

O SISTEMA DE 'COMMON LAW'

J. M. OTHON SIDOU

- I -

DIREITO INGLÊS

SUMÁRIO: — Formação (1). Conquista normanda (2). O direito jurisprudencial (3). A equity e o sistema dualista (4-5). O statute law (6). Procedimento vigente (7).

Formação

1. O quadro evolutivo do direito inglês configura-se por dois períodos de nítida distinção e manifesto antagonismo. O primeiro, chamado histórico, é o propriamente denominado direito anglo-saxônico. O segundo é o período de *common law*, ou o direito comum a toda a Britânia, em substituição aos costumes dispersos de vertente tribal. Esse período por sua vez permite distinguir três etapas: — a da formação, a partir da conquista normanda (1066) até o advento da dinastia dos Tudors (1485), fase na qual o direito nacional cristalizou com o concurso da jurisprudência baseada nos 'precedentes'; a outra, que podemos chamar fase da razão, em que um sistema retificador, a *equity*, ou 'regras de equidade' passou a complementá-lo; e a última, a partir do meio século passado, na qual a lei escrita, votada por corpos legislativos, o *statute law*, entrou a disputar espaço na construção do edifício jurídico, em par com a tradicional jurisprudência.

Essas fases formam um arquétipo de sistema jurídico essencialmente diferente dos demais, notadamente do romano-germânico, e que, sem quebra

dos lineamentos matriciais, se adapta às grandes transformações do mundo contemporâneo e é adotado por uma população abeirada do bilhão, quer reunida no *commonwealth*, quer nos Estados Unidos da América ou nas unidades políticas que se tornaram independentes do Reino Unido.¹

Apesar de não diferenciar o *statute law* dos princípios do direito legislado e de índole romanística, e de ter-se ampliado em direção ao centralismo administrativo, não se tente visualizar uma inclinação do *common law*² no rumo do direito codificado, sabido que é a bem dizer unânime o sentimento inglês de aversão aos códigos (abra-se exceção a um Bentham), apontados como a porta aberta à descontinuidade do processo jurídico histórico, a fonte de confusão entre o direito e a lei, capitais defeitos aos quais, por sua trajetória indesviável, é imune seu sistema.

São, com efeito, concepções inconciliáveis a dos juristas ingleses e a de seus colegas seguidores do sistema continental. Para qualquer de nossos estudiosos da ciência jurídica, é difícil entender que um povo posto no apogeu da civilização contemporânea mantenha-se aferrado a um sistema jurídico arcaico, que faz da jurisprudência sua fonte básica, quando muitos, e se inclua quem escreve estas linhas, não dão à jurisprudência o *status* de fonte do direito.³

Daquele ufano tradicionalismo vem que qualquer apreciação do *common law* e sua evolução, mesmo despreziosa, desmerece sem um repasse, embora sumário porque escassas as fontes, do período histórico; e tanto porque, como pondera Sarfatti,⁴ se um verdadeiro direito inglês só se apresenta depois da conquista normanda, as raízes deste se adentram naquele período obscuro da empírica civilização anglo-saxônica.

A terra insular inglesa sempre foi objeto de invasões dos primitivos povos continentais. No final da Idade do bronze ali aportaram os *goidels*, os quais, já entrada a Idade do ferro, foram submetidos pelos *britanos*, seus primos de raça celta, ou povos indo-germânicos. Esses, por sua vez, foram dominados pelas legiões romanas de Julio Cesar, que à terra deu o nome de Britânia e cuja conquista durou quatro séculos, do 55 antes de Cristo ao 410 de nossa era.

Durante aquele longo período, os romanos foram acometidos por numerosas e sucessivas tribos germânicas (*pictos*, *escotos*, *saxões*, *anglos* e *jutes*), e as invasões desses povos continentais prosseguiram após a retirada das legiões dos césares.

Com a saída dos exércitos romanos, a ilha da Bretanha, futura Inglaterra, foi invadida pelas tribos dos *anglos* e *saxões*, germânicos do setentrião, que a dominaram em toda a região norte e oeste, e organizaram pequenos principados, logo transformados numa dezena de reinos, e mais adiante num só reino,

quando, em 857, Egberto, rei de Wessex, da chamada Heptarquia Saxônica,⁵ empolgou a coroa.

No século XI foi a vez dos *daneses*, em domínio efêmero (1017 a 1035), todavia merecedor de registro, pela edição, por seu rei Knut, ou Canute, de algumas leis, uma das quais em ensaio da propriedade senhorial.

Naquele último ano, Eduardo, o Confessor, fez-se rei dos anglo-saxões, e não passado muito tempo, ocorreu a presença dos normandos,⁶ esses, sim, de preponderante influência na história inglesa.

Conquista normanda

2. A ocupação normanda foi menos uma conquista, na acepção que tiveram todas as precedentes, do que uma reivindicação política. O duque Guilherme invadiu a Britânia em 1066, menos como conquistador do que como sucessor, que se dizia legitimado (por bastardia), e foi nessa condição que derrotou Haroldo II. A coroa anglo-saxônica passou então às mãos normandas.

Guilherme, o Conquistador, ou o Bastardo, empreendeu, sem dúvida, a mais profícua das invasões estrangeiras no território insular, porque, com sua experiência administrativa adquirida no ducado francês, aliada a forte instinto centralizador, deu partida à unidade política da Inglaterra, traduzida no desaparecimento da época tribal e na instalação do feudalismo.⁷

Mas a instalação do sistema feudal fez-se muito diversa da pátria européia. O país foi distribuído em quinze mil feudos, porém a nenhum barão foi adjudicada uma grande extensão territorial. As grandes suseranias, desde a fratura do Império Romano do Ocidente e a imersão da Humanidade no medievalismo, foram fator decisivo do enfraquecimento dos soberanos e da conseqüente redução do poder central. Contra tal estigma quis prevenir-se o agora rei da Inglaterra, cortando cerce qualquer poder que lhe pudesse rivalizar.

