

CIVIL LAW E COMMON LAW: ASPECTOS HISTÓRICOS

CIVIL LAW E COMMON LAW: ASPETTI STORICI

Natascha Silva Anchieta

Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
Unisinos. Advogada.

RESUMO: O presente ensaio visa a abordar alguns aspectos históricos acerca da *civil law* e do *common law*, fazendo, pois, uma análise comparativa das duas tradições jurídicas. Pretende-se, com isso, compreender o modo com o qual tais tradições lidam com os frutos advindos da modernidade, em especial com a necessidade do setor jurídico lidar com o problema da certeza do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Aspectos históricos – *Civil law* - *Common law* – Direito – Tradições Jurídicas.

RESUMO: Questo saggio mira ad affrontare alcuni aspetti storici del *civil law* e del *common law*, rendendo quindi un'analisi comparativa delle due tradizioni giuridiche. Si intende, dunque, comprendere il modo in cui queste tradizioni trattano prossimi frutti della modernità, in particolare con la necessità del settore legale affare con il problema della certezza del diritto.

PAROLE-CHIAVE: Aspetti storici – *Civil law* – *Common law* – Diritto – tradizioni giuridiche

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Possibilidade de um diálogo entre *civil law* e *common law* – algumas advertências necessárias; 1.1 Importação de modelos jurídicos; 1.2 Cultura jurídica e ensino jurídico: diferenças essenciais entre as duas tradições jurídicas; 2 Diferenças históricas na formação do *civil law* e *common law*: entre codificação e *stare decisis*; 2.1 Elementos gerais sobre a formação do *civil law* e a

codificação; 2.2 Elementos gerais sobre a formação do *common law* e do *stare decisis*;
Considerações finais; Referências bibliográficas.

Considerações iniciais

O interesse comparatista do estudo do direito continental e do direito inglês vem ganhando espaço também em solo brasileiro¹. O direito comparado é importante nas investigações históricas ou filosóficas ligadas ao direito, além de facilitar o conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional, sendo certo que, inquestionavelmente, é imprescindível para uma perfeita compreensão dos povos estrangeiros e, conseqüentemente, é fundamental para a existência das relações da vida internacional².

Para essa abordagem temática, destacam-se posicionamentos doutrinários que utilizam a expressão “famílias jurídicas”³, bem como o termo “tradição jurídica”⁴. Seja

¹Esse interesse, como bem menciona Mario Losano, introduziu-se no Brasil ao final do século XIX, capitaneado por Clóvis Bevilacqua na Faculdade de Direito do Recife, faculdade esta que incluiu em seu currículo a disciplina de direito privado comparado. Desse modo, verifica-se que a Faculdade de Recife foi a instituição de ensino que, de certo modo, possibilitou a recepção do direito comparado, o qual já tomava corpo nas principais universidades europeias e norte-americanas, uma vez que, até “aquele momento, a comparação entre os direitos privados raras vezes havia sido exposta de modo autônomo; aliás, ela com frequência fora tratada indiretamente pelos internacionalistas, no âmbito do ‘direito internacional privado’ ou (sobretudo nos Estados do *Common law*) nos dos ‘conflitos de direitos’ (*Conflict of Laws*)” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. XXIII – XXIV). Clóvis Bevilacqua já se ocupara da nova disciplina em 1891 e, no ano de 1893, publicou um texto para os estudantes que cursavam a disciplina de direito privado comparado. Esse texto instigou o autor a publicar uma segunda edição, pois “apesar de humilde roupagem tipográfica, recebeu resenhas favoráveis” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XXIV).

²DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 3.

³Referindo-se ao estudo do tema sob a abordagem de famílias jurídicas, cumpre mencionar René David, o qual enfatiza que o “agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve, por conseguinte, reconhecer. [...] a noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante. Não se proporão as mesmas classificações se se considerarem as coisas num nível mundial ou num nível simplesmente europeu. Considerar-se-ão as coisas de um modo diferente se nos colocarmos na perspectiva do sociólogo ou do jurista. Outros agrupamentos poderão merecer aceitação, conforme o seu sentido se centrar sobre o direito público, o direito privado ou o direito penal” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 17). De suma importância recordar a crítica direta realizada por Ovídio Baptista à escolha feita por René David: “Os juristas que se dedicam ao estudo da história do direito e do direito comparado costumam classificar os sistemas contemporâneos em grandes *famílias jurídicas*, segundo cada um deles mantenha com os determinados traços e certos princípios comuns que os identifiquem, ou

qual for a nomenclatura escolhida para a didática do estudo, o fato é que há uma tendência de aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law*, chegando-se a falar que esta vem passando por um novo e dinâmico estágio de desenvolvimento⁵, o que culminaria na tendência de aproximação e circulação entre os dois modelos⁶. É esta circularidade o foco de estudo do presente ensaio.

1 Possibilidade de um diálogo entre *civil law* e *common law* – algumas advertências necessárias

1.1 Importação de modelos jurídicos

os liguem a ordenamentos jurídicos históricos, de onde cada uma dessas famílias se origine. René David, um dos mais conhecidos e respeitados especialistas nesta área, vale-se do conceito de *famílias jurídicas* para agrupar os sistemas contemporâneos, segundo determinadas categorias gerais que os aproximem entre si, descrevendo três grandes grupos de sistemas jurídicos, quais sejam: a família romano-germânica, a família dos sistemas socialistas e os sistemas filiados à *common law*, aos quais acrescenta os sistemas jurídicos, de cunho filosófico ou religioso, vigentes nos países asiáticos, destacando-se, dentre estes, como o mais importante, o sistema mulçumano. É indispensável, no entanto, ter presente que essas tentativas de formação de sistemas, no que diz respeito ao direito, devem ser recebidas com certas reservas, pois o fenômeno jurídico, como se dá com todas as expressões culturais formadoras da ciência do espírito, é um ramo do saber humano que não se harmoniza com o saber sistemático, próprio das ciências da natureza. O direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em toda a sua riqueza existencial e histórica, e, mesmo admitindo que se o descreva como sistema, como é próprio das ciências *explicativas*, que buscam alcançar o domínio da natureza e a construção de princípios e regras da validade universal, sua vocação natural orienta-o para a *compreensão* do fenômeno humano, que será situado historicamente. [...] A formação, portanto, de sistemas, no domínio das ciências jurídicas, ou a reunião de vários sistemas numa única *família*, só se torna possível abstraindo-se as notórias individualidades de cada unidade particular, para agrupá-la segundo alguns poucos princípios genéricos, com supressão dos aspectos, às vezes, mais relevantes de cada fenômeno jurídico individual, ou de cada setor particular dentro de um mesmo sistema” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 11-12).

⁴ De outro modo, há a opção feita por John Henry Merryman, que emprega o termo “tradição jurídica” para estudar o direito comparado. Conforme seu ponto de vista, “uma tradição jurídica, como o termo indica, não é um conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, associações e delitos, ainda que tais norma serão em certo sentido um reflexo dessa tradição. É mais precisamente um conjunto de atitudes profundamente arraigadas e condicionadas historicamente acerca da natureza da lei, acerca da função do direito na sociedade e na forma de governo, acerca da organização e operação próprias de um sistema jurídico e acerca do modo como o direito deve criar-se, aplicar-se, estudar-se, perfectibilizar-se e ensinar-se. A tradição jurídica relaciona o sistema jurídica com a cultura a qual é uma expressão parcial. Coloca o sistema jurídico dentro do âmbito cultural. [...] (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p.15).

⁵ MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of europe and latin America*. Third Edition. California: Standford University Press, 2007, p 160.

⁶ PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998, p. 381.

Com o passar do tempo e com o influxo das circunstâncias políticas, econômicas e culturais, houve um favorecimento à importação de modelos jurídicos⁷. Dentre as importações realizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro⁸, cumpre, em virtude da proposta do presente trabalho, dar ênfase à adoção de mecanismos de vinculação das decisões judiciais, a partir do modelo do *common law*

Conforme Barbosa Moreira, dois são os pressupostos aos quais devem subordinar-se as operações de importação: de um lado, o exame profundo do modo como na prática funciona o instituto objeto de importação no seu país de origem⁹; de outro, a convicção de que a inovação pretendida é compatível com o ordenamento jurídico para o qual se quer implantá-la¹⁰. Nessa linha, o referido jurista alerta para o problema da abertura do sistema jurídico brasileiro aos produtos vindos dos Estados Unidos e, em geral, dos países do *common law*. Em face da notória diferença estrutural dos dois sistemas, mormente a prevalência da formação jurisprudencial do direito no

⁷A reforma do direito falimentar da Alemanha, o qual se abeberou no modelo norte-americano e ainda, a edição do novo Código de Processo Penal italiano, este sensivelmente influenciado por princípios e tendências peculiares dos Estados Unidos, servem aqui de exemplos de marcos históricos da questão em apreço. Fato este que possibilita a conclusão de que se ordenamentos jurídicos do sistema da *common law* renderam-se a importação de modelos jurídicos, surreal seria o ordenamento jurídico brasileiro, pertencente ao sistema da *civil law* permanecer imune à importação. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, afirma que este sistema, rendeu-se ao fascínio de “de idéias florescentes no outro campo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Importação de modelos jurídicos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 262).

