente. Não é preciso folhear muitos livros de história para descobrir que ela certamente não pode ser explicada por falta de interesse. Pelo contrário, é surpreendente a frequência com que foi mencionada, sugerida e defendida ao longo dos séculos a codificação na Inglaterra e quão capazes foram seus defensores e diversos os seus históricos sociais. A discussão terá de se limitar a alguns exemplos de destaque.

No século XVII, não foi Francis Bacon nem os civilistas, mas os revolucionários puritanos que pediram real codificação. Francis Bacon desejava uma dinamização das leis e uma formulação coerente da casuística.⁶⁴ Os civilistas preferiam a ciência do Direito romano à seiva medieval dos *Anuários* (*Year Books*), mas, como vimos, nem mesmo o *Corpus Juris* era um código real. Eram os revolucionários cromwellianos que queriam que o Direito fosse codificado num livro em tamanho de bolso, no alcance do cidadão comum. Esses mesmos reformadores, mais conhecidos pelos trabalhos da Comissão Hale, queriam substituir o francês jurídico pelo inglês comum nos tribunais e introduzir o casamento civil. Era (tudo parte de uma grande tentativa de democratizar o Direito e seus órgãos e refrear o monopólio de umas poucas centenas de juristas, que haviam dominado os mistérios do francês dos juristas medievais (inteligível até mesmo para os franceses) e do registro de mandados e repositórios de juízes).

Não é possível aqui entrar em todos os detalhes do programa de reforma do tempo de Cromwell, mas algumas observações devem ser feitas. É surpreendente quão pouca atenção as grandes e clássicas histórias jurídicas dão a esta fase fascinante da história inglesa — fascinante não apenas porque houve uma rara tentativa de romper a natureza oligárquica das instituições inglesas em favor da democracia, mas também porque, em meados dos séculos XVII, da penúltima, muitas reformas levadas a cabo pela Revolução Francesa cento e cinquenta anos depois. Mesmo o *code civil* de pequenas dimensões foi literalmente previsto pelos democratas puritanos, pois as primeiras edições do código napoleônico eram volumes bem pequenos (e atraentemente produzidos), que os cidadãos podiam facilmente carregar no bolso: inúmeras cópias foram adquiridas por entusiastas e é divertido pensar nels cartaginas de Paris ou recitando os artigos sobre o poder do *paterfamilias* à noite, no lado do fogo!

Foram oferecidas várias razões para explicar por que este episódio cromwelliano recede tratamento superficial nos livros de história. Dizem que ele não merece tratamento extenso porque suas iniciativas foram variadas com a

restauração da monarquia. Também se diz que as inovações foram prematuras: mas pode alguém realmente sustentar que a introdução do inglês como língua dos tribunais no meio do século XVII era prematura? Na França, o *Parlement* de Paris redigira seus julgamentos em latim até a primeira metade do século XVI, quando o rei Francisco I descobriu por acaso o surpreendente estado de coisas e ordenou que o francês fosse usado dali em diante. Na Inglaterra, o vernáculo triunfou apenas na primeira metade do século XVII.

O mesmo século XVIII viu o início de um ataque majestoso e douto ao velho *common law* e a apaixonada defesa da codificação por Jeremy Bentham (que cunhou a própria palavra). Foi pouco depois de Blackstone oferecer a última grande exposição no *common law* histórico que o ataque foi lançado por um de seus próprios alunos. Bentham defendia a codificação em nome da cognoscibilidade (outra palavra que ele cunhou) e sentia que um Direito embalsamado em milhares de casos espalhados ao longo de muitos séculos não podia ser cognoscível para as pessoas. Mas como se poderia esperar que o cidadão vivesse segundo o Direito se ele não tinha como conhecê-lo? Os eloquentes apelos de Bentham, logo traduzidos para o francês e influentes no continente, não empolgaram o *establishment* na Inglaterra, onde o judiciário opôs-se vigorosamente a eles. Mesmo assim, Bentham não pregara no deserto e um de seus convertidos foi o já mencionado Sir James Fitzjames Stephen, cuja principal conquista durante sua carreira na Índia foi a codificação do Direito penal. Ao retornar, ele tentou fazer o mesmo na Inglaterra e redigiu um código penal (1878), que foi grandemente admirado, mas, não obstante, não conseguiu entrar no livro de leis (*statute book*) por causa da má sorte com quedas de governos e com a falta de entusiasmo em círculos influentes. Seus críticos alegaram, *inter alia*, que um código destruiu a flexibilidade e deteria o desenvolvimento do *common law* ao alargar os poderes discretionários dos juízes. A derrota final veio em 1883, quando o Procurador-Geral introduziu a parte do projeto de lei redacionada ao processo criminal, que sofreu forte oposição e sobrou em conito.⁶⁵ Após a Segunda Guerra Mundial, várias iniciativas oficiais de reforma jurídica foram lançadas, inclusive a busca de codificação, mas, até agora, nada se concretizou nesse aspecto.⁶⁶

