

PARALELISMOS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO ROMANO CLÁSSICO E DO DIREITO INGLÊS

Ana Lucia de Lyra Tavares

Introdução

Há certos assuntos que, por natureza, atraem o pesquisador da área de direito comparado, mesmo que, à primeira vista, não traduzam um interesse científico imediato da atualidade acadêmica. Todavia, aguçam, de tal forma, a curiosidade dos que, casualmente deles tomam conhecimento, que, por um magnetismo raro, solicitam um aprofundamento do seu exame, passando, então, a revelar facetas de inegável e permanente atualidade. Foi o que ocorreu com a signatária do presente texto. Após a leitura de uma apreciação crítica feita por R. C. Van Caenegem, Professor de História Medieval e História do Direito na Universidade de Ghent¹ sobre uma conferência do Professor Pringsheim, relativa às relações entre o direito romano clássico e o direito inglês², ela se viu tentada a deter-se sobre o tema. Tal como o turista que sente prazer na descoberta de um lugar de valor não indicado pelo guia de viagem, embora tal descoberta seja uma ilusão, já que muitos outros a fizeram, verificou que, não obstante o tratamento pouco freqüente do assunto, pesquisadores, em número razoável, têm se debruçado sobre essa questão. Após o início de

¹ In : *The Birth fo the English Common Law*, Cambridge University Press, 1973.

² Fritz Pringsheim, *The inner relationship between English and Roman Law*, *The Cambridge Law Journal*, 5 (1935)pp. 847-865.

seu estudo, encontrou a seguinte observação do Professor Wahlendorf: “para o jurista comparatista, não há, talvez, fenômeno que desperte mais interesse do que a semelhança profunda entre o direito inglês e o direito romano, ou, para ser mais exato, entre o direito inglês nas suas formas históricas e o direito romano da época (pré) clássica.”³

Impõe-se, portanto, realçar a delimitação dos períodos aqui focalizados e que apresentam similitudes inegáveis. Têm-se em vista determinadas características do direito romano pré-clássico e clássico e do direito inglês, predominantemente na época de formação inicial das Cortes de *Common Law* e de *Equity*, afastadas, portanto, as influências que o direito romano justiniano, reinterpretado, notadamente, pelas universidades italianas e alemãs, a partir do século XII, possa ter exercido sobre o direito inglês.

O esboço do presente estudo tomou a forma de um projeto de pesquisa que a autora apresentou ao CNPq, sob o título *Etapas da construção jurídica no direito romano e no direito inglês*, no quadro do programa PIBIC, que visa a iniciar os estudantes na investigação científica. Foi selecionada para estagiar na pesquisa a então estudante em direito Ana Beatriz de Salles Coelho, já agora bacharel, que concorreu, nos dois anos que durou o trabalho, 1996 e 1997, de modo extremamente eficiente e interessado, para a coleta dos dados, deixando-se, igualmente, contagiado pelo tema, a ponto de escolher um de seus aspectos para focalizar em sua monografia de final de curso, sob a orientação da autora, e que levou o título *A jurisprudência no direito romano clássico e no período de formação do direito inglês*, defendida, brilhantemente, em dezembro de 1997⁴. Ficam, pois, aqui registrados não apenas os agradecimentos que são devidos ao CNPq,

³H.A.Schwarz-Libermann von Wahlendorf, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, Paris, LGDJ, 1977, p.25.

⁴ Participou, igualmente, da etapa de coleta de dados da referida pesquisa, a estudante Luciana Oliveira Santos Rômulo, de março a setembro de 1997.

que possibilitou a participação dessa estagiária no citado projeto, como também à qualidade da colaboração por ela prestada.

Optamos por desdobrar o trabalho que se segue em três itens principais, correspondentes, à seqüência das questões que a própria natureza do tema pareceu-nos impor. Assim é que, após a constatação de paralelismos entre os dois sistemas jurídicos, habitualmente colocados em confronto (Item 1), buscamos examinar a razão de ser dessas semelhanças (Item 2), procurando, num terceiro momento, identificar a utilidade contemporânea da aproximação das duas famílias de direito, ainda que em fases cronologicamente distanciadas. (Item 3).

