UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS -- UNISINOS

Reitor
Pe. Marcelo Fernandes de Aquino, SJ

Vice-reitor
Pe. Aloysio Bohnen, SJ

EDITORA UNISINOS

Diretor
Pe. Pedro Gilberto Gomes, SJ

Conselho Editorial
Alfredo Culleton
Antônio Carlos Nedel
Pe. José Roque Junges, SJ
Pe. Pedro Gilberto Gomes, SJ
Vicente de Paulo Barretto

Editora da Universidade do Vale do Rio dos Sinos
EDITORA UNISINOS
Av. Unisinos, 950
93022-000 São Leopoldo RS Brasil

Telef.: 51. 35908239
Fax: 51. 35908238
editora@unisinos.br

DIREITO E REVOLUÇÃO

A formação da Tradição Jurídica Ocidental

Harold J. Berman

Tradutor
Eduardo Takemi Kataoka

EDITORA UNISINOS
Coleção *Díke*

3.1

mas, novamente, várias épocas futuras. Blackstone era bastante "inglês" e, em muitos sentidos, muito conservador, mas, ao reconhecer a forma múltipla da tradição jurídica inglesa, reconheceu a multiplicidade de facetas da própria História.

Já se notou algumas vezes que uma visão por demais estreita do Direito torna impossível para estudiosos de outras disciplinas – historiadores, cientistas políticos, sociólogos, filósofos – pesquisá-lo eficientemente. Se o Direito é tratado meramente como o conjunto de regras, procedimentos e técnicas válidos, tem pouco interesse para os cientistas e humanistas, que ficam privados de uma das fontes mais ricas de compreensão de suas próprias disciplinas. Se as nossas ciências sociais tornaram-se excessivamente behavioristas e fragmentadas, e se a nossa historiografia, em particular, tornou-se excessivamente nacionalista e ligada a períodos relativamente curtos de tempo, um dos motivos é o fato de nosso pensamento jurídico também ter trilhado essa seara e, por conseqüência, desligar-se da visão do estudioso profissional e, a partir daí, do público instruído em geral.

É, obviamente, mais fácil reclamar da compartimentalização do conhecimento do que fazer algo construtivo para superá-la. Qualquer esforço para reintegrar tempos passados é entendido e julgado de acordo com os parâmetros das categorias e conceitos prevalecentes hoje. Apresentar a História do Direito no Ocidente como uma metáfora de nosso tempo é esperar muito dos leitores que foram instruídos com visões muito diferentes da História, do Direito e do Ocidente. Todavia, sem uma reintegração do passado não há como retraçar os nossos passos ou como achar uma linha condutora para o futuro.

INTRODUÇÃO

Este livro conta a seguinte história: havia uma civilização chamada ocidental, que desenvolveu instituições, valores e conceitos jurídicos próprios, os quais foram conscientemente transmitidos de geração para geração através de séculos e, por essa razão, transformaram-se em uma "tradição". Essa Tradição Jurídica surgiu por meio de uma "revolução" e, após o seu aparecimento, durante o curso de muitos séculos, foi periodicamente interrompida e transformada por revoluções. No século XX, a Tradição Jurídica Ocidental está passando por uma crise maior do que qualquer outra em sua história, que, muitos acreditam, a levará para o seu fim.

Nem todos irão querer ouvir essa história. Muitos acharão o roteiro inaceitável; eles considerá-lo-ão uma fantasia. Alguns dirão que nunca houve uma Tradição Jurídica Ocidental. Outros dirão, ainda, que a Tradição Jurídica Ocidental está viva e bem no final do século XX.

Mesmo entre aqueles que reconhecem que essa história é verdadeira e que deve ser levada a sério, haverá sérias divergências entre os significados atribuídos aos termos "Ocidental", "Jurídica", "Tradição" e "Revolução". Um dos propósitos ao contar essa história é desvelar o significado desses termos em um contexto narrativo, isto é, na sua dimensão temporal. Partindo desse ponto, seria improdutivo tentar defini-los previamente. Como disse certa vez Friedrich Nietzsche, nada que tenha uma história pode ser definido. Contudo, um autor de não-ficção tem por obrigação esclarecer previamente alguns dos seus preconceitos. Ao mesmo tempo, pode ser útil tentar, preliminarmente, eliminar alguns dos mal-entendidos que – como eu os vejo – podem fazer com que se prejulgue a história aqui contada como inaceitável.

O "Ocidente", neste livro, é uma cultura ou civilização em particular que pode ser caracterizada de muitas formas, dependendo do propósito a que se quer

servir. Costumava-se chamar de "Ocidente"* o conjunto de todas as culturas que partilharam a herança da antiga Grécia e Roma, em contraste com o "Oriente", que era formado, principalmente, pelos estados islâmicos, Índia e Extremo Oriente. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, "Leste" e "Oeste" têm sido usados freqüentemente para distinguir os Estados comunistas dos capitalistas; um carregamento de bens de Praga para Tóquio é um envio do Leste para o Oeste.

Há outra distinção entre Ocidente-Oriente que é menos conhecida nos dias atuais. Trata-se daquela concernente à Igreja Católica, que nos primeiros séculos da Era Cristã coincidia com a divisão do Império Romano. Apesar de haver distinções desde os primeiros tempos entre a Igreja do Ocidente e a do Oriente, apenas em 1054 elas finalmente se separaram. Essa ruptura coincidiu com os movimentos na Igreja do Ocidente, destinados a fazer do bispo de Roma o chefe único da Igreja, assim como emancipar o clero do controle de imperadores, reis e senhores feudais, diferenciando, de forma nítida, a Igreja como entidade política e jurídica da política secular. Esse movimento, que culminou com a Reforma Gregoriana e a Querela das Investiduras (1075-1122),[1] deu origem ao primeiro sistema jurídico ocidental, o "Novo Direito Canônico" (*Jus Novum*) da Igreja Católica Romana e, mais tarde, também a novos direitos seculares – do rei, da cidade e outros. O termo "Ocidental" da expressão "Tradição Jurídica Ocidental" refere-se aos povos cuja tradição jurídica nasce desses eventos. Nos séculos XI e XII, esse foi o caso dos povos do Oeste da Europa, da Inglaterra à Hungria e da Dinamarca à Sicília. Países que permaneceram na Igreja Ortodoxa Oriental, como foi o caso de Rússia e Grécia, bem como grande parte da Espanha, que se encontrava sob o domínio dos muçulmanos, ficaram excluídos nessa época. Mais tarde, não só Rússia e Grécia e toda a Espanha foram ocidentalizadas, mas também as Américas do Norte e do Sul e várias outras partes do mundo.

O Ocidente não pode, dessa maneira, ser delimitado com o girar de um compasso. Limites geográficos ajudam a localizá-lo; esses limites sofrem mudanças de tempos em tempos. O Ocidente é, antes de tudo, um termo cultural, mas com uma forte dimensão diacrônica. Ele não é, no entanto, meramente uma idéia; é uma comunidade. Nele estão implícitos tanto uma estrutura histórica como uma história estruturada. Por muitos séculos, o Ocidente pôde ser identificado sim-

* O autor usa o termo *West* (Oeste, literalmente) para denominar o conceito que quer esclarecer, distinguindo-o da idéia de *Occident* (Ocidente, literalmente). Na tradução optou-se por usar em ambos os casos Ocidente, sendo que para o segundo significado colocar-se-á o termo em itálico. (N. do T.)

plesmente como os povos da cristandade ocidental. Sem dúvida, do século XI ao XV, a comunidade dessas pessoas manifestou-se em sua aliança com uma única autoridade espiritual comum: a Igreja de Roma.

Como cultura histórica, como civilização, o Ocidente deve ser distinguido não apenas do Oriente, mas também das culturas "pré-ocidentais" que ressurgiram em diversos períodos de "Renascimento". Tais ressurgimentos e repetições são característicos do Ocidente. Eles não devem ser confundidos com os modelos de onde retiraram a sua inspiração. "Israel", "Grécia" e "Roma" tornaram-se antepassados espirituais do Ocidente; não por sucessão ou sobrevivência, mas sim por um processo de adoção: o Ocidente adotou-os como ancestrais. Mais ainda, ele os adotou seletivamente – partes diferentes em épocas diferentes. Cotton Mather não era hebraica. Erasmo não era grego. Os advogados romanos da Universidade de Bolonha não eram romanos.

Alguns elementos do Direito Romano sobreviveram no direito costumeiro germânico e, mais importante, no Direito da Igreja; alguns elementos de filosofia grega também sobreviveram na Igreja; a Bíblia Hebraica também sobreviveu como o Antigo Testamento. Esses elementos contabilizam apenas uma pequena parte da sua influência no Direito Ocidental, na Filosofia Ocidental e na Teologia Ocidental. A maior parte de sua influência é devida a redescobertas, reexames e recepções dos textos antigos. Mesmo na medida em que se pode dizer que os ensinamentos antigos sobreviveram, foram eles inevitavelmente transformados. Esse aspecto é particularmente importante para compreender o redescobrimento e a retomada do Direito Romano: em nenhum momento pode-se conceber que o sistema jurídico, digamos, do século XII, adotado na cidade livre de Pisa, em que vigoravam os então recentemente descobertos textos do imperador bizantino Justiniano, possa identificar-se com aquele sob o qual ele reinou. As mesmas fórmulas possuíam significados bastante distintos.

O Ocidente, nessa perspectiva, não é a Grécia, Roma ou Israel, mas sim os povos ocidentais inspirados nos gregos, romanos e hebreus e transformando esses textos de uma forma que surpreenderia os seus autores. Nem, obviamente, o Islã integra o Ocidente; sem embargo, houve fortes influências árabes na Filosofia Ocidental – o que não se repetiu nas instituições jurídicas – no período compreendido neste estudo.

Sem dúvida, cada um dos antigos componentes da cultura ocidental foi transformado ao misturar-se com os demais. O surpreendente é que elementos tão antagônicos possam ter sido reunidos em uma única visão de mundo. A cultura hebraica não toleraria a filosofia grega ou o Direito Romano; a cultura grega

não poderia tolerar o Direito Romano ou a teologia hebraica; a cultura romana não tolerava a teologia hebraica e resistia a muitos aspectos da filosofia grega. Contudo, o Ocidente no final do século XI e princípio do XII combinou todos os três, transformando cada um deles.

De certa maneira mais controversa é a distinção entre o Ocidente e a cultura germânica e de outras tribos da Europa anteriores ao século XI. Se o conceito de Ocidente fosse meramente geográfico, essas culturas primitivas teriam de ser incluídas. Na verdade, se este fosse o caso, ter-se-ia que começar o estudo, como a maior parte dos estudos de história européia faz, com as Guerras Gálicas de César, as invasões bárbaras no Império Romano, a ascensão da monarquia franca, Carlos Magno e Alfred o Grande, antes de entrar na Reforma Gregoriana, na Querela das Investiduras e no que se costuma denominar de Alta Idade Média ou o Renascimento do século XII (apesar de, na realidade, este movimento ter começado na segunda metade do século XI). Falar dos povos germânicos como "pré-ocidentais" pode soar estranho para alguns. Entretanto, houve uma descontinuidade radical entre a Europa do período anterior a esses anos.

Finalmente, deve-se observar, no que concerne ao termo Ocidente, que, com o propósito de analisar e explicar instituições jurídicas, não se pode fazer uma distinção nítida entre Ocidente e "moderno"; além disso, "moderno" e "contemporâneo" também deveriam ser diferenciados pela aplicação do termo moderno àquele período anterior às duas Grandes Guerras Mundiais e contemporâneo para a fase posterior a 1945. Um dos propósitos deste estudo é demonstrar que, no Ocidente, os tempos modernos – não apenas as instituições e valores jurídicos modernos, mas também o Estado moderno, a Igreja moderna, a filosofia moderna, a universidade moderna, a literatura moderna e tudo o mais que é qualificado como "moderno" – deitam as suas raízes no período de 1050-1150 *e não antes dele.*

O termo "Jurídico", assim como o termo "Ocidente", tem uma história. "Direito" nos dias atuais é definido como sendo um "conjunto de regras". As regras, por seu turno, são derivadas de leis ou de decisões judiciais em que estas últimas são reconhecidas como "fontes do Direito". Sob este ponto de vista, contudo, não poderia haver algo que se denominasse de "Direito Ocidental", já que não há um Legislativo ou Corte Judicial Ocidental. (Pelo mesmo raciocínio não seria possível conhecer um "direito americano", mas apenas o direito federal dos Estados Unidos derivado das Cortes Federais e o direito local de cada um dos cinqüenta estados.) Tal definição de Direito é por demais estreita para um estudo que abrace os sistemas jurídicos de todos os países do Ocidente nos vários períodos

da história ocidental, tangendo não apenas o Direito contido nos livros, mas também aquele da vida prática. Este último envolve instituições, procedimentos, valores, conceitos e pensamentos jurídicos, bem como regras jurídicas. Ele abrange o que se denomina por vezes de "Processo Legal", ou o que os tedescos chamam de *Rechtsverwirklichung*, a realização do Direito, *the "realizing" of law.*

Lon L. Fuller definiu o Direito como sendo "a tarefa de submeter a conduta humana ao governo das regras"[2]. Esta definição corretamente destaca a primazia da atividade jurídica sobre as suas regras. Contudo, eu iria ainda mais longe para acrescentar que o propósito dessa atividade é não apenas elaborar e aplicar regras, mas também os modos de governo, incluindo os modos de votar, a expedição de ordens, a indicação de agentes públicos e as realizações de julgamentos. O Direito abrange mais do que o governo, no sentido vulgar da palavra; também é um modo de facilitar acordos voluntários por meio da negociação, a criação de documentos (por exemplo, instrumentos de crédito ou títulos) e a realização de outros atos de natureza jurídica. O Direito da vida prática concretiza-se na existência de pessoas legislando, adjudicando, administrando, negociando, bem como realizando outras atividades de caráter jurídico. É um processo dinâmico de atribuir direitos e deveres e, assim, resolver conflitos e criar canais de cooperação.

Um conceito de Direito com tal amplitude é necessário para comparar, em uma única linha de trabalho, os vários sistemas jurídicos específicos que existiram no Ocidente durante vários séculos; também para poder explorar as inter-relações entre esses sistemas com outros valores e conceitos políticos e econômicos, bem como com outras instituições sociais.

Tomei a liberdade de definir o Direito em termos gerais, sem referência a instituições, valores e conceitos jurídicos em particular, que caracterizam a Tradição Jurídica Ocidental. O meu propósito ao fazê-lo foi responder àqueles que, ao definir o Direito de forma excessivamente estreita, nomeadamente como um conjunto de regras, impedem um entendimento do surgimento da Tradição Jurídica Ocidental, do impacto sofrido por ela pelas grandes revoluções da história ocidental e de sua atual crise. O conceito de Direito como um empreendimento de um tipo particular, no qual as regras assumem um papel secundário, torna-se significativo no contexto do real desenvolvimento histórico do Direito vigente em uma cultura determinada.

Falar de uma "tradição" do Direito no Ocidente é chamar a atenção para dois fatos históricos marcantes. Em primeiro lugar, do final do século XI e a partir do século XII, exceto em alguns períodos de mudança revolucionária, as instituições jurídicas no Ocidente desenvolveram-se continuamente através dos séculos

e gerações, tendo cada uma delas construído conscientemente sobre o trabalho da anterior. Em segundo lugar, esse processo de desenvolvimento consciente é (ou foi) concebido não como simples mudança, mas como evolução orgânica. Mesmo as grandes revoluções nacionais – a Revolução Russa de 1917, as Revoluções Francesa e Americana de 1789 e 1776, a Revolução Inglesa de 1640, a Reforma na Alemanha em 1517 – terminaram por fazer as pazes com a Tradição Jurídica que elas, ou alguns de seus líderes, tentaram destruir.

O conceito de evolução orgânica foi aplicado nos séculos XI e XII às instituições. Nesse contexto, o termo "instituições" significa combinações estruturais visando realizar tarefas sociais específicas. Universidades, por exemplo, são instituições destinadas a transmitir conhecimentos de nível superior e a formar profissionais; os departamentos judicial e financeiro de um governo são instituições destinadas a administrar a justiça e a taxação; o sistema jurídico é um sistema estruturado por combinações que visa, primariamente, indicar um caminho a seguir pelos vários outros departamentos do governo, bem como para a população em geral, no que se refere ao que é proibido e ao que é permitido. Nos séculos XI e XII, não apenas as universidades, então recentemente criadas, tesouros nacionais e cortes, mas também os sistemas jurídicos foram vistos como instituições em desenvolvimento; até a própria Igreja viria a ser vista dessa maneira. Também o foram instituições seculares, como os governos reais e os das cidades. Todas essas instituições foram concebidas como possuidoras de um caráter de continuidade; esperava-se que elas se modificassem gradualmente através de longos períodos de tempo. Em parte, tal crescimento era planejado: muitas catedrais, por exemplo, foram planejadas para ser construídas por muitas gerações através dos séculos, tendo orçamentos, literalmente, para mil anos. Em parte, o crescimento não era mais modificado do que planejado: administradores e legisladores revisavam o trabalho de seus predecessores, discípulos tentavam melhorar o trabalho de seus mestres, os "glosadores" deram lugar aos "comentadores". Em parte, o crescimento parecia mais acontecer do que ser planejado ou traçado: por exemplo, os arquitetos "combinaram" o romanesco com o normando e, a partir dessa fusão, "surgiu" o Primeiro Gótico, que mais tarde se desenvolveu, transformando-se no Gótico Tardio e assim por diante.

Como disse Robert Nisbet, ninguém *vê* uma sociedade "crescer", "desenvolver-se", "decair" ou "morrer".[3] Essas são todas metáforas. Contudo, a convicção das pessoas que vivem em uma sociedade em uma época determinada de que essa sociedade está crescendo, desenvolvendo-se ou morrendo é algo muito real. Na era de formação da Tradição Jurídica Ocidental, a crença dos antigos agostinianos de que a sociedade, a "cidade terrestre", estava continuamente decaindo foi modificada pela fé na capacidade que as novas instituições sociais têm de nascer, crescer e reproduzir-se. Mais ainda, esse processo foi concebido para ser uno ao longo de várias gerações conscienciosa e ativamente participantes. Como disse Goethe, uma tradição não pode ser herdada; deve ser conquistada.