A enumeração de todas essas tentativas frustradas de codificação, em contraste com o domínio da codificação no continente europeu, naturalmente nos leva a perguntar qual foi o resultado em que todas naufragaram. A oposição dos juízes foi certamente um elemento poderoso, mas seria estranho se algumas centenas de membros da elite social conseguissem, com suas palavras mágicas, ter impedido um desenvolvimento defendido e considerado natural e até mesmo

irresistível pelo resto da sociedade. Forças sociais mais amplas e fortes devem ter atuado no caso, forças conservadoras interessadas em manter o Direito nos muros do judiciário, não por amor aos juizes, mas pela convicção de que era preciso confiar mais no judiciário do que no legislador para conservar a ordem social existente. A magistratura inglesa é historicamente conservadora porque foi e é recrutada nas fileiras dos castigos superiores, que, tradicionalmente, provêm da pequena nobreza e da alta burguesia. Isto foi conseguido de várias maneiras: ostensivamente no passado, quando o acesso às *hans of court*³⁴ era vedado por lei a não membros da nobreza e da aristocracia, e mais sutilmente, depois, quando o recrutamento passou a ser feito entre os poucos que podiam custear uma *public school* e a educação em Oxford ou Cambridge. Está claro que o Direito produzido por esses juizes seria conservador e que a propriedade estava segura em suas mãos. Quando legisladores interferem no Direito, particularmente legisladores eleitos pelas massas, eles se inclinam facilmente a inovar, abolir ou modificar leis — um agouro ameaçador para os abastados e nobreza.

Houve, porém, várias outras razões para que a codificação não conseguisse avançar na Inglaterra: por uma variedade de circunstâncias políticas, a mente inglesa veio a associar os códigos a tudo que é repulso.

Os códigos são associados ao interlúdio puritano e ao regime de uma minoria de fanáticos militares e religiosos. Também são associados aos "despojos esclarecidos" do século XVIII. Embora "absolutismo esclarecido" seja uma denominação muito mais justa do que "despotismo esclarecido" (que, de qualquer maneira, é uma *contradição in terminis*), o absolutismo é rejeitado pela opinião pública britânica, e esclarecimento não é uma qualidade que essa opinião geralmente associe aos seus governos.

Além disso, os códigos foram associados à fúria dos revolucionários franceses, outro fenômeno horrível que hipnotizou os políticos britânicos tão fortemente que, por várias décadas, nenhuma medida progressista teve uma chance, por ser imediatamente vista com preconceito de inúmeras guilhotinas fazendo hora-extra nas praças públicas de Londres. Foram os dias de Lord Eldon (falecido em 1838), que foi Presidente do Tribunal de Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*) e depois Lord Chancery. Como conservador extremo, foi típico do período e opôs-se a todo progresso, exceto à abolição do julgamento por combate, também sustentou que maus precedentes deviam ser seguidos, mesmo que reco-

³⁴ Nome dado às quatro entidades inglesas responsáveis exclusivamente pela admistração e fiscalização dos negócios em Direito na prática da advocacia perante os tribunais, conferindo-lhes o título de "Tarritor". São elas: *Lincoln's Inn, Gray's Inn, Inner Temple e Middle Temple*. J.N.R.1

matadamente maus, por causa da certeza do Direito. Deve-se observar, porém, que, nesta visão, ele estava longe de ser uma voz isolada. Mesmo Blackstone dissera:

O Direito, sem a equidade, apesar de duro e desagradável, é muito mais desejável para o bem público do que a equidade sem o Direito, que tornaria todo juiz um legislador e introduziria a mais infinita contusão, já que haveria quase tantas diferentes regras de ação estabelecidas em nossos tribunais quanto há diferenças de capacidade e sentimento na mente humana.³⁵

Os que estão familiarizados com os julgamentos e escritos de Lord Denning, um vigoroso devoto da ocasional rejeição do mau precedente, saberão que esta contravenção ainda grassa em nossos dias.³⁶

Finalmente, a codificação veio a ser associada naturalmente a Napoleão Bonaparte, com o qual, durante muitos anos, a Grã-Bretanha esteve envolvida em uma luta de vida ou morte e que se tornou parte da mais acalorada demologia do país.

Alguns leitores podem perguntar-se por que, no continente, onde juizes conservadores não eram desconhecidos, o movimento de codificação teve tanto sucesso? É realmente adequado que devamos voltar a atenção para essa pergunta — e deve-se também perguntar por que, pelo menos até o fim do século XIX e mesmo até a Primeira Guerra Mundial, países tão importantes do continente como a Alemanha e a Rússia, assim como a Inglaterra, cercavam de codificação (ainda que não por força do poder e influência do judiciário)?