Esse pormenor, aparentemente insignificante, teve papel inquestionável na metodização dos costumes e no caminho da construção de um novo direito; metodização, sim, visto como o que o poder normando fez não foi ab-rogar os velhos *mores* locais — isto fora expressamente proclamado pelo Conquistador — e sim dar partida à implantação de um sistema jurídico nacional, centralizado.

O direito anglo-saxão era então densamente costumeiro, direito ágrafo, marca não transposta pelos direitos empíricos, só bem mais tarde com algumas leis de exíguo apelo social, disperso e disforme, resíduo dos costumes disseminados pelas diversas tribos e povos invasores, portanto incoordenado e

localista. Mas nem por isto se pode obscurecer que tal massa de costumes forneceu a base para aquela anelada organização jurídica nacional. Daí dizer Sarfatti,⁸ com a sensatez do mestre, que, ao fazer-se investigação sobre o primitivo direito anglo-saxão, não se faz história, senão também direito atual.

O Direito jurisprudencial

3. A estruturação de um direito inglês foi, e não poderia deixar de ter sido, lenta. Nas cortes feudais onde deviam pontificar, os juízes normandos, assentados em terra estrangeira e falando língua estranha, estavam adstritos a aplicar a 'lei da terra', irrenunciável princípio imemorial que assegurava ao indivíduo ser julgado segundo o direito local, no caso, o costumeiro.

Esse cânone nuclear, emanado das velhas leis germânicas, sempre foi respeitado pelos primitivos tribunais (*County Court* e *Hundred Court*) e pelos que lhes substituíram (*Court Baron*), quando menos para evitar a coima de julgamento arbitrário.

No começo, o rei exercia apenas a 'alta justiça', ou seja, somente conhecia de casos excepcionais condizentes com a unidade, a paz e as finanças do reino. A administração judicial era atributo dos senhores feudais e de suas cortes. Mas aos poucos aquela competência real foi-se ampliando, redistribuída entre os tribunais reais que, a sua vez, e paulatinamente, se foram separando da *curia regis*, ou conselheira do rei, quando se instalaram em Westminster. Ao final da Idade Média, no século XV, a administração da justiça era atributo apenas dos tribunais reais.

É a essas cortes de Westminster que se deve a coordenação dos costumes locais da Inglaterra, laborada na síntese e seleção de numerosos elementos de direito material que, durante séculos, passaram pelo crivo judicial do caso a caso, no dia-a-dia; em suma, o *common law*, um direito que é 'comum', na acepção de nacional, não local, e que deixou de ser 'costumeiro', porque a partir daí o que passou a prevalecer foi a jurisprudência, não o costume; um direito jurisprudencial, sua marca até nossos dias.

O *common law* distingue-se dos demais sistemas jurídicos em aplicação no mundo civilizado, se não apenas pela substituição da lei pela jurisprudência, também pelo papel que nele representa o juiz.

Além da função inerente de todo magistrado judicante, o juiz inglês é investido de uma quase função legislativa. Ele, ao mesmo tempo que busca o direito a ser aplicado em face do caso concreto e que, por sua vez, já fora perquirido por juízes antecessores em situação idêntica ou semelhante, lega o

resultado de seu labor decisório para ser empregado em futuros casos análogos, ou vinculados a um mesmo fundo jurídico, assim reforçando o repertório dos 'precedentes', o núcleo do sistema.

Indagação elementar de qualquer estudante de direito comparado é sobre a não assimilação do direito romano na Inglaterra, uma vez que o fenômeno da 'recepção' ocorreu em todos os países do Continente europeu.

A resposta é simples e de natureza histórica. À época da conquista normanda, século XI, nem o direito continental estava estruturado, nem a 'recepção' havia iniciado sua europeização, uma vez que só se pode cogitar de um e outra a partir do século XIII. Na época de Guilherme, o Conquistador, o direito não tinha unidade, cada região adotando o seu a seu modo. O ducado da Normandia praticava um direito jurisprudencial, baseado nos costumes, mais afastado do germânico do que do romano. E foi esse direito que seu duque levou para a Inglaterra conquistada. Esse direito costumeiro vingou em toda a região francesa onde se encontra a Normandia pelo menos até o século XIV, época em que passou a predominar ali o direito continental, quando se fez sentir a 'recepção' do direito romano-canônico.

Erodida pelo tempo, a premonição de Guilherme, o Conquistador de fracionar ao máximo a divisão da terra em feudos para evitar a formação de poder equipolente ao seu, não foi suficientemente forte para impedir as susceptibilidades dos barões em face da concorrência da jurisdição real. Esses melindres sempre se fizeram sentir, e até em grande no século XIII, dos quais o advento da *Magna Charta* é apenas um episódio.

Mas o privilégio de que somente o rei, além da igreja, pode obrigar seus súditos a prestar juramento, encorajou os tribunais reais a modernizarem o procedimento judicial, com a instituição do *júri* e a ampliação dos *writs*. O júri oferecia a vantagem da prova testemunhal, enquanto as jurisdições feudais mantinham o sistema probatório arcaico. E os *writs*, à semelhança dos interditos romanos, eram ordens emanadas de um grande oficial da coroa endereçada aos tribunais reais, para que conhecessem das queixas feitas pelos particulares ao rei, em detrimento das cortes senhoriais.

O entendimento de que a solução dos litígios era do interesse da coroa, tanto quanto a unidade e a paz do reino, foi o passo para a proscrição do direito privado. Na Inglaterra, com efeito, o direito é única e exclusivamente público. Ao chanceler cabia decidir, em exame de cada caso, sobre seu ajustamento a uma das situações reservadas à interferência da justiça real, mas paulatinamente, com a cristalização do hábito, os *writs* foram sendo outorgados sem qualquer exame ou arbitragem. Já então, ao fito originário de fortalecer o poder real,

sobrelevava o interesse financeiro, haurido pelos tribunais da coroa, ainda e tanto mais em prejuízo das cortes feudais.