⁸As importações realizadas pelo sistema jurídico brasileiro compõem uma lista vasta, abrangendo as mais diversas áreas. “Dos anos 80 em diante, a curva é sempre ascendente. A Constituição de 1988 assimilou conceitos como o de ‘devido processo legal’ (art. 5º, nº LIV), antes alheio à terminologia do ordenamento pátrio, se bem que já empregado em doutrina; e inclui expressamente no rol das garantias o direito do preso a guardar silêncio (art. 5º, nº LXIII), algo semelhante ao *privilege against self-incrimination* do direito constitucional norte-americano. [...] Incorporam-se figuras jurídicas que, pelo menos de início, são designadas entre nós pelas próprias expressões inglesas de origem; nem sempre se encontra (ou sequer se procura) para cada qual locução correspondente em nosso idioma, ou então acham dificuldade em firmar-se na linguagem usual as locuções correspondentes propostas. Para ilustrar a afirmativa, aí estão, entre tantos outros, termos como *leasing, factoring, franchising, hedging, joing venture, commercial paper, spread...* Uma das mais pitorescas é a expressão *green shoes*, usada para designar o *plus* de ações a serem lançadas no mercado, além do limite normal” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Importação de modelos jurídicos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 263).

⁹O que importa em “análise que reclama a visita direta às fontes, o conhecimento dos textos originais, mas também a consulta da jurisprudência e da doutrina alienígenas, a fim de evitar erros de perspectiva em que não raro incorrerá quem se contente com leituras de segunda ou terceira mão, com traduções nem sempre fidedignas, ou – pior ainda – com a contemplação de seqüências de películas cinematográficas, superlativamente emocionantes, porém sem compromisso maior com a realidade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8).

¹⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8

common law, pareceria duvidoso que a atribuição de eficácia vinculativa aos precedentes judiciais se harmonizasse com o direito brasileiro¹¹.

A falta de reflexão acerca dos pressupostos mencionados pode ser patológica no que diz respeito à possibilidade de diálogo com o Direito do *common law*, o que fica bem evidente em casos paradigmáticos como as propostas de adoção de precedentes no Brasil. Isso fica evidente quando se confronta a cultura jurídica do *common law* com a brasileira, principalmente em relação à formação dos juristas e ao ensino jurídico.

1.2 Cultura jurídica e ensino jurídico: diferenças essenciais entre as duas tradições jurídicas

A cultura jurídica norte-americana é extremamente dirigida às finalidades do *stare decisis*, esculpida, portanto, em um método de ensino de casos para a correta aplicação do precedente. Desse modo, os alunos são ensinados a analisar os casos visando à identificação dos fatos e das questões relevantes, as quais a Corte precisará considerar para decidir, bem como, são orientados também a indicar os fundamentos apropriados para resolução das questões jurídicas apresentadas¹².

Há uma nítida participação dos alunos no processo de aprendizagem do ensino jurídico dos Estados Unidos. Estes são atraídos a participar das aulas por meio de respostas genéricas estabelecidas com base no material apresentado, o que familiariza o estudante com as ferramentas disponíveis para a prática jurídica¹³.

Em contraposição, o ensino brasileiro apresenta um déficit qualitativo na formação dos juristas, uma vez que, a metodologia de ensino das universidades se apresenta impermeável às mudanças, caracterizando, portanto, um “anacronismo doloroso” e, ocasionando a mera formação de operadores mecânicos do sistema: “Os manuais universitários e a cátedra ignoram os ‘fatos’. Cuidam apenas do ‘direito’, enquanto norma”¹⁴.

¹¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

¹²COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. V. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.

¹³COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. V. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84.

¹⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. *Revista de Processo*. vol. 158. São Paulo, abr. 2008, p. 9.

O Direito não mais é pensado a partir do caso. Os juristas brasileiros ignoram a faticidade intrínseca a este. Parece haver um enraizamento do Direito ao paradigma racionalista, pois é nítida a tendência brasileira de recepção dos casos individuais em série, como se fossem casos idênticos. Circunstância esta que redundou no desaparecimento da dimensão dialógica do processo¹⁵.

Aos poucos, a tradição jurídica brasileira foi sendo calcada em manuais de cientificidade duvidosa e, conseqüentemente, o ensino jurídico vem sendo formado sob um imaginário dotado de construções *standards*, as quais são propagadas nas salas de aula¹⁶. O modelo jurídico de ensino se contenta com a mera leitura das leis e de códigos comentados¹⁷, sendo estes, muitas vezes, resumos de ementários jurisprudenciais, desacompanhados de seu contexto originário e, muitas vezes, servindo de material suficiente para o estudo de concursos públicos, os quais se limitam à verificação da capacidade de memorização das leis e da jurisprudência pelos candidatos¹⁸.

Como reflexo disto, houve um enfraquecimento na força persuasiva da doutrina, em que esta não mais doutrina, e, sim, é doutrinada pelos tribunais. Muito embora a atribuição do sentido das leis não deva ficar a cargo dos Tribunais Superiores, o senso crítico às decisões por estes prolatadas desapareceu, refletindo, pois, em inúmeros gravames a todo o ordenamento jurídico¹⁹.

O ensino jurídico brasileiro permanece, pois, preso a um modelo dogmático, essencialmente naquilo que foi alvo de crítica de Luis Alberto Warat há cerca de três décadas. Mas o que é isto a dogmática jurídica? Pode-se dizer que ela consiste na

¹⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. Justiça da lei e justiça do caso. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 25/12/2011.

¹⁶STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97.

¹⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

¹⁸Com propriedade, Lenio Streck aborda a temática no seguinte sentido: “[...] há, no Brasil, uma verdadeira ‘indústria cultural’ assentada em uma produção jurídica baseada em conceitualizações (enunciados e pautas gerais), retroalimentada pelas escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil, além da própria operacionalidade do direito, que tem no dedutivismo a sua forma de aplicar o direito, a partir de repositórios de verbetes *prêts-à-porters*, que escondem a singularidade dos casos. Por isto, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (*teimosamente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica. (STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas*. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*, v. 82, p. 213-217, jan. 2006, p. 217). No mesmo sentido, ver RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

¹⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre ele juízos de valor, com uma aceitação acrítica da descrição da ordem legal²⁰.

O cenário brasileiro atual vive, assim, uma standardização do Direito em que os juristas se limitam, em suas petições ou pareceres, a enxertar ementas jurisprudenciais desconexas de seu contexto, desconsiderando a relevância da historicidade e da temporalidade do momento da prolação da decisão utilizada como precedente²¹. Tudo isso deve ser levado em consideração quando se pretende fazer uma importação de mecanismos advindos do *common law*. É a carga cultural bem apontada por Ovídio Baptista da Silva, que impede os juristas brasileiros de absorverem outras culturas²².

2 Diferenças históricas na formação do *civil law* e *common law*: entre codificação e *stare decisis*

Durante todo o início da Idade Média até meados do século XII, era crível o reconhecimento da *civil law* e da *common law* como “pertencentes a uma família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo”²³. Todavia, se a *civil law* for relacionada ao direito romano, certamente será considerada a mais antiga²⁴. Por outro lado, a formação da cultura jurídica na tradição da *common law*²⁵ ocorreu na Inglaterra

²⁰WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso. Epistemologia e dogmática jurídica. In: *Ensino e saber jurídico*. Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 25.

²¹STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 100.

²²Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “nossos juristas que saem do Brasil, para cursarem doutorado nos Estados Unidos e Europa, voltam tão brasileiro quanto o eram ao viajarem com a missão de absorver uma nova cultura. Eles saem do Brasil, mas o Brasil, com toda a sua carga cultural, não sai deles” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/01/2011).

²³Nesse sentido ver CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80.