Quando dizemos que a Alemanha teve de esperar pelo seu código civil até o fim do século XIX, isto é literalmente verdadeiro. Não significa, porém, que os códigos fossem desconhecidos na Alemanha. Para as terras prussianas havia o velho *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, de 1789-92; vários territórios alemães haviam usado o *Code Napoléon* durante a ocupação francesa, e o reino da Saxônia tinha um código próprio. Além disso, outros campos jurídicos, como o processo civil e a organização dos tribunais, haviam sido codificados no Império Alemão bem antes que fosse publicado o código civil. A culpa pelo atrasamento tardio do *Bürgerliches Gesetzbuch* foi principalmente a situação política: não era possível esperar por um código civil comum enquanto a Alemanha estivesse dividida em numerosos estados — assim como seria irrealista tentar introduzir um único código civil para todos os membros continentais da Comunidade Europeia. Houvera, porém, uma séria possibilidade no início do século XIX: as várias terras alemãs podiam ter todas elas introduzido o código civil francês, que já era Direito em vários principados. Ao fazê-lo, a Alemanha teria um código comum, cujas

qualidades conseguiriam administração universal. Teria sido uma segunda *Rezeption*, com vantagens similares às da primeira: a unidade jurídica e o usufruto de um sistema de grande mérito intrínseco. Esta possibilidade, apesar de defendida por alguns, nunca se materializou. Não apenas o sentimento nacional alemão relutava em adotar o Direito do inimigo, como havia forte oposição contra o próprio princípio da codificação. Assim como o grande defensor da codificação surgiu na Inglaterra, que não tinha codificação, o grande inimigo da codificação surgiu no país que já tinha uma (pelo menos em boa parte de seu território). Esse inimigo foi F. C. von Savigny (falecido em 1861), jurista e estadista prussiano, primeiro *Privatdocent* em Marburgo, depois professor em Landshut e, em 1810, professor de Direito romano na nova (e politicamente consciente) Universidade de Berlim. Em 1814, ele escreveu *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften*, lançou um vigoroso ataque contra a própria ideia de codificação e encetou uma famosa discussão com o grande paladino da codificação na Alemanha, A. E. Thibaut (falecido em 1840). Savigny sustentava que os códigos fixavam o Direito em um dado momento histórico, enquanto o Direito, por natureza, era uma entidade viva, movendo-se e mudando com a larga corrente das ideias de uma nação: o Direito era uma das várias expressões do espírito nacional, o *Volksgeist*, e devia ser livre para mover-se com ele. Até aqui, o leitor moderno pode facilmente acompanhar a demonstração de Savigny e, na verdade, Portalis, o mais filosófico arquiteto do *Codex Napoleón*, expusera e repelira essa objeção, dizendo que os códigos não deviam ser excessivamente detalhados e deviam deixar ampla possibilidade para o desenvolvimento da casuística. Contudo, é quando Savigny se volta para a questão de onde encontrar o "Direito do povo" e quem deve determinar seu conteúdo, que o leitor moderno encontra uma grande surpresa, pois se revela que os juristas doutos, os professores de Direito, estão em melhor posição para determinar esse Direito do povo, uma tarefa que não pode ser deixada às pessoas comuns por causa das "complexidades da vida moderna". Assim, os professores, que, na Alemanha, estavam todos mergulhados no Direito romano (o próprio Savigny foi autor do influente *System des heutigen Römischen Rechts*, 8 vols., 1840-49), foram proclamados os oráculos naturais do que sentia o povo. No plano de fundo, naturalmente, estava a luta pelo controle do Direito. Neste caso, a luta era entre os professores e os legisladores (os príncipes esclarecidos ou os deputados do povo). Savigny estava particularmente antipático com legislaturas democráticas como as da república francesa. Era um homem profundamente conservador, que acreditava em líderes nobres, melhores conhecedores da lei e falando pelo povo: evidentemente, professores de ascendência aristocrática,

como o próprio Savigny, tinham a vocação preordenada de guardar o Direito. As ideias de Savigny foram vitoriosas porque davam voz a algumas tendências antirepublicanas, antifrancesas e conservadoras profundamente arraigadas em seu tempo. Como consequência, o Direito erudito dos séculos anteriores continuou a predominar e a Alemanha entrou em uma fase na qual os professores de Direito romano experimentariam sua última e mais gloriosa apoteose: na escrita predominante dos chamados pandektistas. A Rússia também entrou com a ideia de introdução do código civil francês. M. M. Speransky (falecido em 1839), principal ministro de Alexandre I, foi o seu grande paladino, mas, repentinamente, o czar abandonou a ideia por razões puramente políticas: ele não podia suportar a introdução do trabalho do inimigo como o Direito de seu país. Assim, a Rússia não teve um código civil até a queda do regime czarista. Estranhamente, em 1864, o código francês de processo civil foi introduzido, de modo que o país passou a ter um código de processo, mas nenhum código civil (apesar de um normalmente ser complemento do outro): para o seu Direito civil, a Rússia teve de viver com os volumosos tomos de legislação coletada que já mencionamos. Sua proibição acadêmica jurídica foi fortemente influenciada pelo Direito romano, especialmente pelos estudos dos pandektistas alemães. É desnecessário dizer que as posturas de *jurisprudence* — em nítido contraste com a Inglaterra — não tiveram nenhuma influência no curso dos eventos.

Hoje, tanto a União Soviética como a Alemanha vivem sob leis codificadas, de modo que a Inglaterra é bem a exceção na Europa. Ela permaneceu legal e suas manuais tradicionais por causa do conservadorismo de seu *establishment* e da oposição obstinada do judiciário e apesar dos eloquentes apelos de alguns dos seus mais famosos juristas. Isto conduz naturalmente à décima e última grande diferença entre a Inglaterra e o continente, isto é, o papel insignificante dos professores de Direito no desenvolvimento do *common law* histórico.