Esse, um dos motivos que deram lugar à sublevação dos barões contra o rei João, sem Terra, e o conseqüente compromisso da *Magna Charta*. Nela, com efeito, figura como item 40 da versão original de 1215 que o rei se compromete a não ‘vender a justiça’ (*nulli vendemus... justitiam*).

O paulatino declínio das jurisdições senhoriais e a concentração da justiça nos tribunais reais, as chamadas *Court of common law*, expôs o sistema a um colapso.

Desprovidos, por imperativo do próprio sistema, de um corpo de direito que as norteasse, e conseqüentemente arcando com a tarefa de construir o *common law* apenas com a ajuda da experiência, tais cortes não estavam munidas de precedentes aptos a deslindar toda espécie de litígio, já avultados no século XV em razão da evolução social, e os litigantes que viam seus pleitos inconclusos por largo tempo, ou as partes inconformadas com as decisões desfavoráveis, passaram a manifestar recurso diretamente ao rei, “fonte de toda justiça e generosidade”.

Era o chanceler do rei, como já se disse, a quem cabia, por delegação do soberano, apreciar essa ‘prerrogativa real’; e o fazê-lo, a princípio em moderada consideração à ‘equidade do caso particular’, descambou, como juiz autônomo e supremo, para a formulação de doutrinas equitativas de todo alheias ou ao arrepio das formulação jurídica dos tribunais reais.

Estava, pois, o *common law* em risco de defrontar um sistema rival, “como acontecera em Roma, lembra René David,⁹ com o direito civil antigo, na época clássica, que se viu suplantado pelo direito pretoriano”.

Para agravar ainda mais esse quadro, a dinastia dos Tudors,¹⁰ instaurada no século XVI, contribuiu à larga com seu acentuado absolutismo. E dessa feita, o risco não se limitava a um poder judiciário paralelo, mas à ‘recepção do direito romano’, com o conseqüente desaparecimento do *common law*.

Intuitivo é dessumir que ao centralismo absolutista de Henrique VII, o fundador da dinastia, muito aprazia o emprego da formulação equitativa pelo chanceler investido da prerrogativa real.

A “equity” e o sistema dualista

4. O percalço acima exposto seria o mínimo, não fosse a mudança operada no rito processual da equidade.

O procedimento sob o *common law* sempre foi oral e público, observado tanto nas antigas cortes feudais como também nos tribunais do rei. A jurisdição de

equidade modificou essa tradição. O chanceler continuou examinando os pleitos, todavia mediante processo escrito, secreto e inquisitório, à linha do direito itálico-canônico, sem mais dar lugar à formação de *juris*. Tal desvio era duplamente benéfico, porque, se por um lado encorajava o absolutismo régio, por outro favorecia os litigantes que às Cortes de *common law*, tardígradas e desnorteadas diante de situações jurídicas novas, preferiam bater à porta da Chancelaria, que lhes proporcionava decisão mais pronta e por método moderno.

Um fator novo salvou o *common law* do fatal eclipse. A oposição liberal do Parlamento insurgiu-se contra a jurisdição do chanceler e, apesar da manifestação de Jaime I, favorável a essa, os próprios chanceleres, surpreendentemente, recuaram e restringiram seu exercício no uso das prerrogativas reais. Em 1641, um 'gentlemen agreement' considerou que, subsistente embora, a jurisdição do Chanceler se limitava a aplicar a equidade restrita às regras adotadas nos casos até então resolvidos, e, simultaneamente, o rei não mais utilizaria sua prerrogativa na criação de novas jurisdições paralelas às cortes de *common law*.

5. Decorrência desse inesperado deslinde, aliás de todo frutuoso, foi o sistema dualista por que passou a configurar-se o direito inglês, ou seja, a coexistência das regras emanadas dos tribunais de *common law* e dos preceitos da *equity*, construídos pelos tribunais da Chancelaria.

A coerência desse sistema dual no correr dos séculos autoriza entender, em opinião unívoca, que a *equity* passou a exercer um papel preponderante na correção e suprimento das regras do precedente; ambos se integraram de tal forma que é razoável tratá-los, ambos, pelo nome singular de *common law*. O sistema de *common law*, portanto, é a soma da jurisprudência e da equidade.

O sistema de jurisdição dualista observado pelo direito inglês persistiu durante vários séculos. O demandante podia instaurar seu pleito ante uma corte de Westminster, se o caso entendesse com o *common law*, ou ante um tribunal da Chancelaria, se a espécie admitisse um tratamento por equidade; ou ainda podia questionar utilizando simultaneamente ambas as cortes sobre uma mesma relação jurídica. Mesma relação — note-se — sob a ótica do sistema romanista, não porém do sistema inglês.

Essa diversidade advém da estruturação que ambos os sistemas dão a seus institutos. Não distinguindo o regime inglês direito público de direito privado, os institutos ou são de *common law* ou são de *equity*. É o processo, direito público por excelência, que determina a competência. Exemplificando; se uma parte no contrato de compra e venda pretendia demandar por quebra do negócio, iria ter à corte de *common law*. Se a mesma parte quisesse, com base no

mesmo contrato, cobrar perdas e danos decorrentes desse inadimplemento, seu destino seria a corte de *equity*.

O sistema romanista vê no instituto do contrato uma unidade obrigacional, distinguindo-o apenas quando à forma, ao efeito, aos encargos, ao formalismo e à tutela judicial, que é a classificação do vetusto direito romano. Não o entende assim o *common law*, que reconhece uma vasta gama de pactos, de curativo processual próprio e apenas distintos quanto a serem de natureza real ou pessoal.