O grande historiador inglês F. W. Maitland usou uma metáfora biológica para descrever as mudanças ocorridas no Direito inglês nos séculos XII e seguintes, naquilo que concerne às formas de ação. Ele escreveu:

> Nossas formas de ação não são meras rubricas ou categorias mortas; elas não são o resultado de um processo classificatório aplicado a um material preexistente. Elas são institutos do Direito; elas são – e afirmamos isto sem escrúpulos – seres vivos. Cada uma delas vive a sua própria vida, tem as suas próprias aventuras, aproveita um longo ou curto dia de vigor, inutilidade, popularidade e, por vezes, consome-se em uma vida senil decrépita e sem amizades. Algumas são recém-nascidas, outras são estéreis, outras vivem para ver as suas filhas e netas em posições de destaque. A luta pela vida entre elas é acirrada e apenas a mais adaptada sobrevive.[4]

Portanto, o *trespass*, denominado por Maitland de "mãe fértil de ações", "deu à luz", "fez surgir", ou, ainda, "produziu" – dependendo do gosto que se tenha pelas metáforas e do conceito que se adote de evolução orgânica – os crimes de agressão física e moral, os roubos e furtos, as invasões de terras e muitos outros atos ilícitos. Foi a "fonte" dos delitos, embora cada um possua características particulares, substancialmente distintas dessa origem.[5] Especialistas desenharam uma árvore para representar as diversas formas da ação, com tronco e galhos, bem como datas, como em uma árvore genealógica. Isso é apenas um instrumento pedagógico ou talvez uma forma de animismo?

Pode ser útil estabelecer uma analogia entre o desenvolvimento do Direito, como aqui concebido, e o desenvolvimento da música. A partir dos séculos XI e XII, a música monofônica, representada principalmente pelo canto gregoriano, foi lentamente suplantada pelos estilos polifônicos – músicas com duas, três e, por vezes, até quatro vozes. O estilo de contraponto, exemplificado no século XIII com o moteto, evoluiu no século seguinte para o estilo harmônico, *ars nova*, exemplificado na balada. Mais tarde, contraponto e harmonia foram combinados. O século XVI testemunhou o desenvolvimento dos grandes corais protestantes, e estes, juntamente com os madrigais ingleses e italianos e outros elementos, formaram as bases para o aparecimento da ópera, que surge, inicialmente, na Itália no final do século XVI e princípio do XVII. A seu tempo, a música renascentista abriu

caminho para a música barroca, que abriu as portas para o clássico e assim por diante. Nenhum músico contemporâneo que se possa considerar bom, por mais dissonante que seja a sua música, pode ignorar essa história. Há algum tempo, similarmente, um bom advogado devia conhecer o desenvolvimento das instituições jurídicas.

É claro que nem todas as mudanças podem ser vistas como desenvolvimento. Algumas podem mesmo ser vistas como meios de atrasá-lo. Não se pode afirmar que o julgamento por ordálio e o julgamento por lutas, desafios deram origem ao júri. Ou que a ação civil por invasão de terra tornou-se a apelação por delito grave. Ordálios, julgamento por lutas e apelação por delito grave foram tribais e feudais em sua natureza; júri e invasão são oriundos do Direito emanado pelos reis. No entanto, um mal sobreviveu à introdução do outro, o contrário do que o conceito de crescimento orgânico pressupõe: os pais continuam a viver ao lado de sua prole. Isso difere do conceito de causalidade. Não o ordálio, mas a sua abolição deu origem ao júri nos casos criminais.

Ao mesmo tempo, desenvolvimento consciente não significa necessariamente movimento deliberado em direção a objetivos particularmente ideais. Significa algo menos do que progresso moral, porém algo mais do que mera mudança ou acumulação. Reformas no Direito têm sido, desde a sua formação, uma característica recorrente da Tradição Jurídica Ocidental. A própria reforma é vista como parte do que chamei de "caráter de continuidade" da tradição; a sua continuidade autoconsciente no tempo.

As principais características da Tradição Jurídica Ocidental podem ser sintetizadas, *a priori*, da seguinte forma:

1. Uma distinção relativamente nítida é feita entre as instituições jurídicas (incluindo processos jurídicos como a legislação ou a adjudicação, bem como as regras jurídicas e conceitos que são gerados por esses processos) e outros tipos de instituições. Apesar de o Direito ser fortemente influenciado pela religião, política, moral e pelo costume, ele pode, por outro lado, ser distinguido deles analiticamente. O costume, por exemplo, no sentido de padrões habituais de comportamento, diferencia-se do Direito costumeiro, na medida em que normas de comportamento costumeiras são consideradas juridicamente vinculantes. Da mesma maneira, política e moral podem ajudar a determinar o Direito, mas não se pensa nessas categorias como partes do Direito em si, como ocorre em outras culturas. No Ocidente, mas evidentemente não apenas nele, considera-se que o Direito tem uma relativa autonomia.

2. Ligado à distinção anterior, está o fato de que no Ocidente confia-se a aplicação do Direito a um grupo de pessoas especializadas, que se ocupam das atividades jurídicas de forma profissional e em tempo mais ou menos integral.

3. Os profissionais do Direito, sejam chamados de "advogados", como na Inglaterra e nos Estados Unidos, sejam chamados de "juristas", como na maior parte do restante do Ocidente, são especialmente treinados em uma técnica especializada e de nível superior, com uma literatura e metodologia de ensino próprias, bem como com escolas inteiramente dedicadas a essa tarefa.

4. O conjunto dos ensinamentos nos quais os especialistas no Direito são treinados baseia-se em uma relação complexa e dialética com as instituições jurídicas, pois, por um lado, no aprendizado descrevem-se essas instituições e, por outro, essas mesmas instituições são, sob pena de serem desorganizadas e compartimentalizadas excessivamente, conceituadas e sistematizadas e, por isso, transformadas pelo que é dito a seu respeito nos tratados, artigos e salas de aula. Em outras palavras, o Direito não é apenas composto pelas instituições jurídicas, comandos e decisões jurídicas, mas é também composto por aquilo que os que nele são especialistas dizem a respeito dessas instituições, comandos e decisões. O Direito contém em si, além da ciência jurídica, uma metaciência, por meio da qual pode ser analisado e avaliado.

As primeiras quatro características da Tradição Jurídica Ocidental são compartilhadas com a tradição do Direito Romano, tal como ele se desenvolveu no Império e na República a partir do século II a.C., chegando até o século VIII de nossa era e daí em diante. Elas não estão, por outro lado, presentes em muitas culturas jurídicas contemporâneas não-ocidentais e nos sistemas jurídicos dos povos germânicos fixados no Ocidente anteriormente ao século XI. O Direito Germânico estava inserido na vida religiosa, nos costumes e na moral – assim como o Direito está, hoje, em muitas comunidades informais, como a escola, a vizinhança, a fábrica e os vilarejos. Nessa época, nos impérios franco ou anglo-saxão, não se fazia a distinção nítida entre normas e procedimentos jurídicos, por um lado, e padrões e práticas religiosas, políticas e morais, por outro. Havia, precisamente, leis e, por vezes, coletâneas de leis feitas por reis; contudo, não havia advogados ou juízes profissionais, nem tampouco especialistas em Direito, escolas de Direito, livros de Direito ou uma ciência jurídica. Isso valia também para o que se refere ao Direito Canônico, pois este estava fundido com a teologia e, salvo por coleções de cânones e livros monásticos de penas aplicáveis aos pecados, contudo muito toscos e primitivos, não havia uma literatura que pudesse ser caracterizada como sendo de Direito Canônico.

5. Na Tradição Jurídica Ocidental, o Direito é concebido para ser um todo coerente, um sistema integrado, um "corpo", idealizado para desenvolver-se ao longo do tempo através das gerações e dos séculos. O conceito de Direito como um *corpus juris*. Freqüentemente, supõe-se que esse caráter é implícito em todas as tradições jurídicas em que se distingue o Direito da moral e dos costumes. Contudo, a expressão *corpus juris Romani* nunca foi usada pelos romanos, mas sim pelos canonistas e romanistas dos séculos XII e XIII, que extrapolaram os conceitos daqueles que, um ou dois séculos antes, haviam descoberto os vetustos textos de Justiniano e os tinham pensado e ensinado nas universidades européias. Foi a técnica escolástica do século XII de reconciliar contradições e derivar conceitos gerais de casos e regras que permitiram coordenar e integrar o Direito Romano Justiniâneo.[6]

6. O conceito de corpo ou sistema do Direito torna a sua vitalidade dependente da crença no caráter evolutivo do Direito, na sua capacidade de crescer através das gerações, crença esta exclusivamente ocidental. O corpo do Direito só sobrevive por conter ínsito um mecanismo para a sua mudança orgânica.

7. Acredita-se que o crescimento do Direito tenha uma lógica interna; mudanças não são apenas adaptações do velho ao novo, mas parte de um padrão de mudanças. O processo de desenvolvimento está sujeito a certa regularidade e, pelo menos se visto após o seu acontecimento, reflete uma necessidade intrínseca. Pressupõe-se que na Tradição Jurídica Ocidental as mudanças não ocorreram ao acaso, mas são processadas por reinterpretações do passado para atender às necessidades presentes e futuras. O Direito não evolui simplesmente; ele tem uma história. Ele conta a sua história.

8. A historicidade do Direito está ligada ao conceito de superioridade em relação às autoridades políticas. O corpo do Direito em desenvolvimento, tanto em um determinado momento como a longo prazo, é considerado por alguns – apesar de que não por todos, ou nem mesmo pela maioria – como ligado ao próprio Estado. Apesar de ter cabido à Revolução Americana a contribuição de cunhar o termo "constitucionalismo", sempre se afirmou e se aceitou em grande medida, mesmo nas monarquias absolutas, desde o século XII, em todos os países do Ocidente, que havia normas sobre alguns aspectos importantes que transcendiam a política. O monarca, por essa razão, podia fazer a lei, mas não a podia fazer de forma arbitrária, e até que ele a refizesse – legalmente –, ele estava adstrito por ela.

9. Talvez a característica mais marcante da Tradição Jurídica Ocidental sejam a coexistência e a competição, na mesma comunidade, de várias jurisdições

e sistemas jurídicos. É essa pluralidade de jurisdições e sistemas jurídicos que faz a supremacia do Direito necessária e possível.

O pluralismo jurídico originou-se na distinção entre a política eclesiástica e as políticas seculares. A Igreja declarou a sua liberdade do controle secular, a sua jurisdição exclusiva em certas matérias e concorrente em outras. Leigos, apesar de governados no geral pelo Direito secular, estavam sujeitos ao Direito eclesiástico e à jurisdição dos tribunais eclesiásticos no que se referia a questões sobre casamento e relações familiares, Direito sucessório, crimes espirituais, relações contratuais onde a fé era invocada, entre outros assuntos. Inversamente, o clero, apesar de geralmente ser regido pelo Direito eclesiástico, estava sujeito ao Direito secular e às suas cortes, em relação a certos tipos de crimes, certos tipos de disputas de propriedades, entre outros. O próprio Direito secular estava dividido em vários tipos concorrentes, incluindo os Direitos do rei, feudal, senhorial, da cidade e mercantil. A mesma pessoa podia estar sujeita às cortes eclesiásticas em um tipo de causa, à corte do rei em outro, à corte de seu senhor em um terceiro, a uma corte senhorial em um quarto, à corte da cidade em um quinto e a uma corte de mercadores em um sexto.

A própria complexidade de uma ordem jurídica comum contendo diversos sistemas jurídicos contribuiu para a sofisticação jurídica. Qual corte exerce jurisdição? Qual a lei aplicável? Como diferenças jurídicas podem ser conciliadas? Por trás das questões técnicas jaziam importantes considerações políticas e econômicas: Igreja *versus* Coroa, Coroa *versus* Cidade, Cidade *versus* Senhor, Senhor *versus* Mercador, e assim por diante. O Direito era uma forma de resolver conflitos econômicos e políticos. Por outro lado, o Direito podia exacerbá-los.

O pluralismo do Direito ocidental, que reforçou e refletiu o pluralismo da vida econômica e política do Ocidente, era, ou algum dia foi, fonte de desenvolvimento e crescimento – crescimento jurídico, assim como econômico e político. Também era, ou algum dia foi, fonte de liberdade. Um servo podia acorrer à corte da cidade contra o seu mestre. Um vassalo podia socorrer-se na corte do rei contra o seu senhor. Um clérigo podia defender-se do rei na corte eclesiástica.

10. Há uma tensão entre os ideais e a realidade, entre as qualidades dinâmicas e a estabilidade, entre a transcendência e a imanência da Tradição Jurídica Ocidental. Tal tensão periodicamente levou a mudanças violentas dos sistemas por meio de revoluções. Apesar disso, a Tradição Jurídica, que é maior do que os sistemas que a compõem, sobreviveu e, sem dúvida, foi renovada por essas revoluções.

Direito e História

Para seguir e aceitar a história da Tradição Jurídica Ocidental contida neste livro, é necessário confrontar-se com teorias do Direito e da História que não são mais, pelo menos nos meios acadêmicos, largamente aceitas. As teorias que prevaleceram colocam sérios obstáculos à apreciação da História.

O conceito tradicional de Direito como um conjunto de regras derivadas de atos normativos e decisões jurisprudenciais – refletindo a tese de que a fonte última do Direito é a vontade do legislador (Estado) – é inteiramente inadequado para servir de base para um estudo sobre uma cultura jurídica transnacional. Para falar da Tradição Jurídica Ocidental, é necessário postular um conceito de Direito que seja diferente de um conjunto de regras, que o veja como um processo, como um empreendimento no qual as regras só têm valor no contexto de instituições e procedimentos, valores e modos de pensar. Desse ponto de vista mais amplo, as fontes do Direito ultrapassam a vontade do legislador, para abranger também a razão e a consciência da comunidade e os seus usos e costumes. Essa não é a visão dominante no Direito. Contudo, não é, de modo algum, uma visão heterodoxa, pois, não muito tempo atrás, costumava-se dizer que as fontes do Direito eram a legislação, os precedentes, a eqüidade e o costume.[7] Na era de formação da Tradição Jurídica Ocidental, não havia tanta legislação ou tantos precedentes como passou a haver nos séculos posteriores. A maior parte do Direito era derivada dos costumes, que eram vistos à luz da eqüidade (definida como razão e consciência). É necessário reconhecer que o costume e a eqüidade são tão integrantes do Direito quanto as normas e as decisões, se se deseja seguir e aceitar a história da Tradição Jurídica Ocidental.

Além disso, é necessário reconhecer que o Direito no Ocidente surge de diferentes sistemas jurídicos integrados, em cada um dos quais os vários elementos recebem parte do seu sentido a partir do sistema como um todo. Mais ainda, cada sistema é concebido como um ente em desenvolvimento. Por isso o significado de cada elemento sistemático não deriva apenas do que o sistema foi no passado, mas também daquilo que virá a ser no futuro. Essas, também, não são verdades convencionais da "jurisprudência analítica", que afirma a existência de um soberano comandando por meio de regras e impondo sanções para os que não as aplicam, "como ele quer" – aquilo que Max Weber denominou de "racionalismo formal" ou "formalismo lógico" do Direito Ocidental. Esta afirmação é largamente aceita por formalistas e não-formalistas. Weber pensou que isso explicava a utilidade do Direito para o desenvolvimento do capitalismo. Tal conceito de Direito é um obstáculo formidável à compreensão da história da Tradição Jurídica Ocidental, que se considera originária na assim denominada época feudal e que surge a partir da separação entre a Igreja e o poder secular. O fato de que o novo sistema de Direito Canônico, que foi criado no final do século XI e no século XII, constitui o primeiro sistema jurídico ocidental normalmente é ignorado, talvez por ele não se enquadrar naquilo que as teorias predominantes entendam como sendo a natureza do Direito.

Se a jurisprudência analítica, normalmente denominada de positivismo jurídico, é inadequada para oferecer as bases da compreensão das instituições jurídicas ocidentais, deve-se indagar qual teoria pode fornecê-las. As principais alternativas propostas pela filosofia do Direito Ocidental são a teoria do Direito Natural e a jurisprudência histórica. A estas junta-se ainda a recente jurisprudência sociológica. Todas essas escolas têm, evidentemente, muitas variantes. Contudo, cada uma delas enfatiza apenas um dos aspectos da verdade, sendo certo que nenhuma delas, sozinha, fornece uma base para a compreensão da história do Direito no Ocidente. A história da Tradição Jurídica Ocidental é, em parte, a ascensão e queda de cada uma dessas escolas de Filosofia do Direito. Elas não explicam a história; é esta que as explica – as razões de seu surgimento e por que diferentes escolas prevaleceram em diferentes lugares e épocas.

Na época de formação da Tradição Jurídica Ocidental, a escola do Direito Natural prevalecia. Acreditava-se, em geral, que o Direito humano derivava em última análise, e deveria ser testado em última instância, pela razão e pela consciência. De acordo com a Filosofia do Direito, e com o Direito positivo mesmo da época, qualquer norma, seja costumeira, seja derivada da lei, não teria validade como Direito e poderia ser ignorada se não fosse conforme ao Direito Natural. Essa teoria era baseada na teologia cristã e na filosofia aristotélica; mas também fundamentava-se na luta entre as autoridades eclesiásticas e seculares e na política do pluralismo. Poder-se-ia comparar essa tese com a do Direito norte-americano, segundo a qual toda lei positiva deve conformar-se às exigências constitucionais do "devido processo" (*due process*), "igual proteção" (*equal protection*), "liberdade" (*freedom*), "privacidade" (*privacy*), e assim por diante, ou ter a sua validade negada. "Devido processo legal" (*due process of law*) é, na verdade, uma expressão jurídica inglesa que significa Direito Natural. Assim, a tese do Direito Natural está inscrita no Direito positivo norte-americano. Isso não impede, contudo, que se dê uma explicação positivista dessa cláusula. É muito fácil mostrar que o Estado, ou os

poderes que o governam, ou a classe dominante, beneficiam-se da cláusula do devido processo e "desejam-na".