OS JURISTAS SÃO DISPENSÁVEIS

É de conhecimento geral que o *common law* inglês é uma criação dos juizes régios e que o papel dos professores de Direito e do estudo teórico — a "ciência jurídica" — tem sido marginal no decorrer dos séculos.⁴⁹ Nenhum contraste poderia ser maior do que o contraste entre este desenvolvimento inglês e sua contemporânea continental, pois ali o impacto do "Direito dos professores" foi da maior importância. Na verdade, não é demais dizer que existem grandes e importantes campos do Direito que foram criados por juristas continentais, exatamente como o *common law* inglês foi a obra dos juizes. O ensino de Direito nas faculdades de

Direito romano e canônico e a publicação de tratados acadêmicos e comentários de juristas acadêmicos (muitos deles professores) sobre o *Corpus Juris Civilis* e o *Corpus Juris Canonici* vêm prosseguindo por quase nove séculos. Mesmo hoje, quando os códigos tornaram o papel dos dois corpos antigos, o ensino nas faculdades de Direito e as doutrinas expostas pelos seus comentaristas mais eminentes são de considerável força e têm grande peso, não apenas junto aos estudiosos, mas também junto ao judiciário e ao legislativo. Esses juristas não apenas conheciam e expõem os códigos, levando em conta os casos relevantes, mas também conheciam códigos e julgamentos e elaboraram teorias e filosofias a respeito da maneira como o Direito está ou devia estar se desenvolvendo. Eles são verdadeiros *matres à penser* para todo o mundo jurídico: o mesmo fato de que os nomes dos juizes de casos importantes não são citados impede o culto de oráculos judiciais, tão conhecido em países anglo-saxões, onde são relatados publicamente os nomes dos juizes que profereiam a sentença da maioria e dos que divergiam. Os juizes continentais são anônimos e sem rosto; os grandes professores e advogados não.

A situação continental tradicional é o fruto de muitos séculos. Tudo começou com a descoberta na Itália, no fim do século XI, do texto completo da grande legislação de Justiniano, que nunca fora promulgada no Ocidente. Embora grandes partes fossem conhecidas no passado, dali em diante toda a vasta compilação (um resumo de mil anos do Direito e pensamento jurídico romanos) passou a estar à disposição da sociedade ocidental. Inmediatamente teve início o estudo dos *Institutas* (um livro breve, mas lúcido), do *Código* (uma coletânea de leis e editos imperiais), das *Novellae* (ou "novas constituições", isto é, emitidas pelo próprio Justiniano para complementar o Código) e do *Digesto* (uma colossal sistematização de escritos dos juristas clássicos), com Bolonha no seu centro, o berço das grandes universidades de Direito da Idade Média. Ali foi estabelecida uma versão do texto que se tornou a forma padrão para inúmeras gerações de professores e alunos, a *Vulgata* ou *littera Bolognensis*.²⁰ Tudo esse entusiasmo erudito poderia ter ficado limitado a um pequeno grupo de especialistas e doando apenas de interesse acadêmico, como ocorre em nossos dias, por exemplo, com o estudo das placas de argila assírias e rolos de papiro egípcios. Na verdade, ocorreu o contrário, pois o estudo do *Corpus* atraiu a atenção de milhares de estudiosos em todo o mundo ocidental, que acorreram a Bolonha para serem apresentados a um sistema jurídico que era visivelmente superior aos costumes feudais locais que eles conheciam: o Direito romano surgiu como a própria razão, a revelação definitiva de um sistema perfeito e a estrada-guia para toda a análise jurídica. Três escolas de romanistas se sucederam, cada uma com o *Corpus* de Justiniano

como sua bíblia final, mas cada uma com uma abordagem e ordem de prioridades distintas. Os glosadores (séculos XII e XIII) viam sua tarefa básica — muito logicamente — como investigar o significado do *Corpus*. Portanto, explicavam ou "glosavam" cada linha e até mesmo cada palavra do texto sagrado, usando, *inter alia*, a técnica de transcrever no *Corpus* textos paralelos de outras procedências para ilustrar o significado de uma dada passagem. Eles se absteram de promunciar seus próprios julgamentos, já que sua admiração pelo texto era tão grande, mas profiriaram nuances referindo-se a passagens paralelas que pareciam restringir certos pronunciamentos absolutos. Também se absteram de fazer referências ao Direito como era em seu tempo, limitando-se ao Direito antigo como encontrado por eles no *Corpus*. Por exemplo, um famoso texto, que reverberou por muitos séculos nas polemicas dos juristas, é uma passagem do Digesto que diz que o príncipe, isto é, o imperador, "não é obrigado pelas leis" (em termos modernos: o Estado ou governo está acima da lei). Ao glosar este forte pronunciamento, Acurcio remete seus leitores a outras passagens do *Corpus* (e a uma no Direito canônico) que colocam as coisas em perspectiva.²¹ O significado aparentemente não é que o imperador deve se comportar fora da lei; pelo contrário, é seu primeiro dever obedecer as leis, que são a própria base de sua posição como cabeça do Estado romano, mas, no sistema político romano, nenhuma pessoa ou instituição tinha autoridade para julgar o imperador, pois "uma pessoa só pode ser julgada por um superior". Portanto, o problema não parece ser de natureza substancial, mas, antes, uma questão de instituições políticas e organização judicial. Além disso, Acurcio, que certamente tinha consciência do poder dos papas para condenar e depor imperadores romanos medievais, não se refere a esta realidade de seu tempo porque ele opera apenas dentro da estrutura dos textos de Justiniano. Os grandes nomes desta escola foram Azo e Acurcio.