'Statute law'

6. Profundas modificações experimentou o direito inglês a partir do meio século XIX, não apenas libertando-se da rigidez da esquematização das ações, mas também, e principalmente, quanto à organização judiciária.

Entendendo com essa última, os *Judicatures Acts*, editados em 1873 e 1875, aboliram o dualismo; competência de *common law* e competência de *equity* passaram a ser uma só, incumbindo às diversas jurisdições aplicar simultaneamente as regras de um e de outra.

Para empreender modificação tão ousada e que, sem sombra de dúvida, restringiu em parte o sistema jurisprudencial, entrou com sua contribuição o *statute law*, ou as leis escritas, que, uma vez editadas, não apenas esclareceram e sistematizaram o direito, como também, pelo princípio de ab-rogação das leis (preceitos) antigos pelas leis novas, afastaram as soluções tradicionais.

A data em que esse passo de enfraquecimento do tradicionalismo se fez sentir no *common law* (1832) coincide com a época do desenvolvimento econômico universal, marcado pela própria Inglaterra com a revolução industrial e a eclosão do capitalismo. Foi o comércio internacional que impôs as mudanças de rumo.

A lei inglesa é, sem dúvida, o ponto de aproximação mais transparente do sistema inglês com o congênere continental. Elaborada pelo Parlamento (*Act of Parliament*), ela é aparentemente igual ao produto dos Parlamentos europeus e Congressos americanos, porém sua função difere em que se limita a corrigir e complementar a jurisprudência. O *statute* não cria o direito, e por isto ainda tem função secundária na tessitura jurídica, limitando-se, em face da administração, a exercer função regulamentar, e em face do direito, em si, a levantar exceções ao direito jurisprudencial.

Tanto assim é que a edição da lei inglesa não significa sua imediata incorporação ao direito, a qual só se verifica quando ela for objeto de mais de

uma aplicação judicial. E na prática nenhum jurista a cita em seus julgados, arrazoados ou doutrinamentos, porque o que merece referência útil ou pragmática é o julgado a que ela deu suporte. Desta forma, o *statute*, particularmente considerado, cedo perde a identidade, e sua *occasio legis* não há como ser cogitada.

O que parece ser surpreendente para os estranhos ao mecanismo do direito inglês, habituados a ver na lei o efeito imediato e geral, aquilo é da mais simples coerência. É a pura manutenção do princípio por que se estruturou e se vem desenvolvendo o *common law*: ser um direito eminentemente jurisprudencial.¹¹

Procedimento vigente

7. As reformas por que passou o sistema a partir do meio século XIX prodigalizaram, indubitavelmente, um largo arejamento ao processo, sem descharacterizá-lo todavia da feição que assumiu com a instituição, já remota, do júri.

Alheio ao princípio de impulsão oficial, característica do sistema processual publicista, o juiz inglês tem ação reduzida no desenrolar da demanda. Conduz-se como se conduzia o juiz romano sob a égide das ações da lei. O processo é objeto de prévio entendimento de gabinete entre os advogados das partes, de sorte que as questões cheguem à audiência pública com clareza suficiente a propiciar uma tomada de posição sem meio termo ou perplexidade. O mais é decidido com o subsídio do depoimento pessoal ou da prova testemunhal, inteiramente orais e contraditórios, no correr da dita audiência.

O júri, em matéria cível, está hoje reduzido à excepcionalidade, porém o desenrolar do processo, independentemente dele, diremos a cristalização do fato, permanece o da maneira acima exposta. Isto se explica pela necessidade de atender ao grau de instrução dos jurados, homens do povo, antigamente rudes, que precisam defrontar questões simples e assim estarem aptos a solucioná-las pela simples afirmativa ou negativa; necessidade que nada justifica ser alterada.

Duas idéias nucleares informam o procedimento inglês: o réu deve ser tratado com lealdade (*fair trial*) e ter assegurado o devido processo legal (*due process of law*), hoje erigido em cânon dos direitos humanos, respeitado em todo o orbe civilizado.

Salvos os casos de prevaricação ou erro material, não se detém o direito inglês em apreciar a decisão judicial. Ela é o que é. Exige-se apenas que o

processo tenha desenvolvimento e deslinde em obediência àqueles augustos princípios. Daí vem que o juiz inglês não precisa motivar sua decisão. Esta é singela e afirmativa apenas. E apenas o *decisum* é que se pode incorporar às regras do precedente. As razões (*reasons*) evocadas em apoio da decisão em nada contribuem, por supérfluas, para formar uma regra de precedente, a qual é incorporada pela parte substancial, ou *ratio decidendi*.

Os recursos ordinários contra as sentenças duma jurisdição inferior são interpostas junto à *Court of Appel*; as questões de direito são da competência da *High Court of Justice*, de grau superior, ambas subordinadas à *Supreme Court of Judicature*, a qual só excepcionalmente é controlada pela Câmara dos Lordes, que está na cúspide da judicatura. Há a considerar ainda os tribunais de condado, a cujas portas vão bater nove décimos dos litígios de natureza cível.

Inexiste Ministério Público no direito inglês, considerada a presença dessa figura uma intromissão indevida do governo na administração da justiça.

É de mister por em relevo que, direito jurisprudencial por índole, sem preceitos codificados, mas extraído dos julgados precedentemente emitidos, somente por efeito de lei, curiosamente apenas no século XIX foi que o 'precedente' teve formalização como regra (*rule of precedent*). Desprovidas de metodização, as decisões anteriores eram sem dúvida aplicadas, porque aí está o fulcro do sistema jurídico, mas somente as reformas operadas a partir da primeira metade daquela centúria deram aos precedentes um caráter metodizado. Em sua aplicação, observa-se hoje uma hierarquia classificatória segundo a qual: 1) as decisões tomadas pela Câmara dos Lordes deverão ser obrigatoriamente seguidas; 2) as emanadas da *Court of Appel* impõem-se a todas as jurisdições que lhe são inferiores; e 3) as emitidas pela *High Court of Justice* não são obrigatórias, mas devem servir de elemento de persuasão, ou, segundo nossa terminologia, 'regras de experiência'. Resumindo, somente constituem precedente as decisões oriundas da alta cúpula judiciária.