Do mesmo modo, a Jurisprudência Histórica – a escola que atribui o significado e a autoridade do Direito ao passado do povo que rege, a seus costumes, à essência das suas instituições, a seus valores históricos, a seus precedentes – construiu o sistema jurídico inglês desde a Revolução Inglesa; ainda assim, a Filosofia do Direito inglesa tem oscilado entre o positivismo jurídico e a escola do Direito Natural, tendo a Escola Histórica relativamente poucos adeptos, pelo menos no século XX. É na Alemanha – que, em contraste com a Inglaterra, criou o seu Direito nacional, especialmente no século XIX, não tanto da sua própria história jurídica, mas da experiência "estrangeira" do Direito Romano – que se tem o berço da Escola Histórica, em nome da qual os grandes juristas alemães afirmaram que o seu Direito era um reflexo do espírito do povo alemão.

Assim, a história do Direito Ocidental tem sido terreno fértil para uma série de escolas de Filosofia do Direito, algumas das quais predominaram em algum período e lugar da história e outras em diferentes localidades e épocas, frequentemente por razões paradoxais, como reações ideológicas contra realidades jurídicas existentes. Os estudiosos da História do Direito Ocidental devem, assim, precaver-se contra as limitações de cada uma das escolas individualmente consideradas. Seria mais apropriado e "ocidental" tentar usar todas elas como imagens projetadas sucessivamente sobre a experiência histórica do que usar essa última como argumento para sustentar qualquer delas.

Se várias escolas de pensamento jurídico colocam barreiras ao entendimento e à aceitação da história da Tradição Jurídica Ocidental, obstáculos ainda maiores são postos pelas diversas teorias da História, inclusive História do Direito. Essas teorias lidam com questões como saber se a História tem um significado ou uma direção; se a periodização da História é justificável e, em caso positivo, sobre que bases; se se pode falar de "leis da História" ou causalidade histórica em qualquer sentido (por exemplo, bases econômicas e superestrutura ideológica, ou primazia do poder); e, em um nível menor de generalização, com questões concernentes às relações entre a história de cada uma das nações e aquela do Ocidente vista globalmente; o papel das grandes revoluções na história ocidental; e o significado de conceitos, como "Idade Média" e "Idade Moderna", "feudalismo" e "capitalismo".

Apesar de a história das origens e das primeiras etapas do desenvolvimento da Tradição Jurídica Ocidental poder ser contada sem tentar resolver essas questões historiográficas, é necessário lidar com uma série de questões teóricas

envolvendo história em geral e história ocidental em particular, com a finalidade de acabar com alguns preconceitos comuns no que lhes concerne. Ademais, a própria História ilumina algumas dessas questões de forma excepcional.

Questões relacionadas com o significado e a direção da História e aquelas relacionadas com a periodização vêm, inevitavelmente, à tona devido às circunstâncias dramáticas nas quais a Tradição Jurídica Ocidental veio a surgir. Os atores desse drama não tinham dúvidas de que estavam cumprindo um destino histórico. A sua confiança, obviamente, não refutava a posição defendida por muitos historiadores de que a sua disciplina não tem qualquer significado, de que as mudanças na História são aleatórias e de que qualquer periodização é arbitrária. Contudo, aqueles que vão tão longe, a ponto de negar todo e qualquer sentido, direção ou periodização na História, não devem ter maiores objeções à história aqui contada do que teriam contra trabalhos mais convencionais sobre o mesmo assunto, que sustentassem uma periodização, direção e significado menos marcados para os mesmos eventos. Se toda periodização é arbitrária, então se pode concluir que uma análise das instituições jurídicas e políticas "modernas" não é mais arbitrária do que a análise convencional que afirma que o período anterior ao século XVI constitui a "Idade Média", ou que não houve uma descontinuidade radical durante o período de 1050 a 1150 ou 1200. Semelhantemente, quem sustenta que não há padrões no desenvolvimento histórico das instituições jurídicas do Ocidente não deve levantar objeções maiores contra uma análise que veja uma interação entre revoluções e evolução, do que uma que veja apenas revoluções ou apenas evolução.

Aqueles que terão maiores dificuldades para aceitar a história aqui contada, contudo, são aqueles que nunca se confrontaram diretamente com problemas de significado, direção ou periodização da História, mas que aceitam acriticamente as convenções historiográficas geralmente divulgadas desde o século XVI. Essa visão ensina de forma simplista que a História Ocidental está dividida em três períodos: antiga, medieval e moderna. História Antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou à Idade Média, que durou, *grosso modo*, do século V ao XV. Então começa a Idade Moderna, alguns diriam com o Renascimento, outros diriam com a Reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos. Aqueles que propugnam pela Reforma contariam uma história ligeiramente diferente; Israel antiga seria introduzida na cena do mundo antigo. A Idade Média definir-se-ia como indo dos primórdios da Igreja até o rompimento de Lutero com Roma. Os protestantes, contudo, afirmariam, juntamente com os humanistas, que a arte e o pensamento vão beber de fontes

gregas, ao passo que o Direito e a política ocidentais fundam-se em bases romanas. Finalmente, sob a influência do Iluminismo, todos concordariam que, apesar de as bases históricas da civilização ocidental serem encontradas na Grécia e em Roma, a história verdadeiramente importante é aquela das nações em particular, especialmente dos Estados Unidos, Inglaterra, França e Alemanha.

Nessa concepção, o passado tem grande significação, direcionamento e periodização marcada. Está, porém, incoerente com a mais eminente pesquisa historiográfica das últimas cinco décadas. De acordo com ela, o "obscurantismo" foi mudado de 1450-1500 para 1050-1100. Mesmo os historiadores mais conservadores distinguem nitidamente a "Alta Idade Média" da "Baixa Idade Média". Mais ainda, desacreditou-se o postulado de continuidade da história dos povos germânicos na Baixa Idade Média como continuação do Império Romano e das histórias romana e grega. O ressurgimento em grande escala da Filosofia Grega e do Direito Romano no final do século XI e nos dois séculos subseqüentes foi considerado parte de uma grande virada tanto na história da Igreja Ocidental como das nações do Ocidente, bem como tendo conexão com a ascensão das cidades européias e com outras mudanças econômicas e sociais fundamentais.

Nesse ponto, quaisquer que sejam as provas apresentadas, muitos mostrar-se-ão frustrados e duvidosos. Talvez eles pensem: "Padrões, regularidade, podem ser necessários para a história – apesar de ir além dos fatos –, já que, sem eles, não haveria nem mesmo história. Mas descontinuidades radicais são desnecessárias e mesmo não naturais. 'A natureza não dá grandes saltos'. Mesmo já tendo visto na História Ocidental grandes saltos, como na Revolução Francesa, na Revolução Russa e na Reforma Protestante, afirmar que no meio da 'Idade Média' houve uma descontinuidade radical parece artificial, e mesmo estranho. Isso parece incongruente com o que nos ensinaram sobre a 'Idade da Fé'. Por que não podemos continuar a acreditar que as diferenças entre a sociedade européia de 1500 e aquela do ano 500 são o produto de uma evolução lenta, em que houve períodos de mudanças mais aceleradas do que outros, mas sem que tenha havido uma mutação radical em somente uma geração ou mesmo em apenas um século? Por que não continuar a acreditar que as cidades foram fundadas (ou revividas) gradualmente em dez, cinco ou pelo menos três séculos em vez de em repentinos oitenta ou noventa anos? Que o papa tornou-se o juiz e legislador supremo da Igreja em dez séculos em vez de repentinas três gerações? Que os imperadores e reis perderam as suas funções religiosas, bem como o seu caráter dramatúrgico, não como resultado de um conflito aberto entre Igreja e poder político, mas como produto de um crescendo de mudança de atitudes?".

Um estudo das origens da Tradição Jurídica Ocidental deve corrigir esse preconceito histórico a favor de mudanças graduais. Já que o Direito muda mais lentamente do que as demais instituições sociais, não se espera assistir mudanças dramáticas em um sistema jurídico. Apesar disso, quem quer que investigue qualquer sistema jurídico da Europa e compare o seu conteúdo no período de 1000-1050 ao de 1150-1200 encontrará uma tremenda transformação. Isso é verdade, acima de tudo, no Direito da Igreja.

Falar de uma mudança radical na Igreja de Roma é, evidentemente, desafiar a visão dos ortodoxos (exceto daqueles pertencentes à Igreja Ortodoxa do Oriente) sobre a estrutura da Igreja Católica como sendo o resultado de uma elaboração gradual de elementos presentes desde os primeiros tempos. Essa foi, sem dúvida, a visão oficial dos reformadores católicos do final do século XI e início do XII: eles apenas estavam reditecionando-se para uma tradição mais antiga, que havia sido traída por seus predecessores imediatos. O mito do retorno a uma época mais antiga é, sem dúvida, a marca registrada de todas as revoluções européias. Lutero também pregava o retorno às tradições dos primeiros cristãos após a sua traição pelo papado. Os puritanos ingleses pregavam, sob a batuta de Cromwell, a restauração das "tradicionais liberdades inglesas" após 150 anos de despotismo tudoriano. A Revolução Francesa voltou-se para a Antigüidade Clássica e para o estado da natureza visando combater o feudalismo e os privilégios da aristocracia. Os bolcheviques russos queriam o retorno a uma sociedade de tribos primitivas, sem classes, como antes do advento da propriedade.

Uma transformação radical de um sistema jurídico é, contudo, paradoxal, já que um dos propósitos fundamentais do Direito é proporcionar estabilidade e continuidade. Além do mais, o Direito – em todas as sociedades – deriva a sua autoridade de algo que está fora de seu âmbito, e se um sistema jurídico passa por um período de mudanças rápidas, então levantam-se dúvidas sobre a legitimidade das fontes de sua autoridade. No Direito, mudanças repentinas em grande escala – mudanças "revolucionárias" – assumem, sem dúvida, ares "antinaturais". Quando ocorrem, algo deve ser feito para que não voltem a ocorrer. O Direito deve ser firmemente restabelecido; deve ser protegido contra a ameaça de outra descontinuidade. Mais mudanças devem limitar-se a incrementos.

Essa, pelo menos, tem sido a resposta desenvolvida pelo Direito Ocidental nos períodos que se seguiram às transformações revolucionárias de grande escala que o sacudiram periodicamente, a começar por aquela do final do século XI e início do XII. Uma dimensão histórica é atribuída ao novo sistema jurídico estabelecido pela revolução. Em primeiro lugar, o novo sistema jurídico é considerado

como sendo historicamente fundado nos eventos que o produziram. Após, é considerado como tendo mudado em resposta a novas circunstâncias, bem como de acordo com um certo padrão histórico. O Direito é considerado um fenômeno histórico; considera-se que ele tem o que se chama de historicidade. Ela não só deve evoluir, como deve ser vista evoluindo.

Apesar disso, a historicidade não evitou que períodos de violenta revolução, que periodicamente ocorreram, sacudissem a Tradição Jurídica histórica, transformando-a e levando-a para novas direções.

A historicidade do Direito no Ocidente não deve ser confundida com o historicismo, no sentido de amarras do "poder cego" (na frase de Nietzsche) ao passado. Não apenas o defensor da escola jusfilosófica histórica sustenta que as instituições jurídicas, procedimentos, valores e conceitos jurídicos têm uma dimensão histórica; também o fazem o positivista, o jusnaturalista, ou nesse sentido até mesmo o cínico acredita que o Direito é apenas a vontade do mais forte. Eles derivam o seu próprio significado, em parte, do passado. Nunca é suficiente, em qualquer sistema jurídico ocidental, tentar explicar ou interpretar uma regra jurídica (ou valor, ou instituição) unicamente por meio do recurso à lógica, à política ou à justiça; ela deve ser interpretada e explicada, em parte, com recurso às circunstâncias que a fizeram surgir e pelo desenvolvimento dos fatos que a influenciaram ao longo dos tempos. O método dogmático, o método político e o método da eqüidade estão sempre sujeitos à complementação pelo método histórico de interpretação. A pluralidade de fontes do Direito protege a historicidade do Direito e ao mesmo tempo defende-o de um historicismo cego.

O historicismo cego também se frustra por uma pluralidade de histórias que se sobrepõem, formando a civilização ocidental. Não é o "passado" em um sentido monolítico que constitui a dimensão histórica do Direito, mas sim os passados das várias comunidades nas quais pessoas viveram e os diversos sistemas jurídicos que essas comunidades produziram. Somente quando os diferentes regimes normativos dessas comunidades – locais, regionais, nacionais, éticos, profissionais, políticos, intelectuais, espirituais e outros – são engolidos pelo Direito do Estado Nacional que a história torna-se tirânica.

Esse é, na realidade, o maior perigo inerente ao nacionalismo contemporâneo. As nações da Europa, que se originaram da sua interação umas com as outras, tornaram-se mais separadas no decurso do século XIX. Com a Primeira Guerra Mundial, quebraram-se violentamente os laços tênues que as uniam, causando uma ruptura. E, no final do século XX, ainda sofremos com a historiografia

nacionalista que se originou no século XIX e que deu base para a desintegração da herança jurídica comum do Ocidente.

O surgimento, no século XIX, da assim chamada historiografia científica, isto é, de uma pesquisa sistemática, cuidadosa e completa dos fatos, pretendendo mostrar, na célebre expressão de Ranke, *wie es eigentlich gewesen ist* ("como de fato aconteceu"), coincidiu com o aparecimento do mais intenso nacionalismo que a Europa já experimentou. Simplesmente admitiu-se que "História" significava história nacional. A História deveria ser objetiva, mas deveria ser a história da nação. No século XX, houve alguma mudança nesse sentido. Os historiadores sociais e econômicos foram os primeiros a quebrar a barreira do nacionalismo e a escrever sobre a história do Ocidente como um todo. Depois da Primeira Guerra Mundial, essa postura estendeu-se a alguns escritores da história política. Mesmo a história do Direito Ocidental veio a ser tratada em bases transnacionais, apesar do peculiar isolamento dos ingleses e americanos ter se mantido.

É lamentável ver que quase não houve tentativas de integrar as histórias do Direito inglês e americano ao panorama dos sistemas jurídicos ocidentais. Uma integração dessa sorte foi dificultada pelos próprios historiadores do Direito americanos e ingleses, que esculpiram o seu tema de forma a mistificá-lo e afastar qualquer estranho que, caso contrário, poderia invadir o seu território. Mesmo levando em consideração o período em que todas as nações do Ocidente, a Inglaterra inclusive, estavam sob a influência da Igreja Católica e não só viviam sob o mesmo sistema de Direito Eclesiástico, mas também tinham os mais estreitos laços intelectuais, políticos e culturais, o Direito inglês ainda é, por muitos historiadores, estudado como estando fora da história européia. Esses historiadores conseguem sustentar a sua orientação nacionalista concentrando-se na assim chamada *Common Law*, isto é, o Direito aplicável nas Cortes de Pedidos Comuns (*Common Pleas*) e Tribunais Reais (*King's Bench*), ignorando com essa postura outros corpos de Direito e outras jurisdições existentes na Inglaterra naquela mesma época. Contudo, mesmo a *Common Law* inglesa, entendida nesse sentido restrito, era em muitos aspectos marcadamente semelhante ao Direito emanado pelos reis ou duques da Sicília, França, dos ducados germânicos e de outros países da Europa.

Edmund Burke afirmou certa vez que "os direitos de todas as nações européias derivam das mesmas fontes". Para ele, a Inglaterra era parte da Europa. Todavia, na época em que a História do Direito tornou-se objeto de pesquisa científica, as conexões da Inglaterra com o continente tinham sido cortadas. Isso levou a uma exagerada ênfase nas instituições, valores, conceitos e regras jurídicas, que distinguiam o Direito inglês dos demais sistemas jurídicos ocidentais. Agora

que a Inglaterra juntou-se à Comunidade Econômica Européia**, pode ser que haja uma revisão da história inglesa do Direito para enfatizar as instituições, valores e regras jurídicas que o Direito Inglês compartilha com os demais sistemas jurídicos ocidentais.

Em 1888, na sua aula inaugural como *Downing Professor* da Universidade de Cambridge, Maitland levantou a questão: "Por que a história do Direito inglês não é escrita?" A sua primeira resposta foi "por causa do isolamento tradicional do estudo do Direito inglês de qualquer outro" e, em segundo lugar, uma vez que "a história envolve comparação e o jurista inglês, que não conhece e não tem interesse por qualquer outro sistema que não seja o seu, mal aventa a idéia de História do Direito". "Uma das causas pelas quais se estudou tão pouco o nosso direito medieval", ele acrescentou "é a nossa completa, consagrada e tradicional ignorância dos Direitos francês e alemão. Os juristas ingleses enfatizaram nos últimos seis séculos as singularidades da nossa história do Direito... Eu sei apenas o suficiente para afirmar com confiança que grandes contingentes do Direito medieval são muito compatíveis com o nosso próprio"[8].