Os comentaristas dos séculos XIV e XV edificaram sobre as fundações lançadas por seus predecessores, mas deram um passo adiante. Eles ampliaram seus horizontes para levar em conta plenamente a maneira como era o seu mundo e do que ele precisava. Eram realistas e entendiam que o Direito e a legislação costumeiros da Idade Média estavam ali para ficar e que a ciência jurídica de base romana devia observar o fato. Portanto, eles mantiveram seus olhos firmemente na vida real e escreveram comentários e tratados que iam além dos limites estritos do antigo *Corpus*. Seu trabalho ocupava-se de proibir as relevantes e às vezes das palavras do *Corpus*, de modo a ser compreensível e estar pronto para uso imediato nos tribunais de Direito. Frequentemente aconselhavam partes e tribunais a respeito de problemas ou casos específicos a eles submetidos (consilia), que os

intergiam completamente nas realidades e perplexidades de seus concidadãos. Mas eles sempre foram e continuaram a ser civilistas, isto é, o "conselho" que ofereciam baseava-se no Direito romano e estava cheio de referências ao *Corpus* e seus glossadores. A escola também resolveu o problema do verdadeiro lugar do Direito romano em uma sociedade europeia que se afastara do mundo clássico: ela desenvolveu a doutrina da relação entre *ius commune* e *ius proprium* (como foi explicado acima). Os grandes nomes foram os de Bártolo e Baldo.

A terceira escola foi a dos humanistas do século XVI. Esses juristas eram parte do movimento intelectual geral e compartilhavam o entusiasmo deste pelo retorno às fontes, a aversão ao barbarismo medieval (em particular o mau latim) e o amor pelo método filológico e histórico de descobrir o verdadeiro significado da Antiguidade clássica e seus escritos. Os humanistas jurídicos queriam reconstruir o Direito romano e o papel que ele desempenhava na Antiguidade, e, para isso, era necessário libertá-lo dos acréscimos e mal-entendidos medievais e desenvolver uma abordagem verdadeiramente histórica. Eles empreenderam isso e não há dúvida de que alcançaram um entendimento mais profundo e preciso do Direito de Roma e da sociedade na qual ele operava. Eles também produziram excelentes edições críticas do *Corpus*, que só foram superadas no século XIX pelo texto-padrão alemão. Embora isso fosse de grande serviço para a erudição, foi de pouca utilidade para a prática do Direito. O Direito puro da Antiguidade só era aplicável à Roma antiga; os tribunais de Direito da moderna Europa pouco podiam fazer com ele e preferiam o Direito romano como processado pelos comentaristas para a Europa em que viviam. Ainda assim, muitos juristas do século XVII conseguiram combinar o uso prático do Direito romano bartolista com o discernimento mais profundo da Antiguidade clássica, que os humanistas haviam aberto. Isso foi particularmente notável na "escola elegante" holandesa, no tempo de Grocio. Os grandes nomes da escola humanista foram Alciato e Cujácio.

Toda esta atividade erudita poderia ter continuado a ser o passatempo privilegiado de uma elite acadêmica, que ensinava e escrevia, em latim, naturalmente, nas universidades de St. Andrews e Nápoles e de Coimbra a Cracóvia. Na verdade, todo esse saber penetrou na prática dos tribunais e afetou de várias maneiras a vida cotidiana das pessoas no continente (e na Inglaterra, mas em um grau muito menor).

O Direito canônico foi o primeiro a sentir o impacto do novo saber romano, o Direito neorromano da Idade Média, e, então, a afetar a vida do cidadão comum. Logo se reconheceu que não existia nenhuma instrução jurídica fora da faculdade de Direito civil, de modo que todo pretendente a canonista tinha de aprender os

documentos de sua ciência ali. No campo do processo, em particular, esse contato foi além da etapa metodológica, pois estavam tão entrelaçadas as formas das regras dos tribunais romanos e católicos que, no século XII, uma nova ciência surgiu na forma do processo romano-canônico. Desde mais ou menos 1200, isso se aplicou aos tribunais eclesásticos de toda a cristandade ocidental. Ali, não apenas clérigos, mas também os numerosos leigos que se apresentavam perante o funcionário do bispo em casos matrimoniais podiam ver por si mesmos como funcionava um tribunal inspirado pelo Direito romano.