Mesmo assim, a imposição do *precedente* não é absoluta. A Câmara dos Lordes, cujas decisões, repetimos, constituem pressupostos obrigatórios *erga omnes*, entendeu recentemente que ela poderá afastar-se da regra do precedente quando assim do interesse da Justiça.

Outro ponto que intriga o neófito em direito inglês relaciona-se com o pressentido acúmulo de decisões incorporadas em crescendo como regra do precedente, o que a torna uma babel, capaz de desestimular os que pretendem ingressar na advocacia.¹² Nada disto. Há uma prudente seleção para evitar a avalanche dessas regras, e a publicação das decisões tribunalícias que são erigidas em precedente faz excluir as que não são merecedoras desse privilégio

e que avultam em número sobre as que o são e formam a jurisprudência definida.¹³

As decisões tomadas por *equity* merecem observação à parte. Sabido pelos estudiosos de hermenêutica jurídica, a equidade é o ideal de justiça aplicado ao caso particular. Não tem regra própria, por impossível prever todas as situações a que aquela se impõe. Na hierarquia dos valores jurídicos estão, em grau ascendente, a Lei, que é mera serva do direito, e o Direito, que é servo da Justiça. Essa e a Equidade ocupam o cimo, aquela abrangendo as relações jurídicas na globalidade, a outra contemplando um determinado caso. Quando a Equidade se impõe, toma o lugar da Justiça, necessariamente para retificá-la sob o ângulo particularista.

O direito inglês é também reverente a esse princípio sublime. Por condizer a *equity* com o caso particular, ela só se incorpora à regra do precedente quando perde sua característica originária, por ser uma pluralidade de decisões semelhantes, noutras palavras, deixa de ser *equity* para converter-se em *common law*.

- II -

DIREITO NORTE-AMERICANO

SUMÁRIO: — A assimilação do 'Common law' (8-9). Construção de uma família jurídica (10-11). Diferenças fundamentais (12). O Procedimento (13).

A assimilação do 'Common law'

8. Empolgando aos espanhóis e portugueses a exploração dos mares e a conquista do mundo ignorado e inculto, os ingleses aportaram com o *common law* às terras conquistadas, impondo-o onde encontrassem direito em estado empírico e esforçando-se por introduzi-lo onde ele, por quaisquer de seus institutos, fosse assimilável.¹⁴

Essas conquistas tiveram início no século XVII, quanto às colônias americanas que passariam a constituir os Estados Unidos. No século XVIII foi a vez do Canadá e no século XIX a da Austrália, para só falar nas principais.

Seria óbvio, portanto que o *common law* viesse a ser o sistema jurídico das colônias ali implantadas, obviedade tanto mais evidente quanto objeto de

enfática decisão da corte real de Westminster proferida no *Calvin's Case*, em 1608, segundo a qual “os súditos ingleses levam-no (o *common law*) com eles quando se estabeleçam em territórios que não estejam submetidos a nação civilizada”.

Precavidamente, tal decisão contém uma ressalva, a só aplicabilidade do preceito nas colônias “à medida em que seja apropriada às suas condições de vida”, exceção que, a bem dizer, se converteu em regra.

Ocorre que o *common law*, como sistema jurídico, é vulnerável à tendência comum aos demais sistemas jurídicos: ser o gênero, de que as famílias jurídicas formam espécies.

Isto significa que as nações anglófonas praticam o direito jurisprudencial ao modo da matriz inglesa, mas ele se diversifica, tanto quanto diversos são os direitos dos países germânicos em face da mesma matriz romanista.

O fator político exerce nesse desvio a principal influência. Mas outros fatores, de natureza histórica e social, ditaram, com respeito à principal antiga colônia britânica na América, o desvio do genuíno direito inglês.

Os Estados Unidos, cuja colonização, operada já na Idade Moderna, não foi feudal, e cuja organização política é diversa da inglesa, dificilmente iria assimilar por inteiro um sistema jurídico estruturado para uma sociedade feudatária.

Todavia, não promana somente daí, do Estado estruturado no final do século XVIII, essa inassimilação.

Basta remontar às vertentes coloniais para concluir quão difícil seria aplicar um sistema jurídico baseado apenas nos precedentes judiciais, numa terra longínqua, em núcleos humanos dispersos, incultos, desprovidos de conhecedores do mecanismo judicial, sem juízes porque escassos, negligenciados pela metrópole ou de todo ausentes ou carentes.

O direito aplicado, porque não poderia deixar de haver um direito, necessariamente descambaria para o empirismo, subsidiado nos preceitos bíblicos e inclinado para o arbítrio de bisonhos magistrados, quando não apenas de xerifes obtusos.

A lei escrita seria, como fora na remota Roma das XII Tábuas, o natural anteparo contra a justiça truculenta.

Foram, pois, a ignorância do direito da metrópole e o arrimo a um direito formal construído em coerência com a terra e o meio, os principais redutores da assimilação do *common law* pelas novas nações anglófonas.

O passo seguinte, ao encontro de um direito próprio mais evoluído à raiz daquelas circunstâncias, ocorreria necessariamente com a emancipação política das colônias, cujos povos emigraram da Europa quase sempre fugindo às

perseguições religiosas e em busca da liberdade que um novo Mundo com novos métodos prodigalizava.