Direito e revolução

A Tradição Jurídica Ocidental foi transformada, ao longo da sua história, por seis grandes revoluções. Três delas – a Revolução Russa, a Revolução Francesa e a Revolução Americana – foram chamadas de revolução por aqueles que delas participaram, apesar de o termo ter um significado distinto em cada um dos três contextos. Uma quarta, a Revolução Inglesa, só foi chamada de revolução (Revolução Gloriosa) no seu estágio final (1688-89); no seu começo (1640-1660) foi denominada de Grande Rebelião por seus opositores e "Restauração da Liberdade" por seus defensores.[9] No seu segundo estágio (1660-1685), foi qualificada de Restauração à época, apesar de alguns escritores contemporâneos a terem chamado de revolução (foi a primeira vez que o termo "revolução" foi usado modernamente para identificar uma grande mudança política; ela significava, todavia, uma virada para o passado, para um sistema de governo anterior). Assim, o que a maior

** Atualmente Comunidade Européia, após o Tratado de Maastricht. (N. do T.)

parte dos historiadores chama de Revolução Inglesa consistiu em três "restaurações" sucessivas.[10]

A quinta revolução – voltando mais ainda no tempo – foi a Reforma Protestante, que na Alemanha teve o caráter de uma revolução nacional, começando com o ataque de Lutero contra o papado em 1517 e terminando em 1555 com a derrota do imperador pela Liga Protestante e com o estabelecimento da paz religiosa entre os principados germânicos. A sexta, a Revolução Papal de 1075-1122, que é objeto do presente estudo, foi, por seu turno, chamada de Reforma à época, a *Reformatio* do papa Gregório VII, normalmente traduzida para as línguas modernas como Reforma Gregoriana, escondendo, assim, ainda mais, o seu caráter revolucionário.

Pode haver objeções à qualificação da Reforma Germânica como uma revolução, apesar do fato de ser freqüentemente assim chamada pelos historiadores das revoluções, incluindo muitos que não são marxistas. Objeções ainda mais fortes podem ser levantadas por chamar-se a Reforma Gregoriana de revolução (ou, mesmo, talvez, de reforma). Uma explicação do termo revolução se faz, assim, necessária.

A história do Ocidente foi marcada por períodos recorrentes de mudanças violentas, nas quais os sistemas político, jurídico, econômico, religioso, cultural, bem como outras relações sociais, instituições, crenças, valores e objetivos preexistentes foram repentinamente abandonados e trocados por novos. Não há, de qualquer sorte, simetria nesses períodos de grande mudança histórica, apesar de poderem ser indicados alguns padrões e regularidades. Todos foram marcados por:

> uma mudança fundamental,
> uma mudança rápida,
> uma mudança violenta,
> uma mudança duradoura,
> no sistema social como um todo.

Cada uma buscou legitimidade

> em um direito fundamental,
> em um passado remoto,
> em um futuro apocalíptico.

Cada uma levou mais de uma geração para estabelecer raízes.
Cada uma a seu tempo produziu

um novo sistema jurídico,
que incorporava os propósitos principais da revolução
e que mudava a Tradição Jurídica Ocidental,
mas que, em última análise, permanecia com a tradição.

Essas grandes e problemáticas mudanças não foram, por um lado, *coups d'etat*, ou rebeliões, ou por outro, uma longa série de mudanças que eram acomodadas com o sistema preexistente. Elas foram transformações fundamentais concluídas de forma relativamente rápida, mas com grandes lutas e paixões.

É apropriado usar o termo "revolução" – apesar dos abusos aos quais tem sido submetido[11] – para designar esses períodos que construíram os valores de toda uma época, em razão da conotação de violência associada às revoluções dos dois últimos séculos, especialmente a russa, a francesa e a americana. Nesse contexto, "violência" não significa um uso legalizado da força por meio de um governo estabelecido, utilizando-se, para tanto, da polícia e das forças armadas, mas o uso ilegal da força, exercido por indivíduos e grupos contra a autoridade estabelecida. Do ponto de vista da História do Direito Ocidental, é especialmente importante reconhecer que essas forças ilegais foram utilizadas para substituir a ordem estabelecida por outras que, a seu tempo, foram alçadas à condição de autoridade e criaram novos e duradouros sistemas de governo e Direito. O sistema de governo e Direito de todas as nações ocidentais baseia-se nessa revolução.

O termo "revolução" é usado não só para indicar o período inicial de mudanças violentas, no qual um novo sistema é introduzido, mas também para o período que é necessário para que ele crie raízes. Como enfatizou Eugen Rosenstock-Huessy, mais de uma geração é necessária para fazer uma genuína revolução.[12]

As seis grandes revoluções, já que envolveram não apenas a criação de novas formas de governo, mas também novas estruturas de relações econômicas e sociais, novas estruturas de relações entre a Igreja e o Estado, bem como novas visões sobre a comunidade, novas perspectivas de história e uma nova gama de valores e crenças,[13] foram revoluções "totais". "A Reforma do Mundo", que era um lema da Revolução Papal, tinha uma contraparte quase idêntica em praticamente todas as outras revoluções. Para ser exato, muito do que era velho sobreviveu e, após algum tempo, mais do passado era trazido de volta, apesar do todo – o paradigma – ser novo.

Assim, cada uma das seis revoluções produziu uma nova ou largamente revisada ordem jurídica no contexto de que se tratava de uma transformação social total. Sem dúvida, no devido tempo parte de seus propósitos era corporificada em um novo Direito, o que marcava o sucesso da revolução.

Cada revolução marca o insucesso do antigo sistema jurídico, que foi substituído por ela ou radicalmente modificado. Esses sistemas representaram um insucesso somente no sentido de que foram substituídos ou radicalmente modificados. Um dos primeiros atos do governo bolchevique foi declarar que todo o sistema jurídico pré-revolucionário estava abolido. Dali em diante, somente os decretos do novo governo deveriam ser aplicados, sendo as lacunas colmatadas por meio da "consciência jurídica da revolução". A Revolução Francesa, de início, também descartou todo o sistema jurídico, administrativo e processual do *Ancien Régime*. Na América, depois que a independência fora conquistada, os democratas lutaram contra a recepção do Direito inglês pelas cortes federais e estaduais. Na Inglaterra, o *Long Parliament* de 1640-41 aboliu a *Court of Star Chamber*, a *Court of High Comission* e outras cortes reais "de prerrogativa", cuja legislação seria repristinada pelo Parlamento de Charles II em 1660; junto com a supremacia do Parlamento, uma *Common Law* largamente revisada viria a tornar-se então a Constituição não-escrita da Inglaterra. Lutero queimou os livros de Direito Canônico. O papa Gregório VII denunciou os Direitos emanados pelos reis e imperadores por intermédio dos quais a Igreja era governada – Direito que permitia que bispos e padres fossem nomeados pelas autoridades seculares, que ofícios eclesiásticos fossem vendidos e comprados e que clérigos se casassem.

O antigo Direito também foi uma falha em outro sentido: demonstrou-se incapaz de lidar e gerir as mudanças que estavam acontecendo na sociedade. Se o governo tsarista tivesse introduzido um sistema de monarquia constitucional efetiva e redistribuído as terras; se os reis da casa de Bourbon tivessem desestabilizado a Igreja, abolido os traços remanescentes de feudalismo, permitido a criação de instituições democráticas; se o rei George III tivesse concedido aos colonos americanos todos os direitos que os ingleses tinham e, além disso, tivesse permitido que eles introduzissem instituições democráticas; se os primeiros reis da dinastia Stuart tivessem aceitado a supremacia do Parlamento; se o Direito Canônico tivesse cedido à conciliação, no século XV, e a outras pressões por reforma; se os reis e imperadores do século XI tivessem desistido de sua supremacia sobre a Igreja – em suma, se o inevitável tivesse sido previsto e reformas profundas tivessem sido introduzidas no sistema jurídico vigente –, as revoluções teriam presumidamente sido evitadas. Mudar a tempo é a chave para a vitalidade de todo sistema jurídico que enfrenta pressões por mudança. Uma revolução no seu sentido histó-

rico é uma mudança rápida, descontínua e violenta que desata as amarras do sistema jurídico.

Pode ser que a inabilidade de antecipar mudanças fundamentais e incorporá-las a tempo seja devida a uma contradição inerente à Tradição Jurídica Ocidental, que tem como seus propósitos preservar a ordem e fazer justiça. A ordem tem uma tensão interna inerente a si, que oscila entre as necessidades de mudança e de estabilidade. A justiça também é vista em termos dialéticos, envolvendo a tensão entre os direitos individuais e o bem-estar da comunidade. A realização da justiça foi proclamada como o ideal messiânico do próprio Direito, que foi originalmente associado (na Revolução Papal) com o Julgamento Final e o Reino de Deus, depois (na Revolução Germânica) com a consciência cristã; mais tarde (na Revolução Inglesa) com o espírito público, a consonância com ele e as tradições do passado; ainda mais tarde (na Revolução Americana e na Revolução Francesa) com a opinião pública, a razão e os direitos do homem, e mais recentemente (na Revolução Russa) com o coletivismo, a economia planejada e a igualdade social. Foi o ideal messiânico de justiça que encontrou, acima de todos os outros, expressão nas grandes revoluções. A substituição do Direito anterior era justificada como o restabelecimento de um direito como justiça, mais fundamental. Foi a crença de que o Direito estava traindo os seus propósitos e finalidades que levou às grandes revoluções.

Thomas Kuhn explicou as grandes revoluções científicas, como as de Copérnico, de Newton e de Einstein, como sendo o resultado de crises que ocorrem periodicamente quando alguns fenômenos não podem ser explicados por meio dos postulados da ciência estabelecida e, por essa razão, são tratados como anomalias, até que se descubra serem necessários novos postulados básicos. Os novos postulados, que são desenhados para mostrar de forma o mais "natural" possível o que antes era tratado como sendo "anomalia", passam a constituir o ponto central de um novo "paradigma" científico.[14] A revolução e a evolução no Direito Ocidental oferecem um paralelo certeiro com a interação entre revolução e evolução na ciência ocidental. No Direito Ocidental, assim como na ciência ocidental, pressupõe-se que mudanças nos dados, nas "condições", ocorrerão e que essas mudanças serão assimiladas no sistema vigente ou no seu paradigma; se não forem assimiladas, serão aceitas como anomalias; porém, se houver um número muito grande delas sendo impossíveis de assimilar, chega-se a um ponto em que o sistema requer uma mudança drástica. Na ciência, uma velha verdade pode ter que ceder lugar a uma nova; no Direito, a velha justiça pode ter que ceder lugar a uma nova.

Assim, as grandes revoluções políticas, econômicas e de história social no Ocidente representam explosões que ocorreram quando o sistema jurídico demonstrou ser por demais rígido para assimilar novas condições. Alguns escritores qualificaram essas explosões históricas como sendo um tipo recorrente de "câncer" na sociedade ocidental, uma "febre" que deve seguir o seu rumo.[15] Essa, contudo, é apenas uma visão da história, e nem mesmo a mais importante. Elas também produziram uma grande liberação de energia, que, para ser preciso, destruiu muito do passado, mas também possibilitou um novo futuro. Em última análise, cada uma das grandes revoluções pode ser vista não tanto como um rompimento, mas como uma transformação. Cada uma aliou-se ao passado, mas também obteve sucesso em corporificar em um novo Direito muitos dos propósitos principais pelos quais lutava.

Enfatizar a dimensão jurídica das grandes revoluções – o rejeitar da ordem jurídica preexistente e a contribuição para um novo Direito – não minimiza, mas, pelo contrário, acentua a importância das suas dimensões política, econômica, religiosa, cultural e social. Mudanças fundamentais no Direito têm sido acompanhadas de mudanças fundamentais em outros elementos estruturais da sociedade. Mais particularmente, na Revolução Papal do final do século XI e início do XII, as reformas no Direito estavam intimamente relacionadas com uma gama inteira de mudanças interconectadas que aconteceram nessa época, que (nas palavras do grande historiador econômico e social Marc Bloch) "afetaram todos os gráficos da atividade social"[16]. O novo conceito papal de Igreja, como afirmou Joseph R. Strayer, "quase exigiu a invenção do conceito de Estado"[17]. A revolução no Direito estava intimamente ligada com a revolução na Igreja e da Igreja, que, por sua vez, estava profundamente ligada com as revoluções na agricultura e no comércio, com a ascensão das cidades e dos reinos como territórios políticos autônomos, com o surgimento das universidades e do pensamento escolástico e outras grandes transformações que acompanharam o nascimento do Ocidente, como tem sido concebido – e como pensado por outros – durante os oito séculos seguintes e ainda mais adiante. O termo "Revolução Papal" não deve ser entendido de forma estreita, pois, assim como "Revolução Puritana" aplica-se à história inglesa de 1640 a 1660, ele ultrapassa o seu sentido mais imediato.

O período de tempo abrangido pela Revolução Papal não está limitado aos relativamente poucos anos em que estava no seu auge, isto é, durante o pontificado de Gregório VII, assim como não se resume a Revolução Russa aos poucos anos em que Lênin liderou os bolcheviques para o poder e contra os seus inimigos. Poder-se-ia datar a Revolução Papal de 1075 – quando Gregório proclamou a

supremacia do papa sobre toda a Igreja e a independência eclesiástica e sua superioridade sobre o poder secular – a 1122, quando um acordo final foi alcançado entre o papado e a autoridade imperial. As repercussões, contudo, não cessaram aí, já que as forças que se movimentaram em função desse evento continuaram a agir por séculos.

Muitos historiadores evitam explicações que envolvem longos períodos de tempo. Eles preferem atribuir certas condições a causas contemporâneas ou que antecederam imediatamente essas condições. Apesar disso, se a questão é colocada de forma enfática, é difícil negar que as condições correntes freqüentemente foram, em larga medida, determinadas por eventos que aconteceram mesmo séculos antes. Por exemplo, não é plausível explicar a crise das relações raciais nos Estados Unidos durante a segunda metade do século XX, omitindo a Declaração de Independência de 1776, a resolução da questão relativa à escravidão na Constituição de 1776 e a Guerra Civil de 1861-1864. Certamente a Revolução Americana movimentou forças que desaguaram na emancipação dos escravos e na luta pelos direitos civis (*civil rights*).

O CARÁTER OCIDENTAL DAS REVOLUÇÕES NACIONAIS

Assim como a Reforma Protestante na Alemanha, as Revoluções Inglesa, Americana, Francesa e Russa foram, evidentemente, revoluções nacionais. A Revolução Papal, em contraste, foi transnacional, uma revolução que abrangeu toda a Europa em benefício do clero, sob o papado, contra as dominações imperial, real e feudal. Claramente, a Revolução Papal pode ser chamada de Ocidental ou Européia, mas será adequado caracterizá-la da mesma forma que as revoluções nacionais? Dois pontos devem ser abordados para uma compreensão da Revolução Papal.

Em primeiro lugar, todas as revoluções nacionais a partir do século XVI – exceto a Americana – representaram, em parte, uma luta contra a Igreja Católica (na Rússia, contra a Ortodoxa) e todas transferiram grandes parcelas do Direito Canônico para o Estado nacional, secularizando-as. Assim sendo, deve-se ter em mente, ao estudar os sistemas jurídicos, eclesiástico e secular que foram criados no final do século XI e princípio do XII sob o impacto da Revolução Papal, que uma grande quantidade de elementos desses sistemas passou para o Direito secular por força das revoluções nacionais. Nesse aspecto, as revoluções nacionais tiveram um caráter internacional.

Em segundo lugar, todas as grandes revoluções nacionais eram, no seu âmago, revoluções ocidentais. Cada uma delas foi preparada em vários países. A Reforma Protestante foi preparada por Wyclif na Inglaterra e por Hus na Boêmia, assim como por movimentos ativos em todos os países da Europa antes que começasse na Alemanha. O movimento puritano na Inglaterra não só se baseou nos ensinamentos anteriores do reformador franco-suíço João Calvino, mas também mantinha laços com outros movimentos calvinistas na Holanda e em outros locais do continente. O Iluminismo do século XVIII foi um fenômeno que se manifestou em todo o Ocidente, que formou as bases não apenas das Revoluções Americana e Francesa, mas também das agitações que ocorreram na Inglaterra e em outros pontos. A Revolução Russa nasceu na Internacional Comunista, que foi um movimento fundado por dois alemães; as suas raízes fincam-se na Comuna de Paris de 1870.

De forma similar, as revoluções nacionais tiveram uma enorme repercussão por todo o Ocidente. O efeito imediato de sua eclosão era, invariavelmente, a reação de medo e hostilidade nos demais países – medo de que o vírus revolucionário se espalhasse; hostilidade contra a nação que era o seu hospedeiro. Mais tarde, depois de vinte ou trinta anos, quando a revolução havia se consolidado em seu país natal, os outros países aceitavam uma versão suave sua. Assim, depois que a Revolução Luterana amainou na Alemanha, apareceram monarquias absolutas com poder civil forte na França, Inglaterra e outros países. Depois de a Revolução Puritana ter serenado na Inglaterra, monarquias constitucionais e instituições "quase parlamentares" surgiram no continente europeu no final do século XVII e início do XVIII. Depois que as Revoluções Americana e Francesa se abrandaram, os ingleses aumentaram o eleitorado para incluir a classe média no ano de 1832. Depois de a Revolução Russa ter amainado, apareceram na Europa e nos Estados Unidos governos "socialistas" ou "de *New Deal*".

Mais importante, as instituições jurídicas das várias nações européias, apesar de estarem tornando-se mais "nacionais" e menos "européias" a partir do século XVI, ainda assim mantiveram o seu caráter comum ocidental. Isto é verdade, apesar do fato de as cortes seculares terem restringido o Direito Canônico e as cortes eclesiásticas a uma jurisdição cada vez menor, tendo, mesmo a Igreja Católica Romana, tornado-se cada vez mais nacionalizada.

Ainda assim, detectavam-se amarras comuns entre os vários sistemas jurídicos nacionais. Por exemplo, todos tentavam equilibrar legislação e aplicação e, dentro da aplicação, o Direito codificado e a jurisprudência como fonte do Direito. Todos faziam uma distinção marcada entre o Direito penal e o Direito ci-

vil. Em todos os sistemas, os crimes eram analisados (como já haviam sido por Abelardo no início do século XII) em termos de ato, intenção ou negligência, causalidade, dever e conceitos similares. Em todos eles, seja explícita, seja implicitamente, as obrigações civis estão divididas em contrato, delito (dano) e enriquecimento sem causa (quase-contrato). Por trás dessas outras categorias analíticas estão subjacentes outros princípios (*policies*) e valores comuns. Nos anos 1930, quando uma lei nacional-socialista alemã tornou punível como crime toda conduta que "merecesse punição de acordo com o sensato sentimento popular (*gesundes Volksgefühl*)", isto foi visto como uma violação ao tradicional conceito ocidental de legalidade; a Corte Permanente de Justiça derrubou uma lei similar da Cidade Livre de Danzig, que foi baseada no estatuto tedesco, como contrária ao Estado de Direito (*Rechtsstaat*).