Por volta dessa época, certas regiões da Europa onde o antigo Direito romano sobrevivera em uma forma mais simples, "vulgar", mostraram-se naturalmente receptivas ao retorno e redvivo Direito das escolas e passaram a adotá-lo. Foi o caso particularmente do norte da Itália, nordeste da Espanha e sul da França, todas elas regiões ligadas pelo Mediterrâneo e por fortes vínculos culturais e comerciais. Pouco depois, os tribunais superiores dos reinos foram reorganizados em linhas romano-canônicas e receberam juristas doutos (ou "legistas", como eram chamados por terem estudado as leis dos imperadores romanos). O exemplo mais famoso foi o *Parlement de Paris*, fundado em meados do século XIII e um farol para muitos outros tribunais.

Não apenas os tribunais e seus juizes e advogados estavam sendo assim romanizados, de cima para baixo, mas as crescentes nações-estados também começavam a introduzir legislação baseada no Direito romano. Assim, Afonso X, rei de Castela e Leão de 1252 a 1284, promulgou as suas *Siete Partidas*, que, na verdade, podem ser descritas da melhor maneira como um livro didático de Direito romano escrito em vernáculo.

Na Idade Média tardia, tornou-se normal que todos os tribunais com importância mais do que puramente local tivessem pelo menos alguns juizes e advogados que houvessem estudado Direito romano no exterior ou no próprio país (pois as universidades estavam se multiplicando e se fortalecendo). E, se sua sabedoria se revelasse insuficiente, o tribunal sempre podia pedir o *consilium* de algum jurista eminente.

Em breve, surgiu entre o público ignorante em latim uma procura pela apresentação àquele novo produto das escolas, que evidentemente locava cada vez mais a vida das pessoas. Descobrimos que, a partir do século XIII, para satis- fazer essa procura, autores do Direito costumavam usar um o Direito de outro estrutura e modelo, ou mesmo incorporaram grandes fatias do Direito douro delemantar em suas obras em vernáculo e, assim, familiarizaram seus leitores com o novo evangelho jurídico. Surgiram perto do fim da Idade Média, numerosos

"vocabulários jurídicos", nos quais o leigo podia encontrar uma tradução e uma explicação dos termos eruditos que a nova onda de juristas adotava usar abundantemente (e láo desastrosamente frente às pessoas mais simples).

Nos tempos modernos, a tendência tornou-se generalizada e instaurou-se o período clássico da dominação do Direito romano, quando mesmo autores do Direito costumeiro tiveram de fazer uso extenso de fontes civilísticas para serem levados a sério e quando alguns deles eram civilistas por Direito próprio, além de autores do Direito costumeiro. Assim, Charles Dumoulin (1500-1566) foi não apenas o grande comentarista do Costume de Paris, mas também o autor de tratados sobre questões intrincadas do Direito romano como a lei das obrigações. Na Inglaterra, durante este longo período, o papel da doutrina, dos professores e da ciência jurídica foi muitíssimo reduzido. O Direito era baseado no costume, o qual era revelado pelo precedente, de modo que eram os juizes, não os juristas arregando de sua cátedra, os oráculos do Direito. Jovens que quisessem seguir uma carreira jurídica não iam para a universidade decorar algum livro sagrado da lei e ouvir dos lábios dos professores qual era o seu significado exato; eles, a menos que buscassem preferência na Igreja ou uma carreira diplomática, iam viver em alguma *lin of Court* e ouviam os advogados e juizes, para aprender o Direito vindo-o em ação nos tribunais - da mesma maneira que um jovem que quisesse se tornar sapateiro iria viver com um mestre e aprender o ofício vendo, ouvindo e praticando gradualmente. O Direito podia ser aprendido da melhor maneira nos tribunais, nos livros que relatavam as ações - os *Year Books* - e nas rápidas e vivas alterações entre juizes e *serjants at law*. Não era em livros de Direito romano, que eram irrelevantes, nem em grandes exposições do Direito costumeiro que fizessem uso da erudição romana que o estudante encontrava as fontes de sua sabedoria. O *Treatise on the Laws and Customs of England*, de Bracton, era uma vasta *summa* do *common law*, em cuja explicação o saber civilista era usado como um fio de Ariadne; o tratado de Bracton, porém, era um monólito, as gerações subsequentes o ignoraram, e ele não teve continuação nem iniciou uma escola. Esta obra erudita e clerical foi um beco sem saída, e os grandes nomes dos séculos seguintes, Littleton e Coke, encontraram o material para seus tratados e "institutas" no *common law*, no registro de manúscritos e nos precedentes dos pergaminhos dos tribunais, nos *Year Books* e nos Repositórios de Julgados, ignorando Caio, Ulpiano e Triboniano.