1. A constatação dos paralelismos

A evocação do direito romano (pré)clássico quando do estudo da formação histórica do direito inglês, se não é freqüente na literatura jurídica especializada, também não é incomum, chegando alguns autores, como Max Kaser, a considerá-la, óbvia.⁵

Na realidade, a aproximação dos dois sistemas jurídicos, de um modo global, pode ser encontrada desde a obra de Montesquieu, cujo estudo sobre as causas da grandeza e decadência dos romanos, previsto, originalmente para integrar *O Espírito das Leis*, acabou por constituir um trabalho à parte, publicado em 1734, anterior, portanto, ao seu livro mais conhecido, editado em Genebra, em 1748. Observe-se, todavia, que a comparação entre Roma e a Inglaterra era efetuada antes no quadro

⁵ Observa o eminente romanista alemão, após discorrer sobre as causas que levaram à construção de um *ius civile*, um *ius honorarium* e um *ius gentium*, sublinhando que *essa massa normativa e institucional decorria, em parte, do fato de que estavam submetidos ao domínio romano homens oriundos de um direito de cidadania diverso e, em parte, pelas diversas vias que haviam percorrido os romanos para o aperfeiçoamento do direito e para adaptá-lo às mutações das circunstâncias temporais.* E concluiu: *o confronto com a jusposição de common law e equity no direito inglês é óbvio.* (in: *Storia Del Diritto Romano*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1979, p.134, grifos nossos.)

da ciência política e do direito constitucional, do que, propriamente em termos de construção jurídica. A tal ponto que uma das críticas de Voltaire àquele escrito era, precisamente, a falta de originalidade, já que muitos haviam percorrido o mesmo itinerário. Entretanto, como notou Paul Hazard em sua análise das **Considerações sobre a grandeza e decadência dos romanos, antes de Montesquieu, aceitava-se a história de Roma; depois dele, compreendia-se.**⁶

Embora essa aproximação não tivesse um objetivo de procurar similitudes do ponto de vista da construção jurídica, ela teve o inegável mérito de identificar, precisamente, os traços comuns do espírito, da natureza dos dois povos, explicadores de características afins dos dois sistemas jurídicos nos períodos citados. Assinalava Pringsheim, em seu escrito básico para o nosso estudo, que *os atributos nacionais que capacitaram ingleses e romanos a governarem o mundo são os mesmos que ditaram a elaboração de suas leis. Não há dúvida de que a habilidade em fazer a lei está relacionada com a habilidade de formar um Estado. Não há dúvida de que o senso político cria ordem na lei como ordem no mundo. Aquele que deseja governar deve ser capaz de elaborar a lei; e o que é capaz de conciliar estes atributos, pode submeter o mundo todo ao seu sistema jurídico, como os romanos o fizeram ou metade do mundo, como faz a raça inglesa.*⁷

Antes de passarmos à indicação de alguns paralelismos mais evidentes dos dois sistemas, e para melhor evidenciar o inusitado dessas relações que, no dizer de Pringsheim, são de natureza secreta e misteriosa,⁸ pensamos ser apropriado recordar o distanciamento histórico e a especificidade do quadro sócio-político em que emergiram as duas ordens jurídicas.

⁶ Apud J.P. Mayer, na Introdução ao *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1970, p.23.

⁷ Pringsheim, op.cit., pp.848-849. Tradução aproximada.

⁸ Ibid. p. 865.

1.1 Pontos históricos de referência e especificidade do quadro sócio-político

1.1.1 Roma

É sabido que o Direito Romano não pode ser estudado como um sistema único, coerente, visto que foram vários os períodos por que passou, nem sempre correspondendo às mutações das instituições políticas, como assinala Gaudemet: “(...) *a sucessão dos regimes políticos não coincide com os grandes períodos da história, da civilização, da economia e do direito de Roma.*”⁹

De qualquer modo, acordam os autores em identificar um direito arcaico ou pré-clássico, que corresponderia, de certa forma, ao período da realeza, desde a data lendária da fundação de Roma (753AC), até a destituição dos reis e o advento da República (509/ 10AC). Já o termo inicial do direito clássico confirma a assertiva do eminente mestre francês acima evocado, visto que seu ponto de partida seria a Lei Ebúcia, cuja entrada em vigor não é certa, fixando-a alguns em 149A.C., e outros, em 126A.C.. O direito clássico, pois, recobriria parte da República - (de 149/126 AC a 27DC), finda com a derrota de Marco Antonio na batalha de *Actium* e a consolidação do poder nas mãos do então Cônsul Otávio, logo mais Augusto, o primeiro imperador- e o Alto Império ou Principado, que se estendeu até 284 DC, sob o imperador Diocleciano.