A CONQUISTA DO MILÊNIO

Um elemento importante em cada uma das grandes revoluções da história do Ocidente foi a sua visão apocalíptica do futuro. Cada uma foi mais do que um programa político e mais ainda do que uma luta apaixonada para mudar o mundo. Cada uma representou uma crença e um compromisso para com uma escatologia, isto é, um sonho messiânico do fim dos tempos, uma convicção de que a História estaria se movendo em direção a seu *dénouement final*. No caso das revoluções da Igreja Católica Romana, da Luterana e da Puritana, a escatologia era expressa em termos bíblicos. As revoluções cristãs previam "um novo céu e uma nova terra". Eles vislumbravam o cumprimento da profecia dos mil anos de paz entre a segunda vinda de Cristo e o julgamento final. Escreve João: "Vi, então, um céu novo e uma terra nova. Vi também descer do céu (...) uma Jerusalém nova. (...) Nisso saiu do trono uma voz forte: ... nunca mais haverá morte, nem pranto, nem clamor, nem pena. As coisas antigas desapareceram! Eis que faço novas todas as coisas" (Apoc. 21:1-5). No caso das Revoluções Russa, Americana e Francesa, a escatologia era secular: uma nova era definitiva de liberdade e igualdade entre os homens e o fim da longa história de opressão e o surgimento de uma sociedade justa.

Em seu livro *The Pursuit of the Millennium*, Norman Cohn escreveu sobre os diferentes tipos de "milenarismo revolucionário" (*revolutionary millenarianism*), como ele os denomina. Ele centrou sua atenção nos movimentos dos "pobres sem rumo" na Europa Ocidental dos séculos XI a XVI. Ele incluiu as Cruzadas

populares, os movimentos de autoflagelo, a heresia do Espírito Livre, a revolta de alguns camponeses e os Taboritas. Quase todos eles foram pouco organizados, espontâneos e anarquistas, ou comunistas, ou ambos. "É característico desse tipo de movimento", escreve o autor, "que os seus objetivos e premissas sejam pouco organizados. A sua luta social (travada pelos participantes) é vista não como uma busca por objetivos específicos e limitados, mas como .... um cataclismo do qual o mundo emergirá totalmente transformado e redimido."[18]

A diferença entre o que Cohn descreveu e a visão apocalíptica das grandes revoluções – das grandes revoluções bem-sucedidas – da história do Ocidente é que os fins e premissas dessas últimas eram ao mesmo tempo indefinidos e bem definidos; os seus objetivos eram, a um tempo, universais e ilimitados, assim como específicos e limitados. Elas eram "milenares", mas ao mesmo tempo bem organizadas e politicamente sofisticadas. O quadro vívido e perspicaz de Cohn dos "movimentos milenares" de um tipo específico levou-o a compará-los com as revoluções tanto de direita como de esquerda.[19] Contudo, as raízes históricas de pelo menos alguns dos movimentos modernos, e especialmente do comunismo "milenarista" dos séculos XIX e XX, são encontradas não nos movimentos desorganizados que Cohn descreve, mas nos movimentos revolucionários bem-sucedidos, em cujo bojo eles aparecem.

As revoluções bem-sucedidas também se baseavam em uma escatologia cristã, que, por sua vez, era baseada na visão judaica de que a história move-se para uma cena final, para um clímax. Em contraste com os outros povos indo-europeus, inclusive os gregos, que criam que o tempo se movia em ciclos intercorrentes, os hebreus concebiam o tempo como sendo contínuo, irreversível, histórico e levando para a redenção última no final. Eles também acreditavam que o tempo está dividido em períodos; não é cíclico, mas pode ser interrompido ou acelerado. Ele corre, desenvolve-se. O Antigo Testamento conta uma história não só de mudanças, mas também de desenvolvimento, de crescimento, de movimento em direção à era messiânica – muito descompassado, para ser exato, com muitos retrocessos, mas ainda assim um movimento para frente. O cristianismo, contudo, acrescentou um importante elemento ao conceito judaico de tempo: que o velho se renova. A Bíblia Hebraica transformou-se no Antigo Testamento, sendo o seu significado completado pelo Novo Testamento. Na ressurreição de Cristo, a morte transforma-se em um novo começo. Os tempos não foram só acelerados; foram regenerados. Isso introduziu uma nova estrutura na história, na qual houve uma transformação fundamental de uma era em outra. Essa transformação, acreditava-se, podia acontecer apenas uma vez: a vida, a morte e a ressurreição de

Cristo eram consideradas a única grande interrupção no desenrolar linear dos tempos desde a criação do mundo até o seu final.

Assim, o conceito cristão de renovação baseia-se na crença no fim do mundo. Também se baseia no fim iminente; ele está "ao alcance das mãos". "O sentido cristão de história", escreve Norman O. Brown, "é a sensação de que se vive nos últimos dias. Criancinhas, este é o momento final. Toda a era cristã está nos últimos dias." "A oração cristã é pelo fim do mundo: para que ele venha rápido. O desejo é trazer o mundo para o fim; a questão é saber como. Um erro aqui pode provar-se altamente custoso."[20]

Rosenstock-Huessy mostrou que a crença no fim do mundo influenciou as grandes revoluções da história ocidental. Cada uma dessas revoluções transladou a experiência da morte e regeneração a diferentes conceitos de Nação e de Igreja.[21] Quando a escatologia cristã foi descartada pelo Iluminismo e pela teologia liberal dos séculos XVIII e XIX, uma escatologia secular tomou o seu lugar. "Nenhum povo", escreve Rosenstock Huessy, "pode viver sem fé em uma vitória final. Portanto, enquanto a teologia adormecia, o laicismo tornou-se a fonte das últimas coisas" – mudou-se para a escatologia de Karl Marx, por um lado, e para a de Friedrich Nietzsche, por outro.[22]

Antes do grande movimento de reforma do século XI, a Igreja, tanto do Ocidente como do Oriente, sustentava que o fim do mundo não seria neste mundo material, mas no espiritual – não no tempo histórico, mas na eternidade. Esse era um dos principais pontos de contraste entre a Cidade Terrena e a Cidade de Deus, de Santo Agostinho. A primeira está em constante decadência. Aqueles que vivem o fim dos tempos não estão mais neste mundo. Para Agostinho, a palavra *saeculum* significava "mundo" e "tempo". O *saeculum* não tinha esperanças de redenção: ele podia apenas ser abandonado para a morada do espírito. Santo Agostinho e a Igreja em geral nos dez primeiros séculos de sua existência eram contra os movimentos "milenares" do tipo descrito por Cohn, que tentavam transformar as realidades política, econômica e social do aqui e agora em um reino celeste do espírito. O renascimento do fiel indivíduo cristão, assim como a regeneração da espécie humana, foram entendidos concernindo apenas a alma imortal, cujo renascimento ou redenção podiam apenas ser obtidos "morrendo-se para este mundo" – sobretudo pela vida monástica.

De forma análoga, quando o cristianismo foi, pela primeira vez, apresentado aos povos germânicos da Europa Ocidental, foi como sendo uma fé em outro mundo, preocupada com o sagrado e o santo e tendo relativamente pouco a

dizer sobre as estruturas militar, política e de poderio econômico preexistentes, exceto para desvalorizá-las.

No final do século XI e começo do XII, a redenção foi vista, pela primeira vez, como sendo aplicável também à sociedade secular. Os reformadores colocaram-se no começo e no fim de uma era secular: projetaram-se para trás, no passado, para poder projetar-se para a frente, para o futuro. Eles viram-se em uma nova era, que pensavam ser a última antes do juízo final. Esta foi uma nova interrupção na era cristã; ela combinou as idéias de retorno cíclico dos gregos com a idéia de desenvolvimento linear em direção a um fim predestinado dos hebreus, bem como com aquela de nascimento e renascimento espiritual dos cristãos de tempos antes.

Cada uma das grandes revoluções, começando pela Revolução Papal de 1075, marcou firmemente a oposição em relação ao que veio antes delas, "o velho", e o que veio depois, "o novo". Cada uma delas também inseriu o novo e o velho em um quadro de criação original, de estado de natureza e de uma era final, uma vitória definitiva. Sem a crença de que neste mundo, neste tempo, as instituições seculares da sociedade humana podiam ser redimidas – e que essa redenção levaria a completar o destino último dos homens –, as grandes revoluções do Ocidente não teriam acontecido.

Mais especificamente, a crença na capacidade humana de redimir o mundo e a necessidade de fazê-lo para completar o seu destino último proveram a base para um ataque consciente contra a ordem estabelecida e o surgimento também consciente de uma nova era. O sagrado era usado como um padrão para medir a ordem secular. Por isso os reformadores do século XI começaram a julgar imperadores, reis e senhores de acordo com princípios do Direito Divino e Natural. O papado denunciou imperadores por terem traído o ofício de reger a Igreja e condenou-os a não mais poder fazê-lo. Foi o desafio de Daniel contra Nabucodonosor: *Mene, mene, tekel, upharsin – tekel*: Deus pesou você na balança e faltou peso (Daniel 5:25,27). "Liberdade para a Igreja", o *slogan* da Revolução Papal, era justificado como sendo vontade de Deus. Assim, outros períodos revolucionários ocidentais invocaram padrões transcendentes contra a estrutura de poder existente. Quando Karl Marx (citando Proudhon) disse "A propriedade é um roubo", ele estava falando na tradição ocidental "milenar": todo o sistema econômico, político e social era pesado nas balanças do final dos tempos, o *escathon*, e faltava peso.

DIREITO REVOLUCIONÁRIO

A crença revolucionária no fim dos tempos, no "milênio" final, ajuda não só a abandonar o antigo sistema jurídico, bem como a corporificar as idéias revolucionárias em um novo. Isso não poderia ter acontecido repentinamente. Nenhuma das grandes revoluções conseguiu abolir o direito pré-revolucionário e adotar um sistema jurídico revolucionário, novo e permanente de um dia para o outro. Por exemplo, os bolcheviques decretaram em 1917 que o direito de herança estava abolido, mas ao mesmo tempo determinaram que isso só se aplicava a quantias superiores a dez mil rublos de ouro, abaixo do que continuaria a vigorar a regra da sucessão, passando os bens a seus herdeiros pelas antigas normas, até que novas pudessem ser estabelecidas. Demonstrou-se impossível, contudo, criar um sistema em que o Estado herdasse efetivamente vacas, mobiliário de casa, objetos de arte ou mesmo dinheiro. O próximo recurso, que contrariava, contudo, o objetivo desejável de promover a estabilidade das famílias, era um elevado imposto de transmissão, o que podia ser facilmente contornado por meio de presentes em antecipação à morte.

Cada uma das grandes revoluções experimentou um período em que novas leis, decretos, regulamentos e outras ordens eram estabelecidos em rápida sucessão e do mesmo modo emendados, repelidos ou substituídos. Após algum tempo, contudo, cada umas das grandes revoluções fez as pazes com o Direito pré-revolucionário e restaurou muitos de seus elementos em um novo sistema, que incluía os principais objetivos, valores e crenças pelos quais a revolução havia sido feita. Assim, as grandes revoluções transformaram a tradição jurídica também permanecendo nela.

A Reforma Luterana e a revolução dos principados germânicos, que a corporificaram, levou a que se quebrasse com o dualismo da Igreja Católica, que estabelecia direitos secular e eclesiástico por meio de uma desjurisdização da Igreja. Onde o luteranismo venceu, passou-se a conceber a Igreja como apolítica, invisível e alegal; e a única soberania, o único direito (no sentido político), era o do reino secular ou principado. Foi justamente antes dessa época, de fato, que Maquiavel usou o termo "Estado" de forma nova para significar uma ordem social puramente secular. Os reformadores luteranos eram, de certa forma, maquiavélicos, na medida em que eram céticos em relação ao poder dos homens de criar um direito humano que refletisse o direito eterno e pelo fato de negar que a Igreja tivesse por incumbência desenvolver o direito humano. Esse ceticismo luterano tornou possível o emergir de uma teoria jurídica – positivismo jurídico – que trata

o direito do Estado como sendo moralmente neutro, um meio e não um fim, um aparato para manifestar a opção política da soberania e assegurar que essa fosse obedecida. Mas o positivismo jurídico e a secularização do Direito não são a única contribuição da Reforma Luterana para a Tradição Jurídica Ocidental. Ao libertar o Direito da ingerência de doutrinas teológicas, bem como de influências eclesiásticas diretas, a Reforma possibilitou um novo e brilhante desenvolvimento. Nas palavras do grande jurista alemão Rudolf Sohm, "a Reforma Luterana foi uma renovação não apenas na fé, mas também no mundo: tanto o do espírito, como o do Direito"[23].

A chave para a renovação do Direito no Ocidente a partir do século XVI foi o conceito luterano de poder do indivíduo, pela graça de Deus, de mudar a natureza e criar novas relações sociais por intermédio do exercício da sua vontade. O conceito luterano de indivíduo virá a tornar-se fulcral no conceito moderno de contrato e de propriedade. Na verdade, tanto na Igreja como nas comunidades de mercadores, antes de Lutero, já vinha, por alguns séculos, sendo elaborado um sofisticado aparato jurídico, mas cujo enfoque muda com o luteranismo. Velhas regras são reagrupadas em um novo todo. A propriedade torna-se natural. As relações econômicas tornam-se contrato. Consciência torna-se vontade e intento. O testamento, que era usado na tradição católica anterior como sendo um meio de salvar almas por meio de doações caridosas, passa a ser um meio de controlar relações econômicas e sociais. Pela expressão de sua vontade unicamente, os testadores podiam dispor de suas propriedades após a sua morte, assim como empreendedores podiam regular as suas relações comerciais por meio de contrato. Os direitos de propriedade e dos contratos foram criados para ser sagrados e invioláveis, até o momento em que não violassem a consciência. A consciência conferia-lhes a sua "santidade". E a secularização do Estado, no sentido restrito de remoção dos controles eclesiásticos, foi acompanhada por uma espiritualização e mesmo uma "santificação" da propriedade e do contrato.

Por tudo isso, não é exato afirmar que o luteranismo não impôs quaisquer limites aos monarcas absolutistas que regiam a Europa no século XVI. O desenvolvimento de um Direito positivo era concebido para repousar só no príncipe em última análise, pressupondo apenas que ele iria respeitar as consciências dos indivíduos que eram os seus regidos, o que significava respeitar a propriedade e os direitos derivados dos contratos. Essa pressuposição permaneceu, precariamente, é bem verdade, por quatro séculos, nos quais a Igreja conseguiu cristianizar o Direito de forma notavelmente extensa, dado o nível cultural dos povos germânicos no início do processo. Assim, um positivismo luterano, que separa o Direito da

moral, nega o papel de legislador da Igreja e baseia o poder último do Direito em uma coerção política, apesar de pressupor a existência de uma consciência cristã no povo e no Estado governado por homens cristãos.

Uma forma um pouco diferente de protestantismo, o calvinismo, também teria, mais tarde, influência profunda no desenvolvimento do Direito Ocidental, especialmente na América e na Inglaterra. Os puritanos desenvolveram o conceito luterano de santidade da consciência individual e, também no Direito, o conceito irá refletir nos direitos de propriedade e dos contratos. Diferentemente do luteranismo, por outro lado, enfatizavam eles dois elementos: em primeiro lugar, uma crença de que os cristãos em geral e não apenas os governantes cristãos deveriam mudar o mundo;[24] em segundo lugar, uma crença de que a congregação local, sob a regência dos seus ministros eleitos e anciãos, era o assento da verdade – uma "confraria de crentes atuantes", superior a qualquer autoridade política.[25] As congregações puritanas atuantes, inclinadas para a reforma do mundo, estavam prontas para desafiar os mais altos poderes da Igreja e do Estado para salvaguardar a sua fé. Efetivamente o fizeram em bases de consciência individual e, também, apelando para a lei divina, para a lei mosaica do Antigo Testamento e para os conceitos de Direito Natural, corporificados na tradição jurídica medieval. Como os mártires entre os primeiros cristãos, que fundaram a Igreja por meio da desobediência ao Direito Romano, também os puritanos do século XVII, incluindo homens como John Hampden, John Lilburne, Walter Udall e William Penn, por meio de sua desobediência frontal à lei inglesa, lançaram as bases do Direito inglês e americano dos direitos civis (*Civil Rights*) e individuais (*Civil Liberties*), tal como hoje encontramos nas constituições dos dois países: liberdade de expressão e de imprensa, exercício livre da religião, vedação contra a discriminação, independência do júri contra a ditadura dos juízes, o direito a não ser preso sem uma razão e muitos outros direitos e liberdades dessa sorte.[26] O congregacionismo calvinista também forneceu as bases religiosas para os conceitos modernos de contrato social e de governos por consenso dos governados.[27]

Puritanismo na Inglaterra e América e pietismo, o seu parceiro na Europa Continental, foram os últimos grandes movimentos nas igrejas institucionais a influenciar o desenvolvimento do Direito Ocidental de modo fundamental. Nos séculos XVIII e XIX, evidentemente a Igreja Católica e os diversos ramos do luteranismo continuaram a pressionar o Direito em sentidos variados. Sem dúvida, o cristianismo profético continuou a ter um papel extremamente importante nas mudanças da lei. Por exemplo, na abolição da escravatura, na proteção ao trabalho e na promoção do bem-estar em geral por meio da legislação. E, sem dúvida, por

outro lado, a religião organizada continuava a sustentar o *status quo*, qualquer que ele fosse. Mas o fator fulcral nessa questão – no século XIX e ainda mais no XX – foi uma redução da religião tradicional a uma matéria de interesse privado, pessoal, sem influência pública ou no desenvolvimento do Direito, enquanto outros sistemas de crenças – novas religiões seculares (ideologias, "ismos") – foram elevados ao nível de paixões, fés pelas quais o povo coletivamente estaria disposto não só a morrer, como também a viver novas vidas.