Fora do âmbito do *common law*, Oxford e Cambridge, como todas as universidades no Ocidente latino, forneciam ensino no Direito canônico e civil. O primeiro era necessário para prover a Igreja de juristas qualificados e floresceu

até que o rei Henrique II o abolisse por ser excessivamente papista. Ele não tinha nada contra o Direito romano e até mesmo o promoveu, mas os "civilistas", como eram chamados os juristas romanistas, nunca foram mais do que um fenômeno marginal na cena britânica. Eles julgavam em alguns poucos tribunais que se guilham o Direito civil, como o Almirantado, mas a razão entre estes e os juristas do *common law* não era mais que de um para dez, e eles não tinham permissão para falar com a grande reserva do *common law*, a herança das fortunas das principais famílias, a propriedade de terras. Foi apenas no século XVIII que o Direito inglês foi considerado um tema digno de ser ensinado em uma universidade - na França, o Direito nacional adentrara a universidade no século XVII. Novas matérias não conseguiram acesso às faculdades facilmente. Charles Viner (falecido em 1756) deixou uma dotação para uma cátedra de Direito inglês na Universidade de Oxford e foi com o primeiro ocupante dessa Cátedra Vineriana que o Direito inglês entrou para o currículo. Tratava-se de Sir William Blackstone, cujas excelentes palestras foram a base dos seus *Commentaries on the Laws of England*. Justamente famoso como última grande exposição do Direito inglês tradicional antes do ataque do século XIX, com as suas Leis de Revogação e Juridicatura, Blackstone, que dominava a pena com elegância (algo que raramente pode ser dito sobre os juristas ingleses - na verdade, já se disse que havia "poucos livros de Direito que um homem inteligente pudesse ler sem consternação ou repulsa"),²¹ dispôs-se não apenas a formular as regras do *common law*, mas a mostrar sua coesão e demonstrar que elas eram eminentemente razoáveis, não apenas um amontoado de normas desconectadas, produzidas por pronunciamentos fortuitos em casos inumeráveis. Depois de Blackstone, a Cátedra Vineriana entrou em declínio por um longo tempo porque os ocupantes a consideravam uma sincura, um estalo de coisas comuns no século XVIII, quando as pessoas procuravam as cátedras das universidades pelos emolumentos, mas não achavam que ocupá-las envolvesse ensino (pelo menos não da parte do beneficiário, que ocasionalmente encontrava um acadêmico pobre para ensinar por uma fração do salário).

No século XIX, a ideia de ensino jurídico acadêmico sério realmente ganhou terreno. Ela causou crescente debate, pois a maneira como devia ser feita estava longe de ser clara ou preordenada.

Alguns preferiam a fundação de faculdades de Direito nas universidades, os lugares mais adequados para o ensino do Direito inglês. É digno de nota que, em um momento no qual as faculdades de Direito alemãs eram os centros do ensino de Direito e gozavam de fama universal, na Inglaterra, esta era apenas uma das várias possibilidades e estava longe de receber apoio unânime. Na verdade, quando

Diby tornou-se professor vincenno em Oxford, em 1882, de excellentes como thilo de sua aula inaugural: "O Direito inglés pode ser ensinado nas universidades?" — uma pergunta retórica respondida afirmativamente."

Outros acreditavam que as *Ins of Court* estavam em melhor posição para organizar o ensino e o estudo do Direito inglés. Embora as *Ins* houvessem, reconhecidamente, perdido sua antiga importância e se transformado em acollegiantes clubes de advogados, no passado das haviam sido as escolas da profissão jurídica, nas quais, em certos períodos, o Direito inglés fora ensinado e discutido — uma boa tradição que podia ser revivida. A verdade era que, até a Lei de Processo do *Common Law* de 1852, simplesmente não existia nenhum estudo sério do Direito nas universidades e a antiga instrução profissional nas *Ins of Court* havia desaparecido fazia muito tempo.⁷ Então, as coisas melhoraram: nas *Ins*, um esquema de educação foi adotado em 1852, enquanto, em Oxford, um passo hesitante fora dado em 1850, com a criação de uma nova escola combinada de teoria do Direito (*jurisprudential*) e história moderna, acompanhada, em 1871, pelo estabelecimento de um escola separada de teoria do Direito.⁸

Um terceiro grupo defendia que a educação jurídica fosse organizada pela própria profissão jurídica, fora das universidades, nas quais, naturalmente, os jovens podiam primeiro receber alguma educação geral em disciplinas culturais amplas, como as clássicas, filosofia e história. A ideia da profissão, isto é, a organização dos juizes, advogados e procuradores, gerindo seus próprios cursos de Direito e estabelecendo seus próprios exames de admissão à carreira jurídica, é de interesse particular neste momento porque, na França, por exemplo, algo muito semelhante passou a existir recentemente, pelo menos para os advogados (a França tem uma *École de Magistrature*, que organiza exames, e a Ordem dos Advogados organiza os seus próprios exames de admissão). Anteriormente, como ainda é o caso na Bélgica, o diploma final de uma faculdade de Direito era suficiente para o ingresso na ordem ou na magistratura, mas, agora, o portador de um diploma universitário em Direito tem de passar por um exame separado para ser admitido em cada uma.