Todavia, a não correspondência exata das mutações políticas e das jurídicas, não significa que o direito tenha ficado imune àquelas transformações sócio-políticas que se processavam. Afinal, os litígios jurídicos de uma pequena comunidade rural, como era Roma, no período da realeza, não poderiam ser de mesma natureza e amplitude que os de um vasto território, com uma população de procedência e situação jurídico-política heterogênea.

⁹ Jean Gaudemet, *Les Institutions de l'Antiquité*, Paris, Ed. Montchrestien, 1972, p.127.(Grifamos)

Nessas condições, deve-se ter em mente os seguintes pontos que marcaram o processo sócio-político romano, correspondentes às fases pré-clássica e clássica da ordem jurídica romana:

a) O regime inicial da realeza, simultaneamente à fundação da Urbs, elemento de ligação entre as tribos, constituídas de reuniões de famílias, associou, sob uma mesma autoridade e num mesmo território, os grupos latinos, sabinos e etruscos, com influência institucional, sobretudo desse último grupo. Os sete reis que a Roma pré-clássica ou arcaica conheceu acumulavam funções políticas, religiosas e militares. A monarquia não era dinástica, nem exclusiva de um determinado grupo, já que se alternaram reis latinos, sabinos e etruscos.

A escolha do monarca era feita pelo Senado, constituído pelos chefes de família, os “*patres*”, após consulta dos sinais dos deuses, os auspícios, caracterizando-se, pois, como um estabelecimento de poder pessoal, intransferível, procedimento diverso do sistema monárquico inglês nas suas origens;

b) A função judicial do monarca ficava adstrita à solução de litígios que colocassem em perigo a ordem pública ou suscitassem a maldição dos deuses, pautando-se, inicialmente, o rei em normas de cunho religioso, o *fas*, e gradualmente retomando deliberações anteriores que levavam à criação de normas consuetudinárias. Como nota Gaudemet, *os mores vinculavam (...) o rei. O peso da tradição seria sempre considerável em Roma, e no vilarejo em que se constituía a Roma da realeza, o controle dos súditos, que também eram vizinhos, era eficazmente exercido. Sem o seu apoio, nada podia o rei, embora fosse o senhor. Teoricamente livre para impor sua vontade, ele deveria ser suficientemente hábil para que ela fosse aceita.*¹⁰ Os litígios que não afetassem a ordem pública eram dirimidos no interior da *gens*, i.e., reuniões de famílias de mesmo ancestral;

¹⁰ Gaudement, op.cit., p.141.

c) Como auxiliares do *Rei*, figuravam o *Senado*, o *Comício Curiato* e, a partir do rei Servio Túlio, o *Comício Centuriato*. O Senado era constituído, já vimos, por 100 e mais tarde, 300 *patres*, chefes de famílias nobres, detentores do poder econômico e militar. O termo *patrício* provém de *filius patris*, i.e., os que pertenciam àqueles grupos familiares proeminentes. Os patrícios formavam o corpo de cavaleiros, os *equites*, o núcleo central do exército romano. A Assembléia das Cúrias, ou Comício Curiato era, igualmente, integrada por patrícios, exercendo funções religiosas e judiciárias, estas últimas consistindo em deliberações de ordem privada, relativas a adoções, testamento, etc. De poder político reduzido, limitavam-se a aprovar as medidas reais, sem poder de iniciativa legislativa. Com Servio Túlio, uma Assembléia de outra natureza é constituída, decorrente da aferição, pelo recenseamento, dos recursos econômicos da população, passando o colegiado a ser integrado por não patrícios, os plebeus. Há, nesse momento, a transição de uma base familiar, das *gentes*, para uma base de cidadãos, do *populus*¹¹. Preleciona Kunkel que a origem é de natureza militar, visto que a introdução, em Roma, da chamada tática militar hoplítica, oriunda da Grécia, levou a que se fizesse figurar, ao lado da cavalaria patrícia, corpos de infantaria, integrado por camponeses plebeus, que passavam a constituir o núcleo das tropas de choque.¹² Esta inovação militar intensificou o processo de organização da plebe, a qual, arcando com o peso da guerra, passava a reivindicar uma equiparação política com a classe patrícia. Essa Assembléia, oriunda dos dados colhidos pelo censo, foi modelada na organização militar. Assim, de acordo com o seu patrimônio, inicialmente apenas os plebeus e, posteriormente, também os patrícios, eram agrupados em classes, cada uma delas, no total de cinco, constituída por centúrias, para fins de votação. As informações históricas sobre a sua função na realeza são nebulosas, im-