Foram as Revoluções Francesa e Americana que estabeleceram o novo nível de religiões seculares – isto é, introduziram nos movimentos políticos e sociais a psicologia religiosa, assim como muitas das idéias que tinham sido previamente expressas em variadas formas de catolicismo e protestantismo. Primeiramente, uma espécie de ortodoxia religiosa foi preservada por meio de uma filosofia deísta – que, contudo, tinha pouco dessa psicologia, que era a essência da fé religiosa. O que era religioso, de fato, em relação às grandes mentes revolucionárias do final do século XVIII e XIX – homens como Rousseau e Jefferson – não era a sua crença em Deus, mas sim no homem, considerado como homem individual, sua natureza, sua razão, seus direitos. As filosofias política e social que brotaram do Iluminismo eram religiosas, porque elas atribuíam significado definitivo e santidade à mente do indivíduo – e também, deve-se acrescentar, à nação. A era do Individualismo e Racionalismo também foi a era do Nacionalismo: o indivíduo era um cidadão e a opinião pública não era a da humanidade, mas a opinião dos franceses, dos alemães, dos americanos.

Individualismo, racionalismo, nacionalismo – a santíssima trindade da democracia – externaram-se na exaltação da função legislativa e, exceto nos Estados Unidos, provocaram uma redução do papel do Judiciário; na libertação da vontade individual dos poderes e controles públicos, especialmente na esfera econômica; na demanda pela codificação dos Direitos penal e civil; no esforço para tornar mais previsíveis as conseqüências jurídicas das ações individuais, novamente de forma especial na esfera econômica. Esses postulados jurídicos, como Roscoe Pound os teria chamado,[28] foram considerados não apenas como úteis, mas justos e, mais ainda, como integrantes da ordem natural do universo. Pensava-se que a própria vida retirava os seus propósitos e significado desses e de outros princípios a esses conectados de racionalidade jurídica, cujas fontes históricas, na doutrina teológica do Direito Natural e na razão humana, eram evidentes.

A democracia liberal foi a primeira grande religião secular da história do Ocidente – a primeira ideologia que se divorciou da cristandade tradicional e ao mesmo tempo tomou o seu lugar tanto no sentido de ser sagrado como nos seus

valores mais importantes. Mas, ao tornar-se uma religião secular, a democracia liberal confrontou-se, muito rapidamente, com um rival: o socialismo revolucionário. E quando, depois de um século de atividade revolucionária por toda a Europa, o comunismo atingiu o poder na Rússia em 1917, as suas doutrinas tinham adquirido a santidade de revelação divina e os seus líderes o carisma de sumos sacerdotes. Mais ainda, o Partido Comunista tinha, por um lado, a simplicidade e, por outro, a austeridade de uma ordem monástica. Não foi por acaso que, durante as pilhagens depois da Segunda Guerra Mundial, os comunistas leais na Europa costumavam dizer que "não há salvação fora do partido".

Os postulados jurídicos do socialismo, apesar de diferirem em muitos aspectos daqueles da democracia liberal, mostram uma origem comum no cristianismo. O Código de Moral Soviético do Operário do Comunismo, por exemplo, que as crianças deviam decorar na escola, o qual era tomado como sendo a base da política jurídica soviética, contém princípios como: "trabalho consciente para o bem da sociedade – aquele que não trabalhar também não comerá"; "preocupe-se com a parcela de todos para a preservação e o crescimento do bem-estar público"; "coletivismo e assistência mútua como camaradas – um por todos e todos por um"; "honestidade e sinceridade, pureza moral, modéstia e despretensão nas vidas social e privada"; "uma atitude rígida contra a injustiça, o parasitismo, desonestidade, fisiologismo e adoração do dinheiro"; "uma atitude inflexível contra os inimigos do comunismo"; "solidariedade fraternal com os trabalhadores de todas as nações e com todos os povos"[29]. O Direito Soviético é estreitamente remanescente do Código Puritano da Colônia da Baía de Massachussetts, o Corpo de Liberdades (*Body of Liberties*) de 1641, no qual há punição contra desvios ideológicos, vagabundagem e imoralidade pessoal.[30] Ademais, o sistema soviético enfatiza fortemente o papel educacional do Direito e a participação popular nos procedimentos jurídicos e na sua aplicação – por intermédio das Cortes dos Camaradas e Patrulhas do Povo e encarregando pessoas de cuidarem das coletividades, da fábrica ou da vizinhança. Mais ainda, isso é feito em nome de uma escatologia que prevê o desaparecimento da coerção e do próprio Direito, na medida em que a sociedade comunista é criada para ser aquela em que todas as pessoas irão tratar as outras – novamente nas palavras do Código de Moral Soviético do Operário do Comunismo – como "camarada, amigo e irmão". Não é de modo algum ilógico que, nessa visão utópica, meios de coerção severos e direito formal possam ser usados para atingir tais objetivos.

A crise da Tradição Jurídica Ocidental

Afirmar que a Tradição Jurídica Ocidental, assim como a civilização ocidental como um todo, pela maior crise de todos os tempos no século XX, não é algo demonstrável cientificamente, é algo que se sabe, em última análise, por intuição. Eu sinto que estamos no meio de uma crise de valores e ideais jurídicos em que toda a nossa tradição jurídica está sendo desafiada – não apenas os assim chamados conceitos liberais dos últimos séculos, mas toda a estrutura jurídica ocidental, que data do final do século XI e do século XII.

Essa crise é gerada tanto por elementos internos como externos à experiência jurídica ocidental. Internamente, mudanças sociais e econômicas, bem como transformações políticas de magnitude sem precedentes, colocaram uma pressão tremenda sobre as instituições jurídicas tradicionais, valores e conceitos jurídicos de virtualmente todos os países do Ocidente. No entanto, mesmo no passado, houve levantes revolucionários que ameaçaram destruir elementos fundamentais da Tradição Jurídica Ocidental, que sobreviveu, apesar de tudo. O que há de novo hoje é o desafio de toda a tradição, e não mais de alguns elementos ou aspectos particulares; isso se manifesta, sobretudo, no confronto com as civilizações e filosofias "não-ocidentais". No passado, o homem ocidental levava consigo, de forma confiante, o seu Direito através do mundo. O mundo de hoje, contudo, está, como nunca esteve, desconfiado do Direito em estilo ocidental. Homens do Oriente e do Sul oferecem alternativas. O próprio Ocidente começou a duvidar da validade universal de sua visão de Direito, especialmente em relação aos não-ocidentais. O Direito que era "natural" passa a ser somente "ocidental". E muitos ainda dizem que, mesmo no Ocidente, ele está obsoleto.

A crise é vista, por vezes, de forma menos apocalíptica, como sendo não um desafio a toda a Tradição Jurídica Ocidental, ou mesmo a seus princípios fundamentais cunhados nos últimos nove séculos, mas apenas à aplicação de alguns de seus princípios às novas circunstâncias do século XX, ou menos ainda como desafio a certas variações do Direito "liberais" ou "burguesas", que prevaleceram desde o século XVIII, ou possivelmente desde o XVII ou XVI. Diz-se que em todos os países do Ocidente o Direito está se afastando das bases individualistas que acompanharam a mudança das ordens política, econômica e social do "medieval" para o "moderno" e indo em direção a um novo tipo de coletivismo. Desse ponto de vista, a crise do século XX é comparável a outras sofridas pelo Direito, como a que ocorreu após a Revolução Francesa de 1789 ou após a Revolução Inglesa de

1640, ou depois da Alemã de 1517. Da mesma forma que essas revoluções, diz-se, inauguraram uma nova era em que o Direito burguês ou "capitalista" substituiu o "feudal", a Revolução Russa de 1917 inaugurou uma nova era, em que o Direito "socialista" estaria substituindo o capitalista ou burguês.

É verdade que no século XX virtualmente todas as nações ocidentais experimentaram a introdução de controles governamentais fortes e totalitários na maioria dos aspectos da vida econômica. Muitos países nacionalizaram as suas produções e introduziram controles e planejamento governamental sobre o planejamento econômico. Outros países adotaram uma forma de capitalismo estatal em que a responsabilidade imediata pela produção, distribuição e investimento está ao encargo de corporações empresariais de grande escala, sujeito a controle por parte de algumas agências governamentais. A declaração de Lênin em 1921 é aplicável a outras economias: "Entre nós, o que concerne à economia é uma questão de Direito público e não privado". Nos Estados Unidos, por exemplo, campos do Direito Administrativo, como a imposição tributária, o gerenciamento das relações de trabalho, regulação do mercado de capitais, plano social de acesso à habitação, seguridade social, proteção ambiental e várias outras, que sequer existiam antes da Grande Depressão, atingiram predominância hoje.

Ademais, o que foi concebido anteriormente como Direito privado, também sofreu transformação no século XX devido à radical centralização e burocratização da vida econômica, das quais o socialismo, de uma forma ou de outra (incluindo o capitalismo onde há controle estatal da economia), é um aspecto ou conseqüência. O Direito dos contratos, por exemplo, que sempre foi visto como um conjunto de regras para dar efeito aos acordos voluntários consoante à vontade das partes, limitadas apenas por políticas públicas mais amplas, foi forçado no século XX a adaptar-se a uma nova realidade econômica, na qual os termos dos mais importantes contratos são ditados por grandes corporações, os quais o consumidor têm de "pegar ou largar". De forma parecida, no Direito da propriedade, os interesses governamentais e das grandes empresas intervieram para retirar de grande parcela dos proprietários uma grande parte de suas faculdades de gozo, uso e disposição – isto é, de direitos que vinham sendo considerados como inerentes à senhoria – ao mesmo tempo em que se lhes impunham obrigações que, no mais das vezes, eram explicadas pelo Direito Administrativo e não pelo Civil. Por todo o Ocidente, as propriedades comercial, industrial e corporativa estão ficando cada vez mais sujeitas à regulamentação administrativa, enquanto o proprietário individual mal pode plantar uma árvore ou construir uma extensão de sua cozinha sem permissão governamental.

Similarmente, a responsabilidade civil, que tradicionalmente foi concebida para ser um corpo de regras para compensar perdas causadas por condutas dolosas ou negligentes, transformou-se pelo surgimento de responsabilidade por danos causados de forma inocente, incidentais a várias atividades econômicas – assim chamadas responsabilidades absolutas (*absolute liability*), cujas bases e limites permanecem ainda por definir. Afirma-se que a "teoria geral dos contratos", que é o conjunto de conceitos e doutrinas básicas desenvolvidas no século XIX, como o "direito dos contratos", aplicável a todas as transações contratuais, está hoje morta e que os princípios da responsabilidade por quebras contratuais acham-se cada vez mais no direito da responsabilidade civil,[31] apesar de muitos afirmarem que a teoria geral da responsabilidade civil, desenvolvida mais ou menos ao mesmo tempo que a teoria geral dos contratos, está, do mesmo modo, morta. A grande divisão de todo o Direito em público e privado e a sua subdivisão em diversos ramos como o civil, administrativo, penal etc. foi um produto do pensamento do século XVIII, o Iluminismo, e foi estabelecido pela Revolução Francesa. Ele espalhou-se por toda a Europa e, finalmente, atingiu os Estados Unidos. Não poderia sobreviver ao desenvolvimento do socialismo do século XX – tanto às economias completamente planejadas nos países do bloco comunista como às formas "sociais" de governo nos países não-comunistas do Ocidente.

Mudanças fundamentais aconteceram por todo o Ocidente, não apenas naquilo que era tradicionalmente chamado de Direito Público e Privado, mas também naquilo que poderia ser denominado de Direito Social, incluindo o Direito de Família, assim como leis que afetam as relações raciais, relações de classes, relações de sexo e relações entre gerações. Casamento e divórcio passaram a ser, cada vez mais, uma questão consensual, enquanto o pátrio poder sobre as crianças tem se reduzido substancialmente. Enquanto a família tem sido deixada cada vez mais sozinha, as relações sociais concernentes aos sexos, raças e classes têm, cada vez mais, sido sujeitas a restrições jurídicas para evitar a discriminação. Essas mudanças foram parcialmente associadas aos movimentos socialistas, apesar de serem elas apenas indiretamente associadas ao controle governamental da economia. Em todo caso, elas também constituem desenvolvimentos jurídicos que não são facilmente associáveis às categorias da Tradição Jurídica Ocidental.

O Direito Penal também sofreu mudanças drásticas em praticamente todos os países do Ocidente como resultado da integração e coletivização da economia, urbanização, produção em massa, industrialização e fenômenos relacionados. Novos tipos de crime surgem: roubos de grande escala em propriedades corporativas, sejam possuídas pelo governo, sejam possuídas por grandes

sociedades; crimes do "colarinho branco", incluindo fraude fiscal, fraudes em depósitos coletivos e violações de leis *anti-trust*; tráfico de drogas e crimes relacionados com os centros urbanos; e, no outro espectro, crimes políticos e ideológicos, que ganharam predominância sobre os crimes "tradicionais" de homicídio, estupro, roubo, furto, incêndio criminoso. Mudanças críticas na natureza e incidência dos crimes foram acompanhadas por mudanças comparáveis nas teorias de crime e punição, assim como nos modos de efetivar o Direito.

Essas e outras mudanças nos sistemas jurídicos dos países do Ocidente podem ser chamadas de revolucionárias, não apenas por serem mudanças fundamentais, mas também por terem ocorrido rapidamente e por serem uma resposta a levantes revolucionários nas áreas política, econômica e social. Na Rússia e em outros países, esses levantes desenvolveram-se no formato típico de revoluções, nas quais um sistema político, econômico, social e ideológico é abruptamente substituído por outro. Em outros países, essas mudanças tomaram uma forma mais suave, de integração na vida nacional, por meio da tecnologia e das comunicações, de uma organização crescente em unidades maiores, da expansão de controles governamentais. Em todos, contudo, ocorre mais do que uma revolução tecnológica; também se trata de uma revolução política e ideológica.

A história do Direito Ocidental está em um ponto crucial e marcante, como aqueles da Revolução Francesa de 1789, da Revolução Inglesa de 1640 e da Revolução Germânica de 1517. As duas gerações que conheceram o mundo após a Revolução Russa – não apenas na União Soviética, mas em todo o Ocidente – testemunharam uma ruptura substancial com o individualismo do Direito tradicional, uma quebra com a sua ênfase na propriedade privada e autonomia contratual, nas suas limitações quanto à responsabilidade civil por danos causados por uma atividade empresarial, na sua forte atitude moral em face do crime e em muitos de seus postulados básicos. Por outro lado, essas gerações testemunharam uma virada em direção a uma ênfase no Estado e nas propriedades sociais, regulamentação da liberdade contratual em benefício da sociedade, expansão da responsabilidade civil por danos causados por atividades empresariais, uma atitude utilitarista em vez de uma atitude moral em face do crime e outros postulados básicos.

Essas mudanças radicais constituem um grande desafio aos valores, procedimentos, instituições, conceitos, regras e modos de pensar do Direito Ocidental tradicional. Elas ameaçam a sua objetividade, pois colocam o Estado como uma parte invisível na maior parte dos procedimentos jurídicos entre indivíduos ou entidades corporativas – o mesmo Estado que faz a lei e organiza as cortes para

aplicá-la. Essa pressão invisível aumenta nos Estados comunistas em função do acentuado controle central sobre o aspecto não apenas econômico, mas também político, cultural e ideológico da vida; nos Estados não-comunistas, esse controle de aspectos não-econômicos da vida também aumentou, apesar de estarem nas mãos de grandes entidades burocráticas e não propriamente do Estado.

Como a presente crise é comparável a crises revolucionárias que sacudiram a Tradição Jurídica Ocidental anteriormente, pode-se afirmar que se devem reunir recursos de toda a Tradição para superá-la, como foi feito para ultrapassar outras crises revolucionárias nos períodos anteriores. Contudo, essa crise é mais profunda. É uma crise não apenas do individualismo, que se desenvolveu desde o século XVIII, ou do liberalismo, tal como se desenvolveu a partir do século XVII, ou do secularismo, que se desenvolveu desde o século XVI; é uma crise de toda a tradição, tal como concebida desde o final do século XI.

Apenas quatro – as primeiras quatro – das dez características da Tradição Jurídica Ocidental permanecem como características básicas do Direito no Ocidente hoje:

1. O Direito é relativamente autônomo, na medida em que permanece diferenciado da política e da religião, assim como de outros tipos de instituições sociais e de outras ciências.

2. Ainda está entregue aos cuidados de especialistas, como legisladores, juízes, advogados e professores.

3. Centros de treinamento jurídico ainda florescem onde instituições jurídicas são concebidas e, em certa medida, sistematizadas.

4. Um tal ensino jurídico constitui ainda um metadireito por meio do qual regras e instituições jurídicas são avaliadas e explicadas.

É importante destacar a sobrevivência dessas quatro características do Direito, apesar dos ataques sofridos nos primeiros anos da Revolução Russa e, de novo, nos anos 1930 – como aconteceu nos casos das grandes revoluções anteriores –, contra a autonomia do Direito, o seu caráter profissional, contra o seu *status* como uma disciplina e como ciência. Em outros países do Ocidente, foi proposto, parte por influência de marxistas e leninistas nos anos 1920 e 1930, que o Direito e os advogados deveriam ser eliminados, ou pelo menos restringidos, por serem desnecessários e danosos à sociedade. Nos anos 1960 e início dos 1970, a Revolução Chinesa levou a proposta a sério: todas as escolas de Direito foram fechadas e a maior parte dos advogados desapareceu. Apenas no final dos anos 1930, na União Soviética, e final dos anos 1970, na China, o "niilismo jurídico" foi denunciado.