²⁴Defendendo esse ponto de vista, Merryman afirma que “a tradição do direito civil ou escrito é a mais antiga e amplamente difundida. O marco do seu nascimento é 450 a.C., que é a data suposta para a publicação das XII Tábuas de Roma” (MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 15-16).

²⁵O Direito “era ‘comum’ porque era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha. O ato de julgar era prerrogativa real, mas os reis delegavam aos *judges*, que perambulavam pelo reino, à semelhança do pretor romano, realizando um ‘circuito’ (e está é a origem do termo *circuit*, ainda hoje usado para definir a circunscrição territorial das Cortes da Inglaterra e dos EUA). Os juízes concediam *writs*, que constituíam ordens dadas pelo rei às autoridades para que respeitassem um determinado direito de quem obtinha o remédio. Depois de concedido o *writ*, um júri formado por leigos julgava as pretensões da pessoa beneficiada” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63). No

em meados do século XIII. As bases do sistema jurídico anglo-americano deitam suas raízes nos materiais germânicos, de tal modo que se pode afirmar que o direito inglês, na sua essência, é mais germânico que o próprio Direito da Alemanha²⁶, sendo possível visualizar uma ruptura histórica entre *civil law* e *common law* justamente em meados dos séculos XII e XIII, embora as diferenças rupturais estivessem já sendo estabelecidas nos séculos precedentes.

2.1 Elementos gerais sobre a formação do *civil law* e a codificação

Voltando as atenções ao direito continental, denota-se a influência que o direito romano possui sobre este. Ao analisar a história de Roma, verifica-se a existência de dois cortes fundamentais, sendo o primeiro constituído pela guerra de Aníbal, por volta de 200 a.C, “quando em pouco mais de meio século a potência romana se estendeu do Lácio aos territórios mais importantes do mundo antigo”, e o segundo marcado após a morte de Alexandre Severo (235 d.C.), momento em que as migrações bárbaras derrubaram as fronteiras romanas no Danúbio e no Reino, enquanto a revigorada potência dos persas ultrapassava o Eufrates. Houve, pois, um deslocamento progressivo do centro de gravidade do império para o Oriente, acarretando na herança das leis romanas, as quais já se apresentavam com uma essência não tão romana²⁷.

No primeiro corte, compreende-se que o direito primitivo contido nas XII Tábuas não era mais capaz de suprir as necessidades de uma sociedade que “deslocava seu eixo econômico da agricultura para o comércio”, fator este que acarretou na adaptação do direito às novas nuances sociais, em que o *praetor* conciliava a exigência da continuidade jurídica com a “da proteção de transações cada vez mais amplas: do século I ao século III d.C. floresceu a jurisprudência clássica romana”²⁸.

Já no segundo momento, predominou a adaptação a povos de tradições essencialmente distintas das romanas, acarretando na transformação do direito romano-helênico em um direito de cunho universal, pois a flexibilidade nele encontrada

mesmo sentido, CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 67.

²⁶POUND, Roscoe. *El espíritu del “common law”*. Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

²⁷LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31 e seguintes.

²⁸LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 31.

permitirá sua aplicação até o século XX. Esse direito romano-helênico é plenamente expressado na compilação de Justiniano: o *Corpus Iuris*²⁹.

O período que antecede o primeiro corte referido pode ser subdividido em duas fases: *ius civile* e *ius gentium*. A fase do *ius civile* inicia com a fundação da *civitas*, em 754 antes de Cristo e termina com momentos coincidentes com o final da segunda guerra púnica, por volta de 201 antes de Cristo. Trata-se da época do “Estado-cidade, delimitado por estreitos confins territoriais e integrado por uma reduzida comunidade de homens dedicados ao pastoreio e à lavoura”³⁰. Neste período, o direito é calcado em um conjunto de normas consuetudinárias de caráter rígido, formalista e simples, “próprio de uma população rústica e restrita”³¹, sobre as quais, em conjunto com a Lei das XII Tábuas, trabalha a jurisprudência, numa atividade que chega ao ponto de os próprios romanos identificarem o *ius civil* com a *interpretatio*, valendo o adágio *ius civile in sola prudentium interpretatione consistit*³². A fase do *ius gentium*, por sua vez, estende-se do final da segunda guerra púnica até a morte de Alexandre Severo, em 235 d.C, quando cessa o domínio de Roma. É a época da expansão e dominação mundial, desaparecendo a cidade-Estado, transformando-se a comunidade patrício-plebeia no centro de um Império colossal. Nesse período, de um Império uno e universal traduzido no *ius gentium*, tem-se um direito regulador do comércio aos romanos e aos estrangeiros, ao lado da jurisprudência, do Édito pretoriano³³ e da legislação imperial, todos confluindo para a formação de um Direito cosmopolita³⁴.

Com a morte de Alexandre Severo, em 235 d. C., inicia a crise que determina a queda do mundo romano, com o início das invasões bárbaras³⁵. A ruína do Império romano esgotou também a força criadora da jurisprudência clássica, afastando-se o direito completamente da tradição clássica, o que se dá com a vulgarização do Direito

²⁹LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32.

³⁰IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: historia e instituciones*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 42.

³¹BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 5.

³²IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: historia e instituciones*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 42.

³³Sobre os éditos pretorianos, Biondo Bindi explica que, à época, “cada magistrado tem o *ius edicendi*, semelhante ao que modernamente se chama de direito de ordenar, pelo qual é autorizado a emanar ordens gerais ou relativas a casos concretos (...)A atividade normativa do magistrado era intrínseca ao *edictum*, que continha quase um programa que o magistrado entendia seguir durante o ano de cargo. Como o *edictum* se funda no *imperium* do magistrado que o propõe, a sua eficácia cessa automaticamente com o final do ano (...) Nem o mesmo magistrado que tinha proposto o *editto* era legalmente vinculado ao mesmo; qualquer circunstância especial podia autorizar para o caso concreto a edição de um editto especial (*edictum repentinum*) (BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952, p. 18).

³⁴IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: historia e instituciones*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 42.

³⁵IGLESIAS, Juan. *Derecho romano: historia e instituciones*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 43.

ocorrida já no período de Constantino Magno (307-337d.C)³⁶. Com a morte do imperador Teodósio Magno (395 d.C), o Império Romano cinde-se definitivamente em Império Romano do Oriente e do Ocidente, sendo que neste continua um incontrolável declínio econômico e social até a sua queda³⁷.

Em 476 d.C. pela deposição de Rômulo Augústulo por parte de Odoacro³⁸, é sancionada a queda do Império Romano do Ocidente, o que redundou na transferência da sede do Império Romano para o Oriente, propriamente em Bizâncio, razão pela qual se passa a falar, a partir de então, em Império Romano Bizantino³⁹. Com efeito, o centro vital do Império Romano passa de Roma para Constantinopla, subsistindo, apenas o Império do Oriente⁴⁰.

O Império Bizantino manteve a cultura clássica e a estendeu de modo mais adequada à nova realidade, sendo, inquestionavelmente mais relevante do que foi o Império Romano do Ocidente⁴¹. Na vida jurídico-cultural, a vulgarização é parcialmente impedida e substituída por uma viragem de direção classicista, de modo a conservar e utilizar a herança da literatura jurídica clássica, mormente a partir das escolas de direito, inicialmente a de Berytos e mais tarde de Constantinopla⁴².

³⁶KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 20. Segundo Max Kaeser, o direito vulgar pós-clássico “apresenta na verdade direito romano no que se refere à sua substância, mas um direito romano muito mais grosseiro e também materialmente alterado, que constitui uma fase decadente da cultura jurídica, e que se liga por vezes a formas de pensamento do direito pré-científico e romano arcaico. Só muito esporadicamente a vulgarização alcançou progressos materiais (como na representação através de pessoas livres e na cessão de direitos de crédito)” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 21).

³⁷KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 22. Já após a queda, o direito romano sobrevive, nos reinos dos Visigodos e dos Burgúndios, como afirma Kaeser, “em coleções especiais. Para o reino dos Visigodos são de indicar a lei do rei Eurico (Codex Euricianus, cerca de 475) e a Lex Romana Visigothorum (ou Breviarium Alaricianum, 506); para o reino dos Ostrogodos de Teodorico o Grande presumivelmente o *Edictum Theodorici* (metade do séc. V); para o reino dos Burgúndios a *Lex Romana Burgundionum* (fim do séc. V)” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 22).

³⁸LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

³⁹LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-36.