Após muita discussão, as universidades finalmente venceram e foram organizadas faculdades, as quais, porém, só se tornaram realmente importantes a partir da Segunda Guerra Mundial: hoje, em contraste com a situação de uma geração atrás, podemos dizer que praticamente todos os jovens que querem entrar na carreira de procurador, advogado ou juiz têm de ir para uma faculdade de Direito e obter um diploma de Direito. Antiguamente, tinham de possuir uma

educação universitária nos clássicos, história ou mesmo matemática em vez de Direito, o qual era considerado muito estreito e especializado para o ensino universitário. Esta vitória das universidades, porém, não foi absoluta. O diploma de Direito de uma universidade ainda não é um requisito legal para a profissão e, mais importante, esta organização um estudo de um ano e um exame antes da admissão dos estudantes. A grande maioria agora cumpre esse ano após três anos em uma faculdade de Direito. As antigas *Ins of Court* ainda continuam a desempenhar um papel na preparação para a carreira jurídica, embora este agora tenha deixado importância que o papel das universidades e do ensino organizado pela profissão. A ascensão das faculdades de Direito, naturalmente, conferiu mais importância ao ensino jurídico nelas oferecido. Os professores ingleses, porém, estão longe de ter o prestigio e influência dos seus colegas continentais. Seus livros tendem a ser principalmente livros difíceis para alunos e mesmo suas obras mais doutrinárias e originais não são levadas tão a sério pelos advogados e juizes como seriam no continente. Os *Law Lords*,⁹ em particular, parecem dar pouca atenção a eles.¹⁰ Contudo, uma mudança deve ter-se e é bem possível que, quando os alunos que hoje frequentam aulas nas faculdades de Direito forem *Law Lords* (isto é, dentro de cerca de quarenta ou cinquenta anos), eles possam prestar mais atenção aos livros profissionais e o jurista acadêmico possa, finalmente, firmar-se como tal na Inglaterra.

Podemos pensar em um contraste maior do que aquele entre as universidades inglesas do século XIX e suas contrapartes alemãs? Em um lado do Mar do Norte quase não havia faculdades de Direito e os professores desempenhavam um papel menor na vida do Direito; do outro lado, os professores de Direito eram tão eminentes e reverenciados a ponto de existir o *höfövi* procedimento de *Aktenversendung*, isto é, a consulta a uma faculdade de Direito por um tribunal de Direito, cujos juizes estivessem hesitantes; a respeito de um ponto da lei e que, portanto, deviam os documentos do caso, pedindo conselho e obrigando-se a pronunciar o julgamento segundo o "aconselhamento" oferecido pela faculdade. Quem poderia imaginar a Alta Corte, o Tribunal de Apelação ou os *Law Lords* perguntando aos professores de uma faculdade de Direito qual julgamento deveriam profetizar? É interessante, a propósito, assinalar que o famoso Savigny, nos seus dias em Berlim, iniciou em sua faculdade a prática de um *Sprach-Collegium*, um tipo extraordinário de tribunal, competente para emitir pareceres sobre casos remetidos a ele por um tribunal de Direito. Era justamente o tipo de papel que ele

⁷ Memórias da Câmara dos Lordes, mais alta instância recursal inglesa. [N.E.]

Julgava adequado a um professor instruir juizes ignorantes quanto ao que era o Direito e qual devia ser o seu julgamento.

Como pode ser explicada esta enorme diferenca entre a Inglaterra e a Alemanha? Por que esse contraste extremo, de Direito produzido por juizes, de um lado do Mar do Norte, e Direito produzido por professores, do outro? É o problema para o qual voltaremos agora a nossa atencao, mas ampliando-o de modo a abarcar não apenas a Alemanha, mas todos os principais países do continente e incluir também o papel do legislador.

Capítulo 2

O DOMÍNIO DO DIREITO: JUIZES, LEGISLADORES E PROFESSORES

ALGUNS FATOS

Os fatos historicos não são difíceis de resumir. Varios países europeus viram o controle do Direito passar por varias mãos, isto é, as do judiciário, da legislatura ou das escolas. Isto, naturalmente, não quer dizer que houve períodos ou países em que um destes controlasse o Direito exclusivamente: sempre houve alguma casuística, alguma legislação e algum escrito sobre questões jurídicas. Apenas a era completamente feudalizada, digamos, dos séculos X e XI no continente (eram quase totalmente destituídas de legislação e de saber jurídico. Certos períodos e países, porém, testemunharam uma preponderância tão marcada de um desses grupos de pessoas que este poderia ser considerado o "legislador" essencial. Assim, está claro que o *comitatus* foi produzido por juizes, que o Direito romano medieval e moderno (que poderia ser chamado Direito neorromano da Europa ocidental) foi produzido por professores e que uma enorme massa do Direito revolucionário francês foi produzida por legisladores.

O leitor perceberá que aqui há uma ligação com a teoria tradicional das "fontes do Direito". Estas, como todo aluno sabe, são o costume (como fixado e formulado pelos julgamentos), a legislação e a ciência do Direito (*jurisprudencia*). Contudo, o "costume" e a "casuística", a "legislação" e a "ciência do Direito" não serão tratados como entidades intelectuais abstratas, mas investigados como as vozes de certos grupos de pessoas, expressando forças sociais e políticas específicas na sociedade. Assim, enquanto a maioria dos livros de história concentra-se em descrever o papel crescente da legislação ou o papel decrescente da casuística em certos períodos e em certos lugares, aqui serão feitas as seguintes perguntas: quem eram esses legisladores e quem eram esses juizes, o que eles representavam e qual sua contribuição para o jogo de poder político que é evidente em toda sociedade? Em vez de ver "fontes" disputando entre si, as pessoas, os grupos de