Todas as demais seis características da Tradição Jurídica Ocidental foram seriamente enfraquecidas na última parte do século XX, especialmente nos Estados Unidos.

5. O Direito no século XX, tanto em teoria como na prática, tem sido tratado cada vez menos como um todo coerente, como um corpo, como um *corpus juris*, e cada vez mais como uma mistura de coisas diferentes, uma massa fragmentária de decisões *ad hoc* e regras conflitantes unidas apenas por "técnicas" comuns. O velho metadireito ruiu e foi substituído por uma espécie de cinismo. A categorização do século XIX, que dividia o Direito por ramos, é vista cada vez mais como obsoleta. Ainda, velhos elementos estruturais do Direito – como, na Inglaterra e na América, as velhas formas de ação pelas quais a *Common Law* foi um dia integrada e que, em 1906, Maitland afirmava que "ainda nos regiam do seu túmulo" – foram praticamente abandonados. A divisão do século XVI do Direito em público e privado teve que declinar perante o que Roscoe Pound denominou em meados dos anos 1930 de "novo feudalismo". Contudo, é um feudalismo em que falta o conceito essencial de hierarquia das fontes, por meio do qual uma pluralidade de jurisdições pode harmonizar-se e conflitos de normas serem dirimidos. Na ausências de novas teorias que dariam ordem e consistência à estrutura do Direito, um pragmatismo primitivo é invocado para justificar normas e decisões individuais.

6. A crença no crescimento e desenvolvimento do Direito ao longo das gerações também se enfraqueceu substancialmente. A noção que se tem é que o desenvolvimento do Direito – o seu crescimento aparente por meio da reinterpretação do passado, seja através do precedente, seja através do código – é apenas ideológico. O Direito é apresentado como não tendo uma história própria, e a história que apresenta é, no melhor dos casos, uma cronologia e, na pior das hipóteses, uma mera ilusão.

7. As mudanças que ocorreram no passado, assim como as que estão acontecendo no presente, não são vistas como uma resposta da lógica interna de crescimento do Direito para resolver tensões entre ciência e prática jurídicas, mas como respostas a pressões externas.

8. A visão de que o Direito transcende a política – a visão de que em todo dado momento, ou ao menos durante o seu desenvolvimento histórico, o Direito é distinto do Estado – parece ter evoluído para outra de que o Direito é basicamente e sempre um instrumento do Estado, isto é, um meio de efetivar a vontade daqueles que exercem a autoridade política.

9. A fonte da supremacia do Direito na pluralidade de jurisdições e sistemas jurídicos no mesmo ordenamento jurídico fica ameaçada no século XX pela

tendência em todos os países de abarcar os diversos sistemas e jurisdições em um único programa central de regulamentações administrativas e legislativas. As Igrejas deixaram de ser, há muito, um contrapeso às autoridades seculares. Os costumes mercantis e outras fontes autônomas das ordens econômica e social foram, há muito, superadas pelos controles administrativo e legislativo. O Direito Internacional reclamou uma expansão de suas fronteiras teóricas para superar o Direito nacional, mas este acabou por incorporá-lo ou torná-lo ineficaz como recurso a seus cidadãos. Nos Estados federais, como os Estados Unidos, a possibilidade de escapar de uma corte para a outra diminuiu sensivelmente. O conceito de Blackstone, datando de dois séculos atrás, de que vivemos imersos em uma pluralidade considerável de sistemas jurídicos não encontra eco no pensamento jurídico do presente.

10. A crença de que a Tradição Jurídica Ocidental transcende as revoluções, já que precede e sobrevive aos grandes levantes totais que periodicamente sacudiram as nações do Ocidente, é desafiada pela idéia de que o Direito está inteiramente subordinado às revoluções. A superação de um conjunto de instituições políticas e a sua substituição por outro leva a um Direito inteiramente novo. Mesmo se as velhas formas são mantidas, elas estão repletas de novos conteúdos, novos propósitos e não devem ser identificadas com o passado.

A crise na Tradição Jurídica Ocidental não é apenas uma crise da Filosofia do Direito, mas sim uma crise do próprio Direito. Os jusfilósofos sempre debateram – e provavelmente vão continuar a fazê-lo – se o Direito está baseado na moralidade e na razão ou se é meramente a vontade do detentor do poder político. Não é necessário resolver esse debate para concluir que historicamente é um fato que esses sistemas jurídicos são herdeiros da Tradição Jurídica Ocidental, que são baseados em certas crenças ou postulados e que os próprios sistemas pressupõem a validade dessas crenças. Hoje, tais crenças ou postulados – assim como a integridade estrutural do Direito, o seu caráter de contínuo desenvolvimento, as suas raízes religiosas, as suas qualidades transcendentes – estão rapidamente desaparecendo não apenas das mentes dos legisladores, juízes, advogados, professores de Direito e outros membros da comunidade jurídica, mas também da consciência da vasta maioria dos cidadãos, do povo em geral. O Direito está se tornando mais fragmentário, mais subjetivo, legado mais à praticidade do que à moralidade, preocupado mais com as conseqüências imediatas do que com a sua consistência ou continuidade. Assim, o terreno histórico está sendo varrido no século XX e a própria tradição está ameaçada de entrar em colapso.

A quebra da Tradição Jurídica Ocidental deriva apenas parcialmente das revoluções socialistas que foram inauguradas na Rússia em outubro de 1917 e que gradualmente se espalharam pelo Ocidente (assim como por outras partes do mundo também), disfarçadas em formas normalmente mais suaves. Ela deriva apenas em parte da massificada intervenção estatal na economia da nação (o Estado do bem-estar social) e apenas em parte da massificada burocratização da vida econômica e social por meio de imensas entidades corporativas (Estado-corporação). Ela deriva muito mais da crise da civilização ocidental, que começou em 1914 com o início da Primeira Guerra Mundial. Isso significou mais do que uma revolução econômica e tecnológica. Se não tivesse acontecido, o Ocidente seria capaz de adaptar as suas instituições jurídicas às novas necessidade sociais, como já havia feito no passado, em outras épocas revolucionárias. A sociedade ocidental teria sido capaz de acomodar o socialismo – em qualquer das suas variedades – na sua Tradição Jurídica. Mas a desintegração dos próprios fundamentos da Tradição Jurídica Ocidental não poderia ser acomodada; e os maiores desafios a esses alicerces são a perda da confiança no próprio Ocidente, como civilização, como comunidade, e na Tradição Jurídica que por nove séculos ajudou a sustentá-lo.

Quase todas as nações do Ocidente estão ameaçadas hoje por um cinismo em relação ao Direito, levando-o a ser desprezado por quase todas as classes sociais. As cidades tornaram-se cada vez mais perigosas. O sistema de bem-estar social está praticamente quebrado sob regulamentações inexeqüíveis na prática. Há uma violação crônica do Direito Tributário por parte dos ricos, dos pobres e da classe média. Raramente se vê uma profissão que não seja pega escapando de alguma regulamentação governamental. E o próprio governo, de cima até embaixo, é flagrado em ilegalidades. Mas esse não é o ponto principal. O ponto principal é que os únicos que parecem ter crise de consciência com esse estado de coisas são aqueles poucos que tiveram os seus crimes expostos.

Afronta e cinismo perante o Direito foram estimulados pela revolta contra aquilo que se denominou, por vezes, de formalismo jurídico, que enfatiza a aplicação de regras uniformes como elemento central da argumentação jurídica e da idéia de justiça. De acordo com Roberto M. Unger, com o desenvolvimento do Estado de bem-estar social, por um lado, e com o Estado-corporação, por outro, o formalismo está desenvolvendo-se com uma ênfase nas políticas públicas tanto na argumentação jurídica como na idéia de justiça.[32] Argumentação jurídica orientada pelas políticas, escreve Unger, é caracterizada pela ênfase em largos parâmetros de correção e responsabilidade social. Ele liga essa mudança no pensamento ocidental "pós-liberal" a uma mudança de parâmetros de linguagem. "A linguagem não é mais creditada com a fixidez de categorias e a representação transparente, que faria o formalismo plausível na argumentação jurídica ou em idéias sobre a justiça", escreve ele.[33] Assim descrita, a revolta contra o formalismo parece inevitável e benigna. Nessas condições, é de se questionar o que na justiça discricionária evita que ela seja um instrumento de repressão ou mesmo da barbárie e brutalidade, como sucedeu na Alemanha nazista. Unger argumenta que isso se previne pelo desenvolvimento de um forte senso de comunidade, unindo todos os grupos compreendidos pela sociedade. Contudo, infelizmente, o desenvolvimento de um tal senso de pluralismo de grupo fica comprometido pelos termos de algumas considerações subjacentes ao ataque ao formalismo. A maior parte das comunidades que extrapolam um tamanho reduzido, onde todos se conhecem, quase não pode sobreviver sem um elaborado sistema de regras, sejam costumeiras, sejam legisladas. Dizer isso não é negar que, no final do século XIX e início do XX, em muitos países do Ocidente, havia uma preocupação excessiva com a consistência lógica do Direito, que ainda persiste em alguns locais; a reação contra essa preocupação, contudo, perde sua justificação quando se torna ataque a regras individuais e à tradição de Direito Ocidental, que visa alcançar o equilíbrio entre a regra, o precedente, a política e a eqüidade – todos os quatro.

O ataque a qualquer um desses quatro fatores leva ao enfraquecimento dos demais. Em nome do antiformalismo, o significado das políticas públicas aproximou-se perigosamente da vontade dos detentores do poder. "Justiça social" e "racionalidade substantiva" tornaram-se identificadas com o pragmatismo. A "justiça" perdeu as suas raízes históricas e filosóficas e é impulsionada pelos ventos da doutrina da moda. A linguagem do Direito passa a ser vista como necessariamente complexa, ambígua e retórica (o que é verdade), bem como completamente contingente, contemporânea e arbitrária (o que não é verdade). Esses são prelúdios de uma era "pós-ocidental" e não meramente "pós-liberal". O cinismo em relação ao Direito e o desrespeito sistemático às suas regras não serão reparados pela simples adesão a um assim chamado realismo que negue a autonomia, a integridade e o caráter evolutivo da nossa tradição jurídica. Nas palavras de Edmund Burke, aqueles que não olham para trás, para o seu passado, não verão à frente, a sua posteridade.

Isso certamente não quer dizer que o estudo do passado irá salvar a sociedade, que se move de forma inevitável para o futuro, mas que o faz andando para trás, isto é, com os olhos no passado. Oliver Cromwell dizia: "O homem nunca atinge uma altura elevada, senão quando sabe de onde veio". Ele entendeu o significado revolucionário do respeito pela tradição.

Em direção a uma teoria social do Direito

Duas palavras que moldaram a compreensão do homem moderno sobre o passado tornam difícil a apreensão do significado da Tradição Jurídica Ocidental.

A primeira dessas palavras é "medieval" (ou Idade Média), que veio a ser introduzida no século XVI para caracterizar, por um lado, o período entre a cristandade nascente e a Reforma Protestante e, por outro, aquele entre a Antigüidade Clássica e o "Novo Humanismo" (o Renascimento, como foi chamado por Michelet trezentos anos mais tarde). O termo medieval era conveniente, também, para os defensores da Contra-Reforma Católica, uma vez que não só demonstrava que o protestantismo era uma inovação, mas que o catolicismo tinha uma linha de continuidade desde, pelo menos, o tempo de Constantino. Mais tarde, também se mostrou conveniente para os historiadores nacionalistas do século XIX para marcar o período entre a queda do Império Romano e a ascensão dos Estados nacionais soberanos.

Quão surpreendente é descobrir que virtualmente todos os sistemas jurídicos ocidentais originaram-se exatamente no meio da Idade Média!

O segundo termo a ser exorcizado é "feudalismo", que veio a ser identificado como a estrutura econômico-social da Idade Média. A Idade Média do feudalismo era comparada à Idade Moderna do capitalismo. O capitalismo ligava-se ao individualismo e ao protestantismo, enquanto o feudalismo com o tradicionalismo e o catolicismo.

O conceito de feudalismo está quase tão carregado de presunções ideológicas ocultas quanto o de Idade Média. O adjetivo feudal deriva do substantivo concreto *fief* (*feod*) e passou a partir do século XI a ter significado técnico, político, social e jurídico; já o substantivo abstrato feudalismo, referindo-se ao sistema socioeconômico como um todo, só foi inventado no século XVIII.[34] A Revolução Francesa propôs-se a abolir o feudalismo (*féodalité*) e a sociedade feudal (*société féodale*). Um decreto de 11 de agosto de 1789 proclamava: "A Assembléia Nacional abole completamente o regime feudal". Como Marc Bloch disse: "Como alguém poderia a partir dessa época negar a existência de algo que tinha sido tão difícil de destruir?".[35] A ironia de Bloch é justificada pela declaração de um importante historiador marxista inglês: Christopher Hill. Ao atacar a visão de que o feudalismo tinha acabado no século XVI juntamente com a servidão, Hill destacou: "Se o feudalismo foi abolido junto com a servidão, então a França de 1788 não era um

Estado feudal e nunca houve uma revolução burguesa no sentido de uma revolução que acabasse com o Estado feudal"[36]. Em outras palavras, o feudalismo não poderia ter acabado duzentos anos antes de 1789; se isso fosse verdade, a Revolução Francesa teria sido lutada em vão e, mais sério, a teoria marxista estaria equivocada.

Assim, todas as ideologias do século XIX, incluindo o marxismo, conspiraram para minimizar, ignorar ou negar as raízes profundas das instituições e valores ocidentais na era pré-protestante, pré-humanista, pré-nacionalista, pré-individualista e pré-capitalista. E todas conspiraram para ocultar a quebra na história ocidental, que aconteceu no final do século XI e no século XII. Essa falsa periodização da história ocidental não só levou a muitos erros por parte dos historiadores convencionais com relação ao movimento histórico da Idade Média para a Moderna, mas também confundiu os teóricos sociais em seus esforços para traçar linhas de uma sociedade moderna para uma "nova" (socialista, pós-liberal, pós-moderna).

A crença de que a sociedade ocidental desenvolveu-se de um período feudal para uma era do capitalismo sempre carrega consigo uma implicação, que é a de que a base da estrutura social é econômica e que o Direito é parte de uma "superestrutura ideológica", usada pelos detentores do poder econômico como um instrumento para implementar as suas políticas. Contudo, a Tradição Jurídica Ocidental não poderia ser compreendida como um simples instrumento de dominação econômica ou política; também deve ser vista como um importante componente da estrutura básica da sociedade ocidental. Ela é, ao mesmo tempo, reflexo e determinante dos desenvolvimentos político e econômico. Sem os direitos constitucional, comercial, contratual, da propriedade, que se desenvolveram na Europa a partir do século XII até o XV, as mudanças econômicas e políticas do período que abrange do século XVII ao XIX, identificadas hoje pelos teóricos da sociedade como capitalismo, não teriam sido possíveis.

Mais ainda, o termo "feudal" é usado para ocultar o fato de que, no seu período formativo de desenvolvimento, as instituições e valores jurídicos ocidentais freqüentemente desafiaram os sistemas político e econômico então dominantes. Houve freqüentes lutas entre o Direito e a opressão da classe feudal, entre o Direito e o poder dos magnatas urbanos, entre o Direito e os interesses do clero, entre o Direito e a dominação real. Servos que escapavam para as cidades reclamavam a sua liberdade, sob a proteção do Direito da cidade, depois de ano e dia. Cidadãos rebelavam-se contra os regentes das cidades, fundados nos princípios de Direito Constitucional contidos nas cartas urbanas. Barões demandavam antigos

privilégios e direitos dos reis. Príncipes e papas lutavam entre si, cada um clamando que o seu poder econômico-social estava sendo exercido com violação dos princípios dos Direitos Divino e Natural, contra o espírito das leis e mesmo contra a sua letra. Nessas e em outras lutas, o Direito era invocado contra fatores e condições materiais vigentes; ele virou-se contra a própria estrutura social que o tinha moldado, por assim dizer.

De forma semelhante em sua história, o Direito Ocidental foi invocado periodicamente contra a política e os valores morais prevalecentes na sociedade – os mesmo valores que dizem tê-lo gerado e dos quais ele deveria partilhar. O Direito é empregado para proteger o dissidente, o herege, apesar de as autoridades políticas e a opinião pública condenarem a dissidência ou a heresia. O Direito pode proteger o coletivo contra a dominação do individualismo, assim como pode proteger o indivíduo contra um coletivismo dominante. Essa lealdade do Direito a seus próprios valores é dificilmente explicável nos termos de uma teoria instrumental que vê as instituições jurídicas meramente como um instrumento da classe dominante ou da elite política.

O Direito – pelo menos na história ocidental – não pode ser reduzido simplesmente às condições materiais da sociedade que o produziu, nem ao sistema de idéias e valores; ele também deve ser enxergado, em parte, como um fator independente, como uma das causas, e não apenas como um dos resultados, dos desenvolvimentos econômico, social, político, intelectual, moral e religioso.

A primeira tarefa de uma teoria social do Direito hoje – quase um século e meio após Karl Marx e quase um século depois de Max Weber – é escapar dos conceitos excessivamente simplificados de causalidade e de direito. Qualquer que seja o significado que os filósofos queiram dar a idealismo e a materialismo, de um ponto de vista histórico, o fato de Hegel estar errado quando afirmou que a consciência determinava o ser não implica o acerto de Marx ao afirmar o contrário. Na história, na vida real, um não "determina" o outro; normalmente eles caminham juntos; quando eles não o fazem, por vezes um e por vezes o outro é o fator decisivo. Uma teoria social do Direito deveria enfatizar a interação do espírito com a matéria, das idéias com a experiência na sua definição e análise do Direito. Ela deveria fazer as três escolas tradicionais da Jurisprudência – a escola política do Direito (positivismo), a escola moral (teoria do Direito Natural) e a escola histórica (Jurisprudência Histórica) – unitem-se em uma Jurisprudência Integrante.