⁴⁰Com propriedade, John Gilissen aborda a temática do seguinte modo: “O direito romano do Baixo Império desenvolve-se dos séculos IV ao VI da nossa era, de Constantino a Justiniano. Período de decadência política e intelectual, de regressão econômica. O cristianismo, sob a influência de ideias morais e religiosas vindas do Oriente, transformará numerosos princípios do direito privado. Instituições novas, que anunciam o feudalismo começam a aparecer. O centro vital do Império Romano passa de Roma para Constantinopla; depois da queda de Roma, em 476, apenas subsiste o Império do Oriente” (GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 91).

⁴¹LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-36.

⁴²KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 23.

É nesse período que acontece “o coroar do trabalho das escolas de direito romano oriental”⁴³, com a obra legislativa de Justiniano, o qual ordenou que, em 528 d. C., organizassem as disposições por ele herdadas, cujo responsável pela execução da tarefa, o ministro Triboniano, tinha autorização para modificar, amputar ou completar os textos onde, no seu entendimento, fosse necessário para que houvesse uma unidade legislativa que refletisse a realidade jurídica da época. Entretanto, considerando que muitos dos textos originais utilizados na compilação justiniana se perderam, essas intervenções, denominadas de interpolações, somente são identificadas se forem observados critérios de “conformidade estilística ou lógica em relação ao texto que as precede ou segue: é fácil imaginar, portanto, quantas disputas filológicas suscitaram”⁴⁴.

O *Corpus Iuris Civilis* foi promulgado em Constantinopla em 529 d.C⁴⁵, ocasião em que Justiniano aboliu todo o direito anteriormente existente com a ressalva de alguns preceitos do ordenamento legal já existentes, os quais ou foram incluídos no *Corpus Iuris Civilis* ou restaram preservados⁴⁶.

Há uma tendência à abordagem do *Corpus Iuris Civilis* como se obra unitária fosse. Todavia, a compilação justiniana é composta por quatro obras de essência totalmente distintas: a primeira obra é o *Digesto*, também chamado de *Pandectas*, é onde se verifica a maior quantidade de interpolações; a segunda denomina-se *Código*, este dividido em doze livros; a terceira chamada de *Instituições*, e a quarta obra é conhecida por *Novelas*, sendo esta, de certo modo, a “atualização dessas obras”⁴⁷. Foi somente

⁴³KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 23.

⁴⁴LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

⁴⁵MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 18.

⁴⁶MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 55-56.

⁴⁷Acerca das obras que compunham a compilação justiniana, Mario G. Losano afirma que: “O *Digesto* também recebia o nome de *Pandectas*, e por isso os juristas (sobretudo os alemães) que se ocuparam da aplicação do direito romano à sociedade do século XIX foram chamados de “pandectistas”. Sua escola preocupou-se em adaptar as disposições justinianas à realidade alemã recorrendo aos artigos filológicos acima citados, isto é, reestruturando a matéria. Desse modo, a escola pandectista possibilitou aquele “*usus modernus Pandectarum*” que, amparando-se em disposições do direito germânico, sustentou os Estados alemães até a entrada em vigor do código civil de 1900. O *Código* compreende as leis imperiais (*constitutiones*), divididas em doze livros. Essa foi a primeira obra encomendada por Justiniano e entrou em vigor em 16 de fevereiro de 529, apenas um ano depois de ter sido elaborada: por isso, tão logo foram concluídas o *Digesto* e as *Instituições*, foi necessário realizar uma segunda edição atualizada do *Código*, que passou a vigorar em 29 de dezembro de 534. As *Instituições* são uma obra didática, desejada pelo imperador para facilitar o aprendizado do seu direito. Embora se baseassem em obras de título semelhante (e em particular nas *Instituições* de Caio), os quatro livros das *Instituições* justinianas foram redigidos paralelamente aos trabalhos do *Digesto* e se adequaram, assim, por meio de interpolações, às soluções jurídicas adotadas neste último. O *Digesto* e as *Instituições* entraram em vigor ao mesmo tempo, em 30 de

com a redescoberta da compilação justiniana, levada a efeito por Irnério (*Irnerius*), durante a Idade Média, para ressaltar o caráter unitário das obras de Justiniano em relação à jurisprudência romana clássica e ao direito dos bárbaros, que se falou de um *Corpus Iuris Civilis*⁴⁸.

O Império Bizantino, cuja expansão ocorre no Sudeste da Europa com Justiniano, passa a sofrer seguidamente os assaltos dos povos eslavos no Norte e, sobretudo a partir do século VII, dos Muçulmanos no Sul. Nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente, formam-se reinos de origem germânica, como Visigodos, Burgúndios, Francos, Ostrogodos e Lombardos. Paralelamente, mormente do século VI ao século IX, o reino dos Francos estendeu-se progressivamente para o Sul e para o Nordeste, tornando-se império com Carlos Magno. A partir do século IX o direito feudal passa a dominar a Europa Ocidental⁴⁹, fechando assim o panorama jurídico do *civil law* da alta Idade Média, na qual já não mais imperava o Direito Romano.

Passados alguns séculos, mais especificamente nos séculos XI e XII, o direito romano volta a assumir um papel de relevo na Europa continental, pois diante da complexidade social e da “ausência do poderoso sujeito Estado, em uma quase geral renúncia dos príncipes a produzir o Direito”, surgiu a necessidade de “construção de um Direito que, sem trair os fatos, estivesse por cima dos fatos e ordenasse em esquemas universais”, acarretando, portanto, no “redescobrimento do Direito romano justiniano”⁵⁰.

dezembro de 533. Com as *Novelas*, distanciamos-nos um pouco das obras anteriores. Efetivamente, mesmo sendo a coletânea das novas leis (*novellae constitutiones*, daí o título) promulgadas de 535 a 565 d.C., essa obra não faz parte do corpo unitário das três anteriores, mas pode derogar disposições nelas contidas. Ou melhor, a lei mais recente das *Novelas* pode derogar leis anteriores contidas na mesma obra. Em suma, *Digesto*, *Código* e *Instituições* constituem o núcleo da compilação justiniana, ao passo que as *Novelas* constituem, por assim dizer, a atualização dessas obras” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 37-38). No mesmo sentido ver GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 92.

⁴⁸Sobre o tema consultar LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

⁴⁹GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 128.

⁵⁰GROSSI, Paolo. El orden jurídico medieval. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 162. Nesse sentido, John Gilissen acrescenta que “este renascimento do direito romano situa-se num movimento geral de renascimento intelectual no fim do século XII na Itália: renascimento do pensamento filosófico, renascimento da literatura latina. Além disso, o desenvolvimento comercial das cidades do norte da Itália pode também ter contribuído para aumentar o interesse pelo estudo dum sistema jurídico muito mais desenvolvido e aperfeiçoado que os das leis e costumes lombardos” (GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 341).

Não por mero acaso, foi na escola de Bolonha, situada ao norte da Itália⁵¹, que, nas últimas décadas do século XI, começou o estudo crítico do *Digesto*, conhecido por *littera Bononiensis* (Vulgata do Digesto), o qual se transformou no texto escolar básico do *ius civile* europeu⁵². Esse movimento inicia-se com a Escola dos Glosadores⁵³, encabeçada pelo *magister artium* Irnerius⁵⁴ e fundada no “método” das glosas, cujo

⁵¹ Sobre as condições locais culturais do norte da Itália que favoreceram a “reativação do direito romano”, profícuo é o parecer de Franz Wieacker: “A elaboração do ‘vulgata’ do Digesto não ocorreu na Itália do norte por mero acaso. Na verdade, coincidiam aí particulares condições culturais. Apenas em Itália tinha estado acessível o *Corpus Iuris* através da passageira reconquista de Justiniano e do domínio bizantino no sul. Precisamente aqui se verifica também um fértil campo de tensão entre a tradição romana, o direito popular de um grupo étnico com um talento jurídico especialmente pronunciado e ordens jurídicas locais fortemente diferenciadas, tensão que incitava a uma contínua comparação e a uma elaboração metodológica. E, finalmente, estava-se em território do império, em que o código justiniano se podia reclamar quer dos ideais universais de Roma, do império e da cúria, quer dos ideais nacionais das cidades lombardas, orgulhosas e autonomistas. Condições locais particulares favorecem ainda esta zona-mãe da jurisprudência europeia. Fala-se frequentemente do precoce florescimento económico e político das cidades do norte da Itália (entre as quais Bolonha era uma das mais ricas e movimentadas). Isto não deve, no entanto, ser entendido como se o movimento comercial, o desenvolvimento artesanal e a crescente economia monetária da Lombardia e da Emília pudessem ter, como tal, conduzido directamente a um processo cultural como a criação de uma ciência jurídica. A vida económica não teria precisado do direito romano (como se prova pelo exemplo das ao tempo também florescentes cidades da Flandres). Aí, não vigorou a ordem jurídica justiniana, mas o direito consuetudinário e os estatutos, que provinham do direito vulgar da alta Idade Média e do direito longobardo. A obra clássica de Justiniano era mesmo muito propícia para as necessidades do direito das sociedades, do direito da propriedade imobiliária, par o sistema creditício e para o direito patrimonial da família” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 40).