9. Por que, então, os Estados Unidos, uma vez constituídos, permaneceram vinculados ao *common law*?

A indagação identifica-se com a similar relacionada com o porque a conquista normanda não impôs à Britânia o sistema jurídico romano-canônico. Essa é de fácil resposta, como exposto (*supra*, nº 3); não porém a outra.

Esforçam-se juristas e historiadores em oferecer teorias próprias que só em parte satisfazem. Com efeito, assentar a explicação na formação racional e lógica do direito romano-germânico, ou na ordenação alheia a qualquer preocupação lógica na formação do direito inglês, não convence e se abeira da 'petição de princípio', o falso raciocínio de apoiar a demonstração sobre a tese que se pretende sustentar.

No respeitante aos Estados Unidos, só resiste a esse falso raciocínio argüir que a reverência ao *common law* decorre do idioma praticado nas primitivas colônias inglesas (Virginia, Plymouth, Massachussets, Maryland) sobre a língua falada nas que foram implantadas pelos franceses, espanhóis, holandeses e suecos. Foram a língua inglesa e o povoamento originariamente inglês que mantiveram os Estados Unidos no sistema do *common law*.¹⁵

Construção de uma família jurídica

10. Se a implantação de um direito comum na Inglaterra foi lento, a adaptação desse direito nos Estados Unidos foi difícil. No correr dos tempos, ali, na ilha britânica, uma voz de peso apenas, Jeremy Bentham, batalhou pela codificação, o que importaria na proscrição do direito jurisprudencial. Na Norte-América, vozes ponderáveis, ontem Story e Kent, e ainda hoje, propugnam por um direito codificado. O próprio jurisfilósofo inglês, segundo depoimento próprio, ofereceu ao presidente Madison seus serviços para a elaboração de um código civil americano. Instituições científico-sociais continuam batendo na tecla da codificação. E no meio século passado, um historiador inglês, Henri Maine, preconizou que os Estados Unidos, mais cedo ou mais tarde passarão a integrar os países do sistema romanista.

Fatores heterogêneos, de natureza histórica, um, e de manifestação mais recente, outro, contribuíram e vêm contribuindo, não digamos para uma transição de sistema jurídico, e sim para um cada vez mais acentuado distanciamento dos direitos norte-americano e inglês. Preferimos ver nesse fenômeno a cristalização de uma família jurídica própria, brotada de um sistema jurídico tradicional.

O principal desses fatores assenta, como dissemos, na diversa estruturação política dos Estados Unidos. Não será exagero dizer que o *common law* inglês se exauriu ali com a independência norte-americana. Basta considerar que não sendo o direito uma ordem estática, porque evolui com o dia a dia social, cessaram de ter aplicação a partir da autonomia política as regras jurisprudenciais inglesas daí por diante construídas no além-mar, como também deixaram de ser absorvidas as modificações estruturais daí em diante empreendidas. Dois direitos, portanto, passaram a ser paralelamente elaborados, num e noutro lado do Atlântico.

A esse fator agrega-se o cosmopolitismo, com a presença e influência massivas, nos *States*, de uma população diversificada e sempre renovada, cujos componentes humanos provêm de países de índole diversa do *common law*.

Com referência à formação política, a diversidade das duas nações é sabidamente abissal. Na Inglaterra, prevalecem a forma monárquica e o sistema parlamentarista de governo; nos Estados Unidos, a forma republicana e o sistema presidencialista. Aqui, a base estrutural do Estado promana de uma Constituição escrita, existente no papel; ali, existe uma constituição, porque esse instrumento tanto pode ser formal quanto deixar de o ser, porém ela é de natureza não escrita, existente na tradição. Ali, na Inglaterra, a monarquia é unitária e centralizadora, como é da índole das monarquias; aqui, com o federalismo, a prerrogativa dos Estados-membros na construção do direito é preponderante, deixando ao poder central legislar apenas em caráter secundário. Nos Estados Unidos, o Poder Judicial é o guardião da Constituição, e sobre os preceitos exerce o mais rígido controle; na Inglaterra, não há controle jurisdicional, aliás de todo inadequável. Aqui, os Poderes do Estado são separados e harmônicos; na Inglaterra, a Supreme Court of Judicature, embora em caráter excepcional, é dependente da Câmara dos Lordes. Finalmente, a unidade inglesa constituiu-se pela reunião de tribos diversas, enquanto a unidade americana resultou da aglutinação de colônias já estruturadas e civilizadas.

Como quer que seja, o *common law* impôs-se. À época da independência, as treze colônias eram inglesas e inglês o idioma de seus habitantes, com traços já remotos da ancestralidade heterogênea. As anexações posteriores, resultantes de compra (Louisiana), de tratados de paz forçada (Texas, Novo México) ou da marcha para o Oeste, já encontraram o *common law* como direito nacional.

11. Identificados os fatores sócio-políticos determinantes da desuniformidade dos direitos inglês e estadunidense, é tempo de relacionar, primeiramente, as identidades mais acentuadas entre o *common law* inglês e o da família jurídica norte-americana, e depois, as diferenças mais agudas.

Em começo, não é demais repetir que o sistema jurídico estadunidense é tipicamente resultante de um direito jurisprudencial, e nisto talvez a sua maior vinculação à origem.

Três pontos, com efeito, são comuns a ambos os direitos. Um, diz com a simplificação da ação, que ali e acolá harmonizaram no afastamento do formalismo, para abraçar um procedimento simplificado. Outro, relaciona-se com a eliminação da dualidade jurisdicional de *common law* e *equity*. Finalmente, a contensão das leis em papel secundário em face da jurisprudência, resultante de que a assimilação daquelas só opera depois de interpretadas e aplicadas pelos tribunais, como já foi exposto (*supra*, nº 6).

Diferenças fundamentais

12. A diferença mais saliente entre os direitos inglês e norte-americano dimana da Constituição de 1787, de cunho romanista e que, vencidos dois séculos, modificada apenas por vinte e duas Emendas, permanece na cimalha do sistema.