A segunda tarefa de uma tal teoria social do Direito hoje é adotar uma historiografia adequada à história do Direito em vez de uma derivada principalmente da história econômica, da história da filosofia e outros tipos de história. Ela deve

necessariamente enfrentar o fato de que os sistemas jurídicos começaram a ser construídos no final dos séculos XI e XII e que algumas das características desses sistemas sobreviveram às revoluções dos séculos XVI a XX. Outro fato a ser enfrentado é que o primeiro sistema jurídico ocidental foi o Direito Canônico da Igreja Católica Apostólica Romana; este sistema jurídico tem muitas características em comum com o que os teóricos da sociedade chamam hoje de sistema jurídico secular, racional, materialista e individualista da sociedade capitalista. O dualismo entre as jurisdições secular e eclesiástica é um carácter distintivo, senão único, da cultura ocidental. Uma teoria social do Direito deve fornecer uma explicação para isso, a qual deve, por sua vez, certamente oferecer uma explicação para o conceito ocidental de grupos corporativos plurais e a relação desse pluralismo com o dualismo do secular com o eclesiástico. Esse é um problema historiográfico, e não apenas sociológico, já que envolve a interpretação das grandes revoluções da história ocidental, por meio das quais os Estados nacionais engoliram grandes parcelas da jurisdição da Igreja e, em última análise, também uma grande parte das jurisdições dos grupos corporativos seculares.

Uma tal historiografia deve levar a uma teoria social *geral*, que vê a história do Ocidente não como uma série de transições do feudalismo para o capitalismo e deste para o socialismo, mas como uma série de transições de grupos corporativos plurais dentro de uma abrangência eclesiástica para Estados nacionais que se encontram dentro de uma esfera invisível religiosa e cultural, e daí para uma série de Estados nacionais sem uma unidade ocidental, procurando novas formas de unidade em escala mundial.

Tomando essa perspectiva histórica, uma teoria social do Direito estaria preocupada com a base que sempre fundamentou a Tradição Jurídica Ocidental, mesmo no auge do Estado nacional, que é a crença na existência de um conjunto de normas além daquelas emanadas da mais alta autoridade política, já chamado de Direito Divino, Direito Natural e recentemente de direitos humanos; e também com o fato de que essa crença sempre dependeu da vitalidade dos diversos sistemas jurídicos das comunidades nacionais (cidades, regiões, sindicatos), assim como comunidades que ultrapassam as fronteiras nacionais (associações internacionais mercantis e bancárias, agências internacionais, igrejas).

Ademais, é tarefa de uma teoria social do Direito contemporânea estudar os destinos do Direito nos períodos de mudança revolucionária, não tanto para examinar a rápida substituição de novos direitos, mas para examinar os modos pelos quais as fundações são ou não estabelecidas, com o fito de garantir uma ordem jurídica estável e justa no futuro, após o fim da revolução.

Por fim, uma teoria social do Direito deve mover-se para além do estudo dos sistemas jurídicos ocidentais, para um estudo dos sistemas e tradições jurídicas não-ocidentais, para o encontro dos Direitos ocidental e não-ocidental, assim como para o desenvolvimento de uma linguagem jurídica comum a todo o gênero humano. Fica nessa direção a saída para a crise do sistema jurídico ocidental no final do século XX.

Notas

1. Esse movimento é geralmente chamado de Reforma Gregoriana em vez de Reforma; contudo, a palavra "reforma" é uma tradução do termo latino original *reformatio*, que em outros contextos é quase que invariavelmente traduzido como "reforma".
2. FULLER, Lon L. . *The Morality of Law*. New Haven, 2. ed., 1964, p. 106.
3. NISBET, Robert A. *Social Change and History*. Nova York, 1969, p. 1. Neste livro, Nisbet ataca o uso de metáforas desse tipo para mudanças sociais; contudo, ele não ataca o problema de sua aplicação à consciência ou ideologia de uma sociedade que experimenta a mudança que se acredita de crescimento ou desenvolvimento. Em um trabalho posterior, o autor admite uma metáfora suavizada. Confira-se o seu *History of the Idea of Progress*. Nova York, 1980.
4. POLLOCK, Sir Frederick e MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law*. Cambridge, 1968, II, p. 561. A edição original é de 1898.
5. *Trespass* foi um remédio para o mal causado diretamente pelo ato danoso do réu; *trespass on the case* desenvolveu-se posteriormente como um remédio para o mal causado "indiretamente", incluindo conduta negligente ou descumprimento negligente de um acordo. Veja-se, por todos, KIRALFI, Albert K. *The Action on the Case*, Londres, 1951.
6. No princípio do século XX, o historiador do Direito e sociólogo Max Weber confirmou que o Ocidente desenvolveu um método de pensamento jurídico que lhe é exclusivo. Cf. RHEINSTEIN, Max. *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge, Mass., 1996, pp. 304-305. Contudo, ele identificou esse método por meio de apenas um dos seus caracteres, que ele denominou "racionalidade formal" (*formal rationality*). Este foi o método dos juristas do século XIX, especialmente na Alemanha (apesar de não ser o mesmo daquele na Inglaterra, segundo o autor), os quais se preocupavam em construir uma estrutura lógica que consistia em uma regra coerente de normas abstratas, nos termos das quais os fatos de um determinado caso ou problema poderiam ser identificados, com a resolução, por via de conseqüência, do caso ou problema. Esse método foi chamado pelos seus oponentes de Jurisprudência dos Conceitos, ou conceitualismo (*Begriffjurisprudenz*). Max Rheinstein sugere que Max Weber, na sua *Sociologia do Direito*, tentou determinar se a argumentação jurídica assim concebida era causa ou efeito da ascensão do capitalismo. Rheinstein afirmou que esse método era característico do Direito Civil europeu, em contraste com a *Common Law* inglesa, "enquanto desenvolvido a partir do século XII nas universidades; primeiro na Itália e depois na França, Holanda e Alemanha". *Max Weber*, p. 14. Ainda assim, basta ler as obras da literatura jurídica dos séculos XII e XIII, seja de Direito Romano (Direito Civil), Canônico, emanado dos reis, feudal ou da cidade, seja na França, Itália, Sicília ou Inglaterra, para saber que o conceitualismo no sentido do século XIX foi apenas uma parte, e nem mesmo a maior parte, da argumentação jurídica desses primórdios. Deu-se uma grande ênfase, em todos os sistemas jurídicos da época, à derivação de regras e conceitos a partir de casos concretos, que, afirmam corretamente Rhenstein e outros, é primariamente o método de argumentação da tradição da *Common Law* inglesa. As Decretais Papais, por exemplo, que foram a maior fonte do Direito Canônico nos séculos XII e seguintes, eram essencialmente as conclusões dos casos decididos pela corte papal. Além disso, foi desenvolvida uma série de métodos dialéticos para reconciliar autoridades aparentemente conflitantes, incluindo a exposição de ambigüidades e a avaliação do prestígio dos autores. Acima de tudo, a integração dos sistemas jurídicos foi acompanhada da idéia aparentemente cunhada por Graciano de hierarquia das fontes do Direito. Logo nas primeiras linhas do seu *Concordância dos Cânones Discordantes*, escrito em cerca de 1140, o autor afirmou que, em caso de conflito, o costume deveria ceder à lei; esta deveria ceder ao Direito Natural, ao qual sobrepunha-se, por fim, o Direito Divino. Isto significava que os costumes, que foram a principal forma sob a qual o Direito manifestava-se então, deveriam ser analisados à luz da razão e, caso se achasse que eram incompatíveis, aqueles deveriam ser rejeitados. Isto dificilmente poderia ser caracterizado como sendo uma manifestação de "raciocínio formal" ou de "formalismo lógico" no sentido weberiano. Ainda assim, essa idéia deu base para a integração dos vários sistemas jurídicos em vários "corpos normativos" – não somente de regras, mas também de princípios e padrões, assim como procedimentos e decisões.
   De forma mais genérica, a classificação de Weber de todos os sistemas jurídicos nessas três categorias abertas – racional, tradicional e carismática – é, do ponto de vista filosófico, sugestiva, mas suscetível a criar confusão se o prisma é o histórico ou o sociológico; uma vez que os sistemas jurídicos do Ocidente e a Tradição Jurídica Ocidental como um todo combinam todos os três tipos. Pode ser que uma tal combinação seja necessária para uma efetiva integração do Direito como unidade orgânica – um "corpo de direito" que seja concebido para ter a capacidade de crescimento contínuo.
   Esses assuntos serão discutidos mais abrangentemente no capítulo final deste livro.
7. Cf. ALLEN, C. K. *Law in the Making*. Oxford, 1964, pp. 65-66.
8. Cf. MAITLAND, F. W.. *Why the History of English Law is not Written. Collected Legal Papers of Frederic William Maitland*, A. L. Fisher Editor, Cambridge, 1911, I, 488.
9. O Grande Selo de Cromwell de 1648-49 foi gravado com as seguintes palavras: "Primeiro Ano da Liberdade Restaurada". Nos anos subseqüentes, novos selos foram moldados, fazendo referência ao segundo, terceiro.... ano de "Liberdade Restaurada". Veja-se WYON, A. e B.. *The Great Seals*. Londres, 1887, p. 36, e debate em ROSENSTOCK-HUESSY, Eugen. *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*. Nova York, 1938, pp. 300 e 761.
10. Que o nome Revolução Gloriosa tenha a conotação de um retorno da roda do tempo a uma posição anterior é evidente em face dos enormes esforços feitos para preservar a continuidade das medidas do Parlamento tomadas depois de 1640. Como o Parlamento não estava reunido em novembro de 1688 quando William of Orange e sua esposa Mary foram trazidos para a Inglaterra para substituir James II, sentiu-se que era necessário reunir aquelas pessoas que tinham sido membros do último Parlamento. Isso foi acompanhado de um veemente protesto para que se elaborasse um novo selo para substituir aquele que James II tinha levado consigo e petulantemente jogado no Tâmisa durante sua escapada. Tudo deveria vir a ser o que era no passado, ou não se trataria de uma "revolução".
11. O presidente John F. Kennedy em seu livro *Strategy of Peace* listou sete "revoluções pacíficas" que estão "sacudindo a nossa nação e o nosso mundo". Eram elas as revoluções na população, na fazenda, na tecnologia e energia, nos padrões de vida, no desenvolvimento das armas e no nacionalismo. Em 1964, um comitê *ad hoc* que cuidava da Revolução Tripla apresentou um relatório ao presidente Jonhson sobre a revolução cibernética, a revolução armamentista e a revolução dos direitos humanos. Muitas outras "revoluções" são referidas por A. T. van LEEUWEN no livro *Development through Revolution*. Nova York, 1970, cap. 2. Como o autor afirma, a falta de clareza no uso do termo "é uma característica do próprio fenômeno". A sua transferência da esfera política começou com a alcunha "Revolução Industrial" em 1884, sendo obra de um historiador inglês, como uma analogia à Revolução Francesa de 1789, razão pela qual era necessário um evento paralelo na história inglesa. Cf. TOYNBEE, Arnold. *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*. Londres, 1884. Pode ser que a profusão do uso vulgarizado dos termos "revolução" e "revolucionário" depois do final da Segunda Guerra Mundial, incluindo os mais ordinários bens de consumo ("revolução nas meias" e "revolução dos desodorantes"), seja uma reação lingüística contra as revoluções comunistas do século XX.
12. Este é o principal tema de seu livro *Out of Revolution*. Nova York, 1938.
13. Rosenstock-Huessy lista uma sétima revolução, a Revolução Italiana do século XIII, que consistiu na formação de Cidade-Estado no norte da Itália. Veja-se *Out of Revolution*, *cit.*, p. 562. Eu tratei da ascensão das cidades livres como a parte secular da Revolução Papal em uma perspectiva não só no âmbito italiano, mas europeu. Norman Cantor conta apenas quatro "revoluções mundiais": a Revolução Papal, a Reforma Protestante, a

Revolução Francesa e a Revolução Russa. Ele não dá qualquer explicação pela omissão da Revolução Inglesa e da Revolução Americana. Aparentemente essas duas não se ajustam à sua definição de revolução, que é a "emergência de uma nova ideologia que rejeita o resultado de diversos séculos de desenvolvimento organizado no sistema prevalecente e clama por uma nova ordem para o mundo". Cf. CANTOR, Norman. *Medieval History*: The Life and Death of a Civilization. Nova York, 1968, p. 300. As suas considerações sobre a Revolução Papal corroboram a tese deste livro.

14. KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolution*. Chicago, 1970.
15. Cf. BRINTON, Crane. *The Anatomy of Revolution*. Nova York, 1965, p. 16, que escreve: "Devemos ver estas revoluções como um tipo de febre (...) Quando todos os sintomas revelam-se (...) a febre revolucionária já começou. Isto ocorre, não linearmente, mas com avanços e retrocessos, em direção a uma crise, freqüentemente acompanhada por delírio (...) o Reino do Terror. Depois da crise, vem um período de convalescença, marcado por uma ou duas recaídas. Por fim, a febre acaba e o paciente é ele mesmo de novo, talvez em alguns aspectos, fortalecido pela experiência (...), mas não completamente um homem novo". Brinton aplica esse "esquema conceitual", como o denomina, às Revoluções Inglesa, Americana, Francesa e Russa.
16. BLOCH, Marc. *Feudal Society*. Londres, 1961, p. 60. Veja-se o capítulo 2 deste estudo, nota 1, na qual vários outros historiadores são enumerados com essa mesma idéia.
17. STRAYER, Joseph R. *On the Medieval Origins of the Modern State*. Princeton, New Jersey, 1970, pp. 22.
18. COHN, Norman. *The Pursuit of the Millennium*. Nova York, 1972, p. 281.
19. Ibidem., pp. 10-11 e 285-286.
20. BROWN, Norman O. *Love's Body*. New York, 1968, pp. 219, 220.
21. *Out of Revolution*.
22. ROSENSTOCK-HUESSY. *The Cristian Future*. Nova York, 1946, p. 70.
23. SOHM, Rudolf. *Weltliches und geistliches Recht*. München und Leipzig, 1914, p. 69.
24. Cf. WINSTANLEY, Gerard. *Platform of the Law of the Freedom* (citado em ROSENSTOCK-HUESSY. *Out of Revolution*, p. 291): "O espírito de toda a criação era o de reformar o mundo". Também Thomas Case no seu sermão proferido na *House of Commons* em 1641: "A Reforma deve ser universal. Reformar todos os lugares, todas as pessoas e nomes; reformar as tribunas dos juízes, os magistrados.., Reformar as universidades, reformar as cidades, reformar os países, reformar as escolas primárias, reformar o *Sabbath*, reformar as leis, a adoração a Deus. Toda planta que o meu Pai Celeste não plantou deve ser arrancada de modo que não lhe sobre nem as raízes". (citado em WALZER, Michael. *The Revolution of the Saints*: a Study on the Origins of Radical Politics. Cambridge, Massachussets, 1965, pp. 10-11). A Reforma do século XVI era concebida com uma reforma da Igreja. Um século mais tarde, na expressão de Milton, os puritanos queriam "a reforma da própria Reforma", que significava, como mostra Walzer (p. 12), atividade política radical, isto é, progresso político como um objetivo religioso.
25. Cf. LINDSAY, A. D. *The Modern Democratic State*. Nova York, 1962, pp. 117-118. LITTLE, David. *Religion, Order and Law*: A Study in Pre-Revolutionaary England. Nova York, 1969, pp. 230.
26. Cada um desses quatro homens foi acusado por desobediência civil. Todos defenderam-se baseando-se na existência de uma consciência mais elevada, bem como sob as bases de princípios jurídicos mais elevados derivados do Direito Inglês medieval (ex. *Magna Carta*). Os julgamentos de Penn e Hampden são relatados em *6 State Trials* 951 (1670) e *3 State Trials* 1 (1627) (The five knights' case – caso dos cinco cavaleiros). Uma passagem do julgamento de Udall, juntamente com informações complementares, pode ser encontrado em NEAL, Daniel. *The History of the Puritans*. Newburyport, Massachussets, 1816, pp. 492-501. O julgamento de Lilburne é analisado em FRANK, Joseph. *The Levellers*: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn. Cambridge, 1965, pp. 16-18.
27. A teoria do contrato social é normalmente associada a filósofos do século XVII, como John Locke e Thomas Hobbes. Contudo, um século antes, Calvino consultou todo o povo de Genebra sobre a aceitação do credo religioso e fazer um juramento de obediência aos Dez Mandamentos, bem como servir fealmente à cidade. As pessoas foram arrebanhadas em grupos pela polícia para participar na cerimônia. Cf. MCNEILL, J. T. *The History and Character of Calvinism*. Nova York, 1957, p. 142. Vejam-se também os capítulos 2 e 12 deste estudo, onde a teoria do contrato social é localizada na Revolução Papal e a formação das cidades como comunas por juramento.
28. Cf. POUND, Roscoe. *Jurisprudence*. Saint Paul, Minnesota, 1959, III, pp. 18-15.

29. O Código Moral Soviético do Operário do Comunismo é parte do programa do Partido Comunista da União Soviética adotado pelo Congresso do Partido Comunista no século XX, em 1961. Pode ser encontrado em JACOBS, Dan. N. *The New Comunist Manifesto and Related Documents*. Nova York, 1965, p. 35.
30. Cf. *The Laws and Liberties of Massachussetts*. Cambridge, Massachussetts, 1929.
31. GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus, Ohio, 1974, pp. 87-94.
32. UNGER, Roberto M. *Law in Modern Society*. Nova York, 1976, p. 194.
33. Idem, p. 196.
34. BLOCH. *Feudal Society*, Chicago, 1961, I, xvi.
35. Idem, xvii.
36. HILL, Christopher. "A Comment" in: HILTON, Rodney. *The Transition from Feudalism to Capitalism*. Londres, 1976, p. 121.