⁵² Sobre a formação da ciência jurídica em Bolonha, Franz Wieacker afirma que esta “encontra-se ligada a um movimento cultural geral que, no decurso do séc. XI, avança em busca das camadas mais profundas da cultura antiga. Tendo tido origem na escola e na doutrina e, portanto, tendo trabalhado sobre os textos da antiguidade, esta corrente foi, dum modo geral, suscitada pela exploração crítica ou pela descoberta dos textos fundamentais, como por exemplo, o *Organon* aristotélico ou os escritos de Platão. Também a fundação dos estudos jurídicos científicos (*studium civile*) se relaciona com o regresso da literatura jurídica clássica, conservada nas *Pandectas*, na consciência científica da Idade Média. Nas últimas décadas do séc. XI começou, provavelmente em Bolonha, a recensão crítica do *Digesto* justiniano que, conhecido por *littera Bononiensis* (Vulgata do Digesto), se havia de transformar no texto escolar básico do *ius civile* europeu. Depois de investigações fundamentais de Theodor Mommsen e de Kantorowicz, podemos seguir de perto, até às suas intenções e critérios de valorização, o modo de trabalhar daquele que originariamente o desenterrou. Poderemos surpreender como já a elaboração de um texto crítico através do recurso a várias versões testemunhava a paixão por um texto puro, e, assim, o conhecimento do problema dos padrões materiais e formais de crítica, sem o qual uma opção metodológica entre as variantes textuais não seria de modo algum possível. Esta aptidão não a pode o redactor original de *Vulgata* ter adquirido senão na escola da crítica textual teológica e filológica; presume-se que este tenha sido o próprio fundador dos estudos jurídicos, o *magister artium* Irnerius” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 38 - 39).

⁵³ A Escola dos Glosadores era composta por juristas bolonheses os quais foram denominados de glosadores justamente por adotarem “os esquemas herdados do trívio para realizar a *explicatio verborum*, ou seja, a análise literal dos textos justinianos”, desse modo, em virtude do texto justiniano ser comentado por eles em forma de glosas em grego, tais juristas foram chamados de glosadores (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52).

⁵⁴ Nesse sentido Wieacker aduz que “a escola de Bolonha honra como seu fundador *magister artium* Irnerius (Guarnerius), de que, significativamente, também foram conservados trabalhos não jurídicos, gramáticos e lógicos. Existem documentos a seu respeito desde 1118; apenas poucos anos depois terá

objetivo era reconstruir os textos de Justiniano, especialmente o *Digesto*. Essa reconstrução do *Corpus Iuris* de Justiniano limitou-se a uma simples exposição do texto, estudando o direito como uma ciência, deixando, pois, “o estudo do direito de estar incorporado no estudo da retórica e da dialéctica”, e, em decorrência dos estudos dos glosadores possuírem interesse prático na Itália, o direito romano passa a partir do século XII, a ser “admitido como o *ius commune*, o direito comum, supletivo de *ius proprium*, isto é, dos numerosos direitos consuetudinários e legislativos dos diversos principados, senhorios e cidades”⁵⁵.

Todavia, os glosadores ainda não eram aptos para influenciarem de forma direta a aplicação prática do direito, pois havia a necessidade de domínio sobre as instituições da Alta Idade Média, estas totalmente desconhecidas do direito romano. Essa tarefa de “domínio de toda a realidade jurídica do seu tempo” ficou a cargo “das gerações de letrados que se seguiram aos glosadores e que a eles muito se assemelharam, gerações que foram inicialmente designadas - duma forma algo neutra - como post-glosadores”, também designados como “comentadores”, “práticos” ou “consiliadores”⁵⁶.

A escola dos comentadores, com marco no final do século XIII e séculos XIV e XV, surge como forma de combate ao método analítico adotado pelos glosadores, em que alguns professores italianos, a partir da segunda metade do século XIII, passam a procurar métodos distintos de interpretação dos textos romanos⁵⁷. Desse modo, os Estados “do século XIV tendem a se libertar da ligação com o império, também o direito daqueles anos tendem a se libertar da sujeição ao texto de Justiniano”, em que os juristas ultrapassam a simples busca pelo *verba* deste, procurando também o *sensus* do direito romano, visando, pois, a adaptação deste à realidade “de cada Estado por meio

acompanhado a Roma o imperador Henrique V antes do encerramento da concordata de Worms (1121). As suas glosas (muitas vezes marcadas com a sigla y [merius]) foram conservadas pelos glosadores posteriores na Glosa ordinária e manifestam firmes concepções individuais. Elas documentam, a par do interesse crítico textual, o método dialéctico da primeira escolástica, tal como o aplicam, na mesma época, Berthold de Constança (+ 1100), Ivo de Chartres (+ 1116) e o *Sic et non* de Abelardo (+1121/2)” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 66).

⁵⁵GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 343.

⁵⁶WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.79. Adotando outras classificações de nomenclatura, John Gilissen afirma que “seriam designados por Pós-glosadores ou Comentadores, ou ainda Bartolistas, nome derivado do seu principal representante” (GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 345).

⁵⁷GILISSEN, John. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 345

de intervenções que os Glosadores teriam considerado inadmissíveis. Assim, a exegese cede cada vez mais lugar à interpretação”⁵⁸.

A sociedade medieval era, pois, uma sociedade pluralista e, assim, cada grupo social tinha seu próprio direito: havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas, o direito dos reinos. Todos esses direitos eram, em geral, subordinados ao romano, assim como todas as organizações sociais eram subordinadas ao Império⁵⁹.

Nesse contexto, a experiência medieval é marcada pelo universalismo e pelo pluralismo jurídico em que, de um lado encontramos o direito romano “comum” consagrado no *corpus iuris*, com o complexo edifício dos seus princípios superiores de justiça e das suas normas correspondentes à equidade: “*uma Bíblia de sapiência jurídica consignada na tradição, uma ordem imutável do direito preconstituído da própria vontade divina e aceito pelo homem do Medievo nos termos de uma certeza revelada*”; Por outro lado, se coloca a multiplicidade dos direitos territoriais fragmentados (*iura propria*): os *consuetudines loci*, os *fueros*, os *costumes*, os *Landrechte*, os usos feudais, as *statuta* das comunas, os direitos das corporações geradas pelo extraordinário espírito associativo do tempo, os direitos especiais das classes nas quais é tradicionalmente estratificada esta sociedade pluralista e estruturalmente comunitária, da qual o conceito de privilégio (entendido como estatuto particular de um grupo) é pacificamente constitutivo, é, portanto, “*o regime da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, ou, exatamente, do direito comum*”⁶⁰.

Cria-se, agora, um conflito entre o *jus commune* e o *jus proprium*, e neste conflito o direito posto pelo ente político organizado (comuna ou reino, isto é, Estado) progressivamente prevalecente sobre o primeiro, o qual evoca formalmente a autoridade do Império, até a formação final segundo a qual o direito comum tem vigor e é aplicável

⁵⁸ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 53 – 54.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 31-32. Cabe lembrar que Paolo Grossi analisa o medievo da seguinte forma: “o sinal da descontinuidade se encontra todo aqui: em um medievo que é plenamente sociedade de sociedades, em uma modernidade política e jurídica a ser identificada em um processo liberador do Estado, que sempre mais se esforça para retirar dos próprios ombros um pesado manto de complexidade social, para se simplificar, para se constituir em entidade compactíssima até se encarar na perfeita unidade que Portalis contempla com satisfação. Em suma, a Modernidade sendo entendido essencialmente como superação da articulação em sociedade de sociedades que não permitia a manifestação de um poder político consumado” (GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna. Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007, p.11).

⁶⁰ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pp. 35 – 36.

apenas com a “*permissioe principis*”, isto é, apenas quando seja aprovado pelo soberano: neste estágio todo o direito reduz-se a direito do Estado. Este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto. O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações, estas no final do século XVIII, princípio do século XIX, através das quais o direito comum foi totalmente absorvido pelo direito estatal, ou seja, da codificação começa a história do positivismo jurídico⁶¹.