¹¹ Ibid.p.145.

¹² Wolfgang Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, Ed. Ariel,1991,p.15.

portando realçar que ela marca a substituição de reuniões de comunidades familiares para reuniões do povo romano, já que era integrada também pelos plebeus.

d) Se a destituição do último rei, Tarquínio, o Soberbo, é fixada em 509/510 AC, o advento do regime republicano, que ela provoca de modo imediato, vinha há muito sendo gerado, não apenas pela crise sócio-econômica, em decorrência do enfraquecimento do poderio etrusco na Itália e das hostilidades crescentes entre patrícios e plebeus, cujo número tinha-se elevado no decorrer da realeza. A República introduz um quadro sócio-político diverso, com a substituição do rei por *magistrados eleitos e de mandato temporário*. Associa, este período, dois elementos históricos que se refletiram diretamente na construção jurídica romana: de um lado, a expansão e o desenvolvimento de Roma, o seu crescimento notável, com a incorporação de outros povos à sua organização sócio-política, e, de outro, o confronto entre patrícios e plebeus, que repercutiu na transformação da estrutura inicial do governo republicano, sobretudo com a criação de uma Assembléia privativa dos plebeus, os Comícios Tributos, que deliberava por plebiscitos e cujos representantes, os Tribunos da Plebe, passaram, posteriormente, como magistrados, a integrar o Senado republicano.

e) Das inovações republicanas que interessam para este estudo, salientem-se as seguintes: i) a instituição de uma magistratura pretoriana, destinada a administrar a justiça, a organizar os processos e a dizer o direito, sem, todavia, julgar, função atribuída ao *iudex*, uma espécie de árbitro. Como se sabe, o pretor fixava suas diretivas através de editos, aplicáveis a conflitos entre romanos (pretor urbano) e entre romanos e estrangeiros, ou entre estrangeiros (pretor peregrino). ii) o desenvolvimento de um *ius gentium*, decorrente, precisamente, das atividades do pretor peregrino, ampliando e flexibilizando o *ius civile*, i.e., aquele privativo do cidadão romano, nas relações de Roma com os estrangeiros, com fundamento num direito comum a todos os povos, dada a identidade

da natureza humana. Muitos, por isso, associam *ius gentium a ius naturale*, associação esta bastante controversa, desde os próprios jurisconsultos romanos¹³; iii) a mudança, por força da Lei Ebúcia (149-126 a.C.) do sistema processual das ações da lei, em vigor desde a fundação de Roma, e caracterizado por um rigoroso formalismo, oralidade, previstas, como o nome indica, em lei, entre elas as das XII Tábuas, para o sistema processual formular *ou per formulas*, mais célere, parcialmente escrito, flexível e que marca, para muitos romanistas, o advento do direito romano clássico, que se estendeu até o final da República, em 27 a.C.;

f) A crise, de natureza vária, que provocou o fim do regime republicano, constituída por dificuldades de ordem econômica e social, com o antagonismo crescente entre os privilegiados cidadãos romanos e o regime diverso instaurado para os não-cidadãos, as tentativas frustradas de reformas, inclusive a agrária, liderada pelos irmãos Gracco, a luta pelo poder entre os cônsules, magistrados principais do regime, a corrupção que grassava, a violação sistemática dos princípios de anualidade e de colegiado que caracterizavam a organização republicana, a anarquia reinante, foram abrindo caminho para o arbitrário e o poder absoluto. E se o primeiro imperador, Otávio, sobrinho de Júlio César e seu filho adotivo, buscou, através do Senado, legitimar o seu poder e temperá-lo, nesta primeira fase do Império, o Principado, o mesmo não ocorreu com seus sucessores. Interessa-nos, ao evocar mais esta fase histórica, enfatizar que foi, sobretudo neste período, que o direito conheceu um enriquecimento ímpar, graças à obra dos jurisconsultos que, atuando desde a República, tiveram sua atividade oficialmente reconhecida e estimulada pelos imperadores, aos quais assessoravam na produção das normas jurídicas, como já haviam feito, no período republicano, com os pretores.