Em grau de importância, impõe seqüência na República setentrional, a dualidade, direito federal e direito dos Estados, determinante da competência da Federação e das unidades federadas, o que é inexistente na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, tal como no Brasil, a competência tanto pode ser exclusiva da União quanto dos Estados, e em relação a esses, tanto pode ser residual, para efeito de suprir lacunas do direito federal, como também pode ser derivada, quando a União atribui aos Estados estabelecerem o direito sobre matéria que, em caráter primário, seria de atribuição federal. Verte daí um braço do controle de constitucionalidade, para impedir a invasão de áreas de competência.

Outra distinção relaciona-se com o conceito de *equity*, que é bastante liberal nos Estados Unidos, sobretudo no atinente ao direito de família. Ali, como por exemplo, malgrado o preceito de direito eclesiástico em obediência ao qual a família forma uma 'unidade jurídica', a mulher e o marido podem litigar entre si, com base na regra de equidade.

Já registramos que o júri na Inglaterra, em matéria cível, tem hoje emprego esporádico. Ao diverso, nos Estados Unidos, o instituto é de aplicação cotidiana, para apreciar questões de fato, por ser ínfimo o valor de alçada que defere às partes do processo o *trial by jury*, ou seja, o direito de julgamento pelo tribunal popular. É a regra do 'devido processo legal', que decorre da interpretação da Emenda XIV, sec. 1, obrigatória na justiça federal e consagrada em numerosas constituições estaduais.

A analogia *iuris* prevalece para o preenchimento da lacuna da jurisprudência de um Estado pela de outro, o que a monolítica justiça inglesa não comporta.

A regra do *stare decisis*, que impõe ao juiz seguir o direito assentado nas decisões precedentes, tem valor reduzido no *common law* norte-americano, sob o argumento de que é razoável evitar a cristalização de diferenças inconciliáveis entre Estados diversos.¹⁶ Merece notar, neste sentido, que nem a Suprema Corte dos Estados Unidos nem os Supremos Tribunais dos Estados estão obrigados a seguir os precedentes por eles próprios erigidos como *stare decisis*.

A Inglaterra repudia a denominação 'código' para os seus *statuts law*. Os Estados Unidos têm com abundância diplomas com esse designativo, de caráter estadual e federal. Nesse campo cita-se o *United State Code Annotated*, e no âmbito regional, sem falar no Código Civil da Louisiana, Estado que se manteve vinculado ao sistema romanista, há códigos civis da Califórnia, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Geórgia e Montana. Ressalve-se, todavia, que esses códigos não autorizam qualquer propensão para o sistema romanista, dado que mais precisamente são compilações do direito assente, podendo-se dizê-los meras consolidações, elaboradas com o fito de simplificar, nunca de reciclar o direito, característica das codificações ortodoxas.

Por último, há a considerar que o próprio procedimento norte-americano se distancia do que é praticado nos demais sistemas jurídicos, inclusive no *common law* inglês.

Nos Estados Unidos, depõe Sereni,¹⁷ o processo se concebe como um meio de satisfazer interesses essencialmente privados, e não o interesse do Estado, na composição do litígio, ou o interesse da justiça concebida em forma abstrata.

A partir daí, figura o juiz como um árbitro e ordenador do pleito, donde dizer-se que são as partes os melhores juízes para a solução de seus interesses privados.

Comparando o órgão judiciário da França com o dos Estados Unidos, Tunc y Tunc¹⁸, juristas franceses, deduzem com franqueza que a única debilidade desse assenta em que freqüentemente é nomeado por motivos políticos, em razão do que o juiz francês tem, quiçá, um maior valor jurídico porque é nomeado por seus próprios méritos, em obediência a acesso funcional.

O Procedimento

13. Sem diferença acentuada sobre o procedimento inglês, ambos objeto de modernas simplificações, o norte-americano desdobra-se em fases distintas e preclusivas, a saber:

a) *service of process*, correspondente à citação, que é a ordem do juiz (*writ of summons*) expedida ao demandado, que deve participar do processo, sob pena de um pronunciamento à revelia;

b) *pleading*, ou demanda propriamente dita, que vem a ser o cruzamento das alegações do autor com as contra-alegações do demandado (resposta do réu, inclusive com eventuais exceções e reconvenção);

c) *pre-trial*, nas quais as partes podem completar a instrução de sua causa, tendendo a obter cada uma, do adversário, mediante interrogatório sobre fatos e articulados, os elementos ou informações que lhes aproveitem; é a fase preparatória da etapa seguinte;

d) *trial*, a fase mais importante do processo, em que ocorre o amplo debate oral para deslinde de questões de fato, sendo estranhas as questões de direito; e finalmente;

e) *judgement*, ou decisão judicial.

Convém adscrever alguns pontos relacionados com essas fases do processo.

O *pleading* visa a condensar os fatos que devem ser levados ao *trial*, permitindo acréscimos ou alterações, mas o autor só pode demonstrar aquilo que constar de seus alegados; e do mesmo modo o demandado tem limitada sua prova ao que contraditou, excepcionou ou reconveio em sua resposta.

Na fase *pre-trial*, o procedimento de averiguação tanto pode ser na forma de *discovery of facts*, como também na forma de *discovery of documents*, correspondente à ação *ad exhibendum*, de origem romana.

O *trial* comporta várias modalidades: *by jury*, *court trial* e *before a referee*.

O júri, que guarda as mesmas características universais, como reunião de homens escolhidos *ad hoc* para o fim de formar consciência sobre uma ou mais questões de fato e de decidir sobre qual a verdade em face das provas antagônicas perante eles produzidas, tem o juiz como presidente da audiência, e no cível leva a denominação de *petty jury*, para distingui-lo do similar penal, ou *grand jury*. A decisão dos jurados obtém-se por maioria, e se houver desacordo (*disagreement*), o júri é desfeito e determinado novo *trial*.