Entre as condições que contribuíram para o início do processo de codificação, cumpre em primeiro lugar mencionar a situação que os séculos XVII e XVIII herdaram dos séculos precedentes e em parte viu-se produzir-se sob o condicionamento de fatores histórico-políticos contemporâneos, e que recebe o nome de “particularismo jurídico”⁶²: situação que representava não poucos inconvenientes, os quais a cultura jurídica e política do século XVIII, para eliminá-los, começou rapidamente a estrada dos programas de reforma jurídica e dos programas de codificação, iniciando-se um novo momento na história do direito europeu do continente⁶³.

⁶¹BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 32. Visando comprovar a existência de um particularismo, o panorama jurídico medieval é bem retratado por Tarello, quando este afirma: “se isolarmos, com alguma dose de arbítrio, a esfera espaço-temporal correspondente à ‘França do século XVII’ e nos perguntarmos qual direito seria então lá vigente, descobriríamos em linha de primeira aproximação que no norte da zona vigia a título de direito comum um direito consuetudinário de origem germânica, enquanto no sul vigia a título de direito comum o ‘direito romano’ constituído de um particular uso do Corpo Justiniano e do Código Teodosiano; a este ponto podemos falar de ‘falta de unidade jurídica’ e de ‘particularismo’. Se procedermos nas análises, e constatamos, por exemplo, que em duas regiões contíguas o direito comum consuetudinário é diverso, e coletados diversos teriam consolidadas esta diversidade, a unidade jurídica nos parecerá ainda menor e com maior razão poderemos falar de particularismo” (TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazional del diritto*. Bolgna: Società editrice il Mulino, 1976, pp. 29-30).

⁶²Analisando a expressão “particularismo jurídico”, tem-se que esta, segundo Giovanni Tarello, foi inventada e começou a circular pelos juristas positivistas do oitocentos, propriamente a fim de contrapor a feliz situação do direito codificado àquela, infeliz, que o precedia; e, de fato, circulou com maior frequência na literatura histórico-jurídica francesa e italiana que na alemã. Por “particularismo jurídico” se entende a falta de unitariedade e de coerência do conjunto das leis vigentes e uma dada esfera espaço temporal, identificada depois a um juízo de valor segundo o qual naquela mesma esfera deveria ser ou se esperaria que fosse unidade e coerência de leis (TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazional del diritto*. Bolgna: Società editrice il Mulino, 1976, p. 29).

⁶³Conforme ensinamentos de Adriano Cavanna, o conceito de codificação é completamente estranho ao medieval. [...], no pensamento do homem medieval não é existe espaço nem par ao conceito de *unidade* nem para aquele de *estatalidade* do direito. Ainda menos se encontra espaço para uma ideia político-constitucional de *soberania* (seja esta de um príncipe ou de uma nação) da qual se consiga que o único produtor do direito seja o Estado. [...] O direito romano é ainda a normativa comum e a *ratio iuris* superior da qual uma miríade de ordenamentos, diversos do Estado mas internos ao Estado, recebem a grande parte do próprio direito positivo. Ao mesmo tempo, na falta de um direito nacional orgânico, assegura aquela unidade jurídica que o soberano não estava na condição de instaurar (CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 39) .

O movimento de codificação do direito nasce, portanto, em franco combate ao cenário jurídico do medievo. Indo além do jurídico, pode-se afirmar que o movimento codificador era o resultado de uma nova forma de pensamento inaugurada pela modernidade, basicamente a partir de dois pilares: o nascimento do sujeito e o nascimento do Estado⁶⁴. Nessa linha, Paulo Grossi afirma que o rompimento com o medievo se dá a partir da insularidade do sujeito e do Estado. Se no medievo o homem está submetido a um direito que exsurgia da sociedade, em um cenário quase que cósmico, com a modernidade o homem se vê na condição de amoldar as estruturas sociais, de assujeitá-las. Nasce, assim, a noção moderna de Estado e os primeiros contornos de uma ideia de sujeito solipsista, capaz de conformar e ordenar a própria realidade⁶⁵.

O conteúdo filosófico do pensamento jurídico moderno que se forja sob os auspícios do surgimento da concepção de sujeito e de Estado encontra na obra de autores como Descartes e Hobbes um alicerce rígido, capaz de alicerçar pontos centrais da noção de modernidade impregnada no Direito ainda hoje. Por um lado, a concepção de sujeito, esboçada desde a obra de Guilherme de Ockham, tem em Descartes seu ponto culminante, na medida em que este irá tomar como ponto de partida para a sua ciência as *intuições inerentes ao próprio pensamento*. Esta concepção subjetivista, como adverte Villey, será o fundamento para diversos juristas modernos buscarem a fonte das regras do direito em princípios racionais⁶⁶. Hobbes, por sua vez, vai construir os pilares do seu Leviatã nas vontades individuais perfeitamente livres e racionais⁶⁷. Em Hobbes, todo direito é reconstruído, “em etapas sucessivas, tendo como primeiro degrau o direito subjetivo, e é nisso que ele derruba a ciência jurídica anterior”⁶⁸. Nisso, o direito do soberano assume um caráter individual, mas não em uma pessoa física

⁶⁴Sobre a temática, Jânia Saldanha menciona que “as ‘turbulências’ do medievo e a panóplia de centros de poder onde todos estavam jogados à própria sorte foram o estopim para o movimento revolucionário que deu azo ao aparecimento das formas estatais modernas e ao indivíduo como sujeito exclusivo do direito, capaz de exercer poder ante outro, em um contexto em que o Estado aparece como um ‘ente’ neutro” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 124).

⁶⁵GROSSI, Paulo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. Revista *sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

⁶⁶VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 602.

⁶⁷VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 709.

⁶⁸VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 705.

artificial. Afinal, para ele, o direito somente poderia ser manejado por um indivíduo real, o único provido da capacidade natural de exercer direitos. Com isso, desenvolve-se a figura do Estado a partir de vontades perfeitamente livres e racionais, que preferem, racionalmente, submeterem-se ao poder do soberano a viver no estado de natureza. Nessa síntese, fica bem clara a mudança advinda com o passamento do medievo para a modernidade.

É nesse contexto que surge o Estado Absolutista e, dessa forma, o anseio dos soberanos de controlar o ordenamento jurídico, pois a concentração de poder deveria passar obrigatoriamente pela concentração do direito, o que gera, segundo Cavanna, o “problema capital da unificação das fontes jurídicas”⁶⁹. Há, portanto, a necessidade de reformulação do direito em um corpo único de preceitos que seja a “*unívoca expressão da vontade do soberano e exclusiva lei nacional para os seus súditos*, com a seguinte fórmula: *a Deo Rex, a Rege lex*. É a fórmula da soberania”⁷⁰.

Dessa forma, a monarquia absolutista desenvolveu uma política chamada de centralização jurídica, a qual era fincada em uma ruptura do equilíbrio jurídico em favor de um poder central e supremo do Estado e em desfavor de todas as outras instituições do universo jurídico medieval e renascentista, tais como a igreja, a cidade e as corporações⁷¹. Assim, a centralização e a racionalização do sistema jurídico, deveriam, pois, combater o pluralismo jurídico, o qual já era visto de forma negativa como *particularismo*, como opinião privada, como um regime atrasado, de difícil aplicação, “idôneo somente para fomentar a litigiosidade”⁷².

Pode-se dizer, portanto, que os séculos XVII e XVIII representaram, basicamente, a época das *consolidações*, isto é das compilações jurídicas realizadas privadamente por certos juristas ou feitas oficialmente pelo poder soberano, com objetivo de colacionar o disperso material legislativo, doutrinário ou jurisprudencial existente. Nessa linha, inicia a tentativa de codificação com os déspotas esclarecidos, como é o caso de Frederico II na Prússia e de Maria Teresa na Áustria, ambos na

⁶⁹ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pp. 39 – 40.

⁷⁰ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pp. 39 – 40.

⁷¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 48.

⁷² CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 41.

primeira metade de século XVIII⁷³. Nessa linha, vão sendo erigidas robustas compilações nas quais aparecem sistematizações de uma parte da normativa vigente e, contemporaneamente, um complexo de preceitos novos. Os corpos legislativos deste tipo comportam a abrogação de todas as normas preexistentes que dizem respeito às situações por elas disciplinadas. Passam a constituir a fonte jurídica primária no Estado, com a redução do espaço já ocupado pelo direito romano e pelos direitos particulares⁷⁴.