Estas rápidas pinceladas dos quadros sócio-políticos em que se desenvolveu o direito romano permitem constatar condições que

¹³ V. José Carlos de Maros Peixoto, **Curso de Direito Romano**, Tomo I, Ed. Renovar, 1997, pp.246-250.

elucidam sobre a dinâmica de sua construção, sem perda, todavia, de um fio condutor constituído pela associação permanente, no período (pré) clássico focalizado, entre a observância da tradição e o espírito pragmático na resolução dos conflitos impostos por situações novas.

1.1.2 Inglaterra

Seguindo a orientação de Pringsheim, no magnífico trabalho inúmeras vezes aqui citado, deve-se excluir, no estudo do direito inglês, aqueles momentos em que ele realmente, sofreu a influência do direito romano-justiniano, já reinterpretado pelas Universidades européias a partir dos séculos XII e XIII, sobretudo em determinados desenvolvimentos do sistema de *equity*. O que o eminente mestre alemão tem em vista é a correlação do direito romano (pré)clássico com o processo de construção do direito inglês, basicamente no período de formação da *common law* e nos primórdios da *equity*.

Parece-nos, pois, oportuno, evocar alguns pontos históricos de referência do direito inglês, bem como sublinhar certas especificidades da evolução do seu quadro sócio-político que, de certa forma, evidenciam a natureza misteriosa dessas afinidades com o direito romano pré-(clássico).

Numa apreciação esquemática, poderíamos lembrar que, politicamente, a Inglaterra conheceu, nos primeiros tempos, um sistema tribal, com a predominância de habitantes de origem teutônica, sobretudo os celtas; teve seu território sob o domínio romano, durante quase cinco séculos; voltou a conhecer um sistema de comunidades tribais, novamente com os celtas, e posteriormente com os anglos, os saxões, os jutos, os dinamarqueses; e, após ser submetida ao poderio normando, com a vitória de Guilherme, o Conquistador, em 1066, passou a constituir um reino centralizado, desenvolvendo, a partir da Coroa, todo um sistema de direito comum a todo o reino, a *common law*. Destacaremos, abaixo, traços de alguns desses momentos históricos que se nos afiguram de relevo para o tema:

a) É sabido que, apesar da longa permanência dos romanos na Inglaterra, de 55 a.C. a 446 d.C., em termos jurídicos o legado foi nulo¹⁴, não obstante o padrão muito superior do sistema jurídico romano em comparação com o modelo bárbarico encontrado, conforme sublinham os próprios estudiosos ingleses: *ouvimos falar muito de corrupção, injustiça, desordem e guerra civil no império, mas o fato é que a imposição da lei romana significou a substituição por um mundo fundado num direito civil e criminal escrito e reconhecido, de um mundo no qual os costumes tribais e as permanentes ameaças de conflitos dominavam as relações entre indivíduos e comunidades. (...) Quanto mais romanizada fosse a província, mais era beneficiária de estabilidade, visto que o recurso às soluções legais era o meio habitual para a composição dos litígios.*¹⁵;

b) O período bárbarico que se estendeu da retirada dos romanos, em 446 DC, à conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066, não obstante de menor relevo do ponto de vista jurídico, predominando as soluções das comunidades tribais, com base nos costumes e na religião, teve o mérito de dar os alicerces para uma centralização política que facilitou a implantação de um sistema jurídico pela Coroa. Alguns reis deixaram seus nomes associados a leis importantes, tais como Etelberto I, convertido ao cristianismo por Santo Agostinho, Canuto e Eduardo, o Confessor, vencido por Guilherme da Normandia;

¹⁴ J.H. Baker, **An Introduction to English Legal History**, London, Butterworths, 1979, p.2. Este eminente professor da Universidade de Cambridge assinala que nula foi a influência do direito romano do período em que vigorou na Bretanha sobre os desdobramentos posteriores do direito inglês, facilmente comprovável pela facilidade com que os celtas, logo após a retirada das legiões, em 466 d.C., retomaram seus costumes tribais. Registra, também, a passagem do grande jurisconsulto Papiniano no foro de York, certamente, diz ele, para dirimir pendências entre cidadãos romanos.