Se a competência escapa à do juiz singular, a corte judiciária se sub-roga à função do *trial by jury* e é a seus juízes que compete decidir a demanda.

Finalmente, o *trial before a referee* transcorre sob a direção de um árbitro oficial, como delegado do juiz.

Já mencionamos que o instituto do júri cível tem muito maior ocorrência nos Estados Unidos do que na Inglaterra, onde é hoje de efêmera reunião. Ainda assim, ali, como se trata de um direito emanado da Constituição, a parte

demandante tanto pode exigí-lo, como também as partes, uma vez acordadas, podem a ele renunciar.

Dois pontos de natureza processual identificam-se nos direitos inglês e norte-americano. O primeiro diz com o valor da prova testemunhal sobre a documental. O documento desfruta de valor pleno, mas sem validade preestabelecida, portanto dependendo de ser convalidado por testemunhas. O outro é a quase inexistência de prova pericial.

NOTAS

1. *Commonwealth*; a Comunidade Britânica de Nações, formada por quase três dezenas de países associados, resultou da autodissolução do sistema colonialista inglês, após a Segunda Guerra Mundial, para a concessão de independência às antigas colônias e protetorados. É a associação política mais expressiva do Mundo contemporâneo, reunindo uma população que se abeira do bilhão de habitantes, que falam predominantemente o idioma inglês, vinculada à Coroa inglesa, e que se rege em geral pelo *common law*. Embora o símbolo da Commonwealth seja a Coroa, nem todos os seus Estados membros adotam a forma de governo monárquica, contando-se entre eles Gana, Chipre, Nigéria, Serra Leoa, Tanzânia, Gâmbia, Cingapura, Sri Lanka, Zâmbia, Botswana, Guiana, Bangladesh, que são repúblicas.

2. A indefinição do gênero no artigo *the* em idioma inglês dá lugar a que a expressão *common law* seja empregada, nas línguas neolatinas, ora no feminino, ora no masculino. Ambas podem estar corretas, mas optamos por essa última forma, levando em consideração que se *law* significa *lei* (feminino) e também *direito* (masculino), é ao direito, na globalidade, não à lei, na particularidade, a que se dirige o sentido da locução.

3. SARFATTI, Mario. 'Introducción al estudio del Derecho Comparado', p. 125. Trad. del Instituto de Derecho Comparado. Imprenta Universitaria. Mexico, 1945.

4. Embora haja discrepância quanto ao emprego da expressão 'fonte' do direito, essa, para o caso, não se pode apartar do sentido de nascedouro de alguma coisa. A jurisprudência não é nascente do direito, pelo fato de apoiar-se sempre no costume ou na lei, esses, sim, a fonte jurídica. A própria jurisprudência que embasa o *common law* não nasce *ex nihilo*, porque sua fonte é o costume.

5. Kent, Sussex, Wessek, Northumberland, Estanglia e Mercia formavam a Heptarquia Saxônica.

6. Os normandos (= povos do Norte) de origem escandinava, *vikings*, cujas incursões belicosas chegaram até Bizâncio, receberam no século X, de Carlos III, de França, o território a Noroeste do país, hoje a Normandia. À época da nossa narrativa, dali Guilherme era o duque.

7. RENÉ DAVID. 'Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo — Direito Comparado', p. 345. Trad. de Herminio A. Carvalho. Edit. Meridiano. Lisboa, 1972.

8. SARFATTI, *Introducción*, cit., p. 151; em contra esse tradicionalismo, RENÉ DAVID, op. cit., p. 426, para quem "o costume imemorial do reino nunca foi senão uma simples ficção, destinado a afastar dos juízes a desconfiança de julgarem de modo arbitrário". E adianta (p. 431): "Antes de tudo o mais, devemos abandonar a idéia tão corrente que o direito inglês é um direito consuetudinário" (...) "O direito inglês é um direito jurisprudencial".

9. RENÉ DAVID, op. cit., p. 359.

10. Os Tudors constituíram a família dinástica originária do País de Gales e se mantiveram no trono inglês de 1485 a 1603, na pessoa dos reis Henrique VII, Henrique VIII, Eduardo VI, Maria I e Isabel I. Com essa última, celibatária, extinguiu-se a dinastia dos Tudors.

11. A grande avulsão de leis votadas pelo Parlamento depois da Segunda Guerra Mundial tem operado modificação nesse quadro, e sobre muitas delas não se pode dizer que se limitam a suprir o *common law*, mas a criar direito.

12. Não há neófitos na judicatura inglesa, pois os juízes são recrutados entre advogados, já familiarizados com o sistema.

13. RENÉ DAVID, op. cit., p. 419, esquematiza que 75% dos arestos da Câmara dos Lordes, 25% dos arestos da Court of Appel e unicamente 10% da High Court são publicados como 'precedentes'.

14. É o caso do instituto do *habeas corpus* no Brasil, introduzido em 1830, pelo Código Criminal do Império.

15. Cf. RENÉ DAVID, op. cit., p. 442.

16. Elemento ligado aos precedentes da jurisprudência norte-americana é o *syllabus*, ou resumo das decisões tomadas pelos tribunais superiores, correspondente à ementa dos acórdãos brasileiros. Esses resumos são redigidos pela própria Corte, e só se assim o forem gozam de autoridade, embora os sumários constantes de publicações particulares deles quase nunca divirjam.

17. SERENI, A. 'El proceso civil en los Estados Unidos'. Buenos Aires, 1958.

18. TUNC (André) y TUNC (*Suzanne*). 'El derecho en los Estados Unidos de America', p. 83. Imprenta Universitaria, ed. México, 1957.

--oOo--