A Codificação, no entanto, somente se consolida efetivamente com o seu grande símbolo: o Código de Napoleão. O fato de ter sido gestada em um ambiente revolucionário já traz, de certo modo, a ideia de um Código: “um texto novo, redigido especialmente para a ocasião, contendo uma exposição abrangente e sistemática das normas de algum campo importante do Direito, promulgado como Direito e substituindo todas as leis, costumes e autoridades jurídicas anteriores”⁷⁵. Não é por menos que, segundo Merryman, “a ideologia da codificação francesa reflete com precisão a ideologia da Revolução Francesa”⁷⁶.

O projeto de codificação nasce da convicção de que possa existir um legislador capaz de ditar leis válidas para todos os tempos e lugares, substituindo-se as velhas leis por um direito simples e unitário dado pela ciência da legislação⁷⁷. Cria-se, nesse caminho, o dogma da “supremacia absoluta da lei como instrumento ordenador” e o princípio da *completude lógica do código*, podendo-se falar em um *codigocentrismo*⁷⁸. Mas a história da codificação francesa não traz na criação do código uma pretensão de total desprezo ao passado e ao direito natural. Tanto isso é verdade que os redatores originais do Código de Napoleão tinham previsto a possibilidade de o juiz, frente à

⁷³TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

⁷⁴CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 45. Pode-ser dizer que esse movimento tem início com as *Ordonnances* de Luis XIV (1667-1681), que, segundo Cavanna, “representam uma coerente reestruturação do processo e da matéria comercial obediente a política ‘contratualista’ francesa”. Sobre o tema, imprescindível ver a importantíssima contribuição da Nicola Picardi, o qual analisa o tema do ponto de vista do direito processual, com ampla análise do chamado *Code Lois* de 1667 (PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis. In: *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008).

⁷⁵CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 29-30.

⁷⁶MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 57.

⁷⁷BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 65.

⁷⁸CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 44.

existência de lacunas, valer-se do direito natural⁷⁹. Daí ser acertado dizer que “se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código”⁸⁰.

Portanto, uma vez identificada como a totalidade do direito a lei vai defendida contra todas as forças que no *ancien régime* tinham gozado do monopólio do direito, notadamente a alta magistratura⁸¹. A experiência com os tribunais pré-revolucionários deixou os franceses muito cautelosos com respeito aos juízes legisladores, disfarçados como meros intérpretes, o que fez com que muitos entendessem que os juízes sequer poderiam interpretar a lei⁸².

Com isso, ganha fôlego a chamada escola da exegese, encabeçada por François Laurent, que reduziu o ensino jurídico a uma explicação exata e literal dos textos sagrados napoleônicos⁸³. Referida escola tem seus fundamentos em cinco aspectos

⁷⁹ Sobre isso, ver a ampla análise que Bobbio faz do discurso de Portalis sobre a codificação e da supressão do artigo 9º do Código de Napoleão, o qual permitia uma abertura para o direito natural, com ampla possibilidade criadora do direito pelo juiz (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 71 e seguintes).

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73.

⁸¹ CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 416.

⁸² Conforme Merryman, “com a revolução e a consagração do dogma da estrita separação de poderes, a função judicial se viu restrita de maneira notável. A insistência revolucionária de que a lei fosse criada somente pelas “legislativas representativas” queria dizer que o direito não podia ser criado nem direta nem indiretamente pelos juízes. Uma expressão desta atitude era o requisito de que o juiz usasse a lei somente para decidir um caso e isto queria dizer que não podia basear a sua sentença em decisões judiciais anteriores. A doutrina do *stare decisis* estava rechaçada. Outra expressão da estrita separação dos poderes legislativo e judicial era a noção de que os juízes não deviam interpretar uma legislação incompleta, conflitiva e pouco clara. Sempre deveriam levar problemas desse tipo à legislatura para que essa fizesse uma interpretação autorizada. Se esperava que não houvesse muitas dessas situações e que depois de um período razoavelmente curto quase todos os problemas desse tipo seriam corrigidos e que um posterior recurso à legislatura em busca da interpretação seria desnecessário” (MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 58-59)

⁸³ Segundo Caenegam, “o Direito os legisladores foi claramente predominante na França revolucionária e do século XIX. O mesmo se aplica à Bélgica no século XIX, e um dos mais famosos apóstolos da Escola Exegética, que dominou a doutrina na França e na Gélgica, foi professor na Universidade de Gante, François Laurent (falecido em 1887). E Escola tirou seu nome do termo grego *exegesis*, que significa exposição e interpretação, particularmente das escrituras. A escola epônima foi assim chamada porque reduziu o ensino e a escritura jurídica a uma explicação exata e literal dos textos dos sagrados códigos napoleônicos. Não é de surpreender que o termo “exegese”, originalmente associado aos estudos bíblicos, tenham sido aplicado a essa Escola, já que ela acreditava em um número limitado de livros sagrados contendo o Direito e nada mais que o Direito. Não havia nenhum Direito fora dos códigos e nenhum Direito antes deles: a Escola era totalmente a-histórica (...) Não apenas nada existia antes dos códigos, como nada existiria depois deles. Napoleão proibira comentários sobre os códigos porque estes logo tomariam o lugar dos textos originais: portanto, tudo que a faculdade tinha de fazer era oferecer uma leitura correta e um entendimento preciso das *ipsissima verba* dos códigos. Quanto aos juízes, sua contribuição criativa para o desenvolvimento do Direito fora rudemente restringida ou mesmo eliminada, quando a Revolução os reduzira ao papel passivo das famosas “*bouches da la loi*”, um tipo de autômato

precisos: o princípio da completude da lei, com a inversão da relação original entre direito natural e direito positivo; a concepção rigidamente estatal do direito; a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; o culto do texto da lei, o que subordinava rigorosamente o intérprete às disposições dos artigos do Código e, por fim o respeito pelo princípio da autoridade, calcado no dogma da lei e dos seus comentadores iniciais⁸⁴.

Com esse panorama, o *civil law* forjou um sistema baseado no primado da lei, o qual deveria conferir um alto grau de certeza jurídica, com um total afastamento dos juízes da juridicidade, o que fica bem claro na instituição do Tribunal de Cassação, nítida hipótese de subordinação do juiz ao legislador⁸⁵. A experiência do *common law*, por sua vez, vai construir um sistema jurídico em que o juiz não é alijado da criação do direito, nem visto como um inimigo, o que será decisivo para a diferenciação das duas tradições jurídicas a partir da dicotomia codificação e *stare decisis*.

2.2 Elementos gerais sobre a formação do *common law* e do *stare decisis*

Em contraste ao direito produzido na *civil law*, o direito inglês, ou seja, a *common law*⁸⁶ é representada pela ausência de codificação jurídica, fator este que “não significa que os códigos não foram defendidos no país: alguns de seus apóstolos mais

que apresentavas os textos do Direito aplicáveis a qualquer caso dado, meramente repetindo o que o legislador dissera. Em certas fases, a Revolução foi ainda mais longe: não satisfeita em condenar os juízes a um papel passivo, tentou livrar-se deles inteiramente, especialmente dos profissionais nomeados. Os juízes tornaram-se eleitos e nenhuma qualificação era exigida. Além disso, havia a esperança de que a fase conciliatória, tornada obrigatória, eliminasse o litígio real. Foi uma aberração temporária encerrada por Napoleão, que reintroduziu juízes nomeados e profissionais” (CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 62-63).

⁸⁴BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 88-89.

⁸⁵CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e Il pensiero giuridico*. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 412.

⁸⁶Frequentemente é dado ao termo *common law* o significado de “Direito comum a várias pessoas, províncias ou países”, entretanto este significado carece de lucidez pois tudo dependerá de “quais pessoas ou países o Direito é comum”. Assim, “o *common law* inglês foi historicamente assim chamado por ser comum às pessoas livres da Inglaterra, que recaíam todas sob a jurisdição direta dos tribunais régios centrais. Este significado marcava o contraste entre o *common law* e os vários costumes locais; em uma fase posterior, o *common law* foi contrastado com o Direito legislativo [statute law], um produzido por juízes, o outro pela legislatura – este é o significado corrente, moderno” (CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 31).

convictos foram juristas ingleses”, tampouco acarreta na afirmativa de que não houve tentativas de codificação em terras inglesas⁸⁷.

O *common law* inglês iniciou-se como Direito anglo-normando, “compartilhado por um rei e um ducado que não estavam separados, mas unidos pelo Canal da Mancha: o que veio a ser a marca da insularidade inicialmente não era nada insular”⁸⁸. Foi em decorrência da conquista normanda, ocorrida em 1066 e presidida por Guilherme O Conquistador, bem como devido ao Reinado de Henrique II, e das reformas dele advindas, que houve uma centralização da organização do “Estado” (unificação de costumes e da jurisdição), caracterizando, portanto, um sistema jurídico harmonioso e centralizado⁸⁹.

Sobre a conquista normanda é imprescindível lembrar que foi Guilherme, o Duque da Normandia, o responsável pela reorganização e centralização da administração da justiça. Guilherme se encontrava com um território dividido (ducados, condados, senhorios feudais, pequenas vilas), que tinham seus próprios costumes e suas próprias cortes ou tribunais, fatores este que não favoreciam ao poder do rei. Visando fundar um verdadeiro reino, o Duque da Normandia iniciou a unificação dos costumes e também se “arrogou, pouco a pouco, a jurisdição, a qual estava nas mãos dos senhores feudais, com natural resistência destes últimos, uma vez que a administração da justiça não deixava de ser uma fonte de recursos”⁹⁰.

Com isso, houve a introdução do feudalismo no solo inglês, feudalismo este bem diferente do existente no direito continental, pois na Inglaterra o rei ao estabelecer o pacto de suserania com os vassalos, se preocupou em dividir as terras pessoalmente com

⁸⁷Exemplificando, Caenegem afirma que “o código criminal de Sir James Fitzjames Stephen, [...] por pouco não se tornou Direito” (CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 27).

⁸⁸CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 81.

⁸⁹Tanto é assim que, segundo Mario G. Losano, “a *curia regis*, isto é, a Corte de Guilherme I, torna-se o centro da vida administrativa e jurídica do novo reino. Em torno da *curia regis* se condensou rapidamente uma classe profissional forense muito homogênea da qual saíam os juízes que, com as suas sentenças, estavam criando o *Common law*. Isso é o direito consuetudinário, mas em sentido particular: o costume que é fonte deste direito nasce não do comportamento popular, mas sim dos juízes” (LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 263).

⁹⁰RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. v. 36. n. 199, Setembro de 2011, pp. 163 – 164. JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1990, p. 36.

estes de modo que não fosse possível a formação de grandes domínios rivais aos seus, garantindo, pois, que não houvesse concorrência com o rei ao poder⁹¹.

Analisando o reinado de Henrique II verifica-se que com este houve a consolidação da *common law*, oportunidade em que foram levadas a efeito certas reformas na organização e no processo judicial “que modernizaram o Direito Inglês antes que o Direito romano entrasse em cena”⁹². Dentre as principais mudanças advindas com o reinado de Henrique II, merece destaque a fundação de um grupo de juízes régios com competência em primeira instância, os quais percorriam o reino solucionando litígios, especialmente litígios feudais, destacou-se também a introdução do júri em casos civis e criminais como o modo padrão de prova. Em virtude da qualidade da justiça dispensada pelos seus juízes, os tribunais locais foram abandonados progressivamente⁹³.

Os juízes itinerantes percorriam toda a Corte distribuindo justiça em nome do rei por toda a Inglaterra, e, simultaneamente tomavam ciência dos recursos que eram interpostos contra as sentenças dos tribunais senhoris. Henrique II objetivava possuir em todas as províncias do reino, a sua Corte, que seria a *Curia Regis*. Em um curto lapso temporal, os juízes itinerantes formaram o *common law*, pois a lei comum passou a ser a mesma em toda a parte, com a ressalva de que ainda subsistiram alguns usos locais do direito. Na Corte central havia os registros dos “precedentes e assim formou prontamente, na Inglaterra, uma legislação nacional, que abrangeu a maior parte dos casos”⁹⁴.

⁹¹Este pacto de suserania estabelecia o dever do rei em distribuir terras e garantir proteção aos vassallos, ao passo que estes, deveriam se submeter ao rei. Pacto este que fortalecia o poder do rei, “mas, se ele violasse o juramento de suserano, os seus vassallos julgar-se-iam autorizados a desligar-se e a denunciar o juramento de feudalidade” (MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959, pp. 63 – 67). GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 209-210). DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 285.

⁹²CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80. GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo feudal: acontecimentos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 206.

⁹³CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985*. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80 – 81.

⁹⁴RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. v. 36. n. 199, Setembro de 2011, p. 166. GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo feudal: acontecimentos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 211. MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959, pp. 89 – 90.

Dessa forma, o *common law* vai se desenvolver no restante do medievo, constituindo-se como um sistema sólido e sem fragmentações, ao contrário do que acontecia, no mesmo período, no *civil law*, em que o direito comum romano era insuficiente para frear o crescimento do particularismo jurídico. Esse cenário somente vai modificar-se com o advento da modernidade e com a premente necessidade social pela certeza jurídica, própria do racionalismo da época, momento no qual o *common law* acaba instituindo a doutrina dos precedentes, conhecida como *stare decisis*⁹⁵.

Considerações finais

Verifica-se, ao fim do presente ensaio, que tanto o *civil law*, quanto o *common law* desenvolveram-se trilhando caminhos distintos até encontrarem-se com um problema comum: a questão da certeza do direito, nascida no germe da modernidade. A separação entre as duas tradições permanece, cada qual a seu modo: se no *civil law* tentou-se resolver o problema da certeza do direito pela via da Codificação, no *common law* o problema foi enfrentado pela doutrina do *stare decisis*. Experiências jurídicas distintas, pois, com soluções diferentes para lidar com a mesma celeuma. Fica a dúvida: até que ponto o diálogo entre as duas tradições jurídicas é capaz de proporcionar uma alternativa conjunta e viável para lidar com o problema de antanho, ainda presente no cenário jurídico de hoje. Tal questão vai muito além dos aspectos históricos perfilhados no presente ensaio, em que pese sejam estes essenciais para compreendê-la. Sua resposta, talvez, somente no porvir da história possa acontecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

⁹⁵ Nesse sentido, CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977, p. 13. O termo do *stare decisis* é uma expressão latina, na qual está abarcada a ideia de manutenção da decisão anterior (*stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido), primeiramente prestigiada na doutrina de um dos mais renomados juristas da Inglaterra, Sir Baron Parke J., e se consolidando em julgados proferidos nos séculos XVIII e XIX. Como ilustração de julgados que aderiram a regra do *stare decisis*, podemos destacar o caso *Beamish v. Beamish* (1861), a qual fora repetida no caso *Bradford v. Pickles* (1895). Tal regra foi devidamente reconhecida no caso *Londo Tramways Company v. London County Council* em 1898, data a partir da qual a House Of Lords reiterou o efeito vinculante de suas decisões anteriores, patenteando a eficácia externa das mesmas às cortes de hierarquia inferior (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004, pp. 160-161. Consultar também COLE, Charles D. *Precedente judicial – A experiência americana*. *Revista de processo*. Ano 23. V. 92. Outubro - Dezembro de 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 71).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Importação de modelos jurídicos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BIONDI, Biondo. *Instituzioni di diritto romano*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CAENEGEM, R. C. van. *Juízes, legisladores e professores*: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1948-1985. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*: le fonti e Il pensiero giuridico. v. 2. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de processo*. Ano 23. V. 92. Outubro - Dezembro de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese*: le fonti. 3.ed. Milano: Giuffrè, 2000.

CROSS, Rupert. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon press, 1977.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

_____. *Introdução ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. *História do mundo feudal*: acontecimentos políticos. Petrópolis: Vozes, 1974.

GROSSI, Paolo. *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed Età Moderna*. *Revista sequência*, n. 55, p. 9-28, dez. 2007.

_____. El orden jurídico medieval. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*: historia e instituciones. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

- JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1990.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *I grandi sistemi giuridici*. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000.
- MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradicion juridica romano-canonica*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: na introduction to the legal systems of europe and latin America*. Third Edition. California: Standford University Press, 2007.
- PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis. In: *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.
- POUND, Roscoe. *El espíritu del “common law”*. Traduzido por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.
- RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. *Revista de processo*. v. 36. n. 199, Setembro de 2011.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil a sumariade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 25/12/2011.
- _____. *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Baptista da. *Da função à estrutura*. *Revista de Processo*. vol. 158. São Paulo, abr. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas*. *Boletim da faculdade de direito [da] Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 82, p. 213-217, jan. 2006.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARAT, Luis Alberto. CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *Epistemologia e dogmática jurídica*. In: *Ensino e saber jurídico*. Luis Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.