¹⁵ Peter Salway, **A history of Roman Britain**, Oxford University Press, 1997, pp. 377-378.

c) Tradicionalmente, marca-se o verdadeiro início do direito inglês com a conquista normanda, em 1066. Todavia, alguns autores lembram que muito do que os normandos fizeram em termos de organização judiciária, deveu-se aos costumes dos seus predecessores¹⁶ Entretanto, um elemento de fundamental relevo para a construção jurídica do direito inglês foi, sem dúvida, o sistema feudal, tal como introduzido por Guilherme da Normandia. Isto porque, ao invés de seguir o modelo francês de criação de grandes feudos, com risco de fortalecimento de seus poderes e de confrontos com a Coroa, preferiu o rei normando estabelecer pequenos feudos, registrados no Domesday Book, que não o ameaçassem, absorvendo, gradualmente, o poder judiciário remanescente das jurisdições senhoriais, que remetava aos costumes, sobretudo dos anglos, saxões e dinamarqueses.¹⁷

d) A absorção paulatina, pela Coroa, do poder judiciário, através da introdução de um sistema remunerado, que permitia o exame, pelo Rei, e posteriormente por seus auxiliares, daqueles litígios que se enquadrassem em remédios processuais previamente fixados, foi, aos poucos, propiciando a construção de uma engrenagem judiciária, ao mesmo tempo complexa e consistente, que inativizou qualquer influência direta do sistema jurídico romano-germânico, calcado na reinterpretação do direito romano justinianeu. Serviu, na metáfora de Brunner¹⁸, para imunizar o direito inglês contra a infecção fatal. O irônico, contudo, é que, ao escapar dessa infecção, *a Inglaterra estava percorrendo um caminho análogo ao do antigo direito romano: enquanto outras nações da Europa Ocidental adotavam como se fossem seus, os últimos resultados da história jurídica*

¹⁶ Lembra o Professor Baker, na página II da obra supracitada que: *a common law emergiu, no século XII, a partir de uma eficiente e rápida expansão de instituições que tinham existido em estado embrionário anteriormente a 1066.* (Tradução aproximada).

¹⁷ V. René David, *Le droit anglais*, Coleção Que sais-je?, Paris, PUF, 1969, p.10.

¹⁸ Apud Baker, op.cit., p.27, nota 37.

romana, a Inglaterra estava, inconscientemente, reproduzindo esta história¹⁹ ;

e) O interesse da Coroa em absorver o poder judiciário, que lhe fazia auferir recursos consideráveis, visto que o exame das causas era pago, o *penny of justice*, aliado ao do súdito que preferia ter um veredito definitivo, incontroverso e de valor geral, propiciou a multiplicação de hipóteses interventivas da justiça real. De início, restrita ao exame de casos que afetassem a paz do reino (centrados no *King's Bench*), às questões notadamente imobiliárias (dirimidas no *Common Pleas*) e às controvérsias financeiras (a cargo do *Exchequer*), aos poucos, e sempre sob os protestos dos senhores feudais, ela foi se ampliando, com a criação de novas hipóteses que facultavam o referido exame, como os *brevia de cursu* e as *actions on the case*. As decisões reais já não eram mais, então, proferidas, nem diretamente pelo rei, nem pelos juízes itinerantes, a exemplo dos pretores peregrinos em Roma, mas pelos integrantes dos chamados Tribunais Reais, situados em Westminster. A validade, para todo o reino, daquelas deliberações reais, levou à constituição de um corpo de decisões que formavam o direito comum a todos, a *Common Law*. As jurisdições locais não haviam sido extintas, mas enfraquecidas;

f) o pré-requisito de uma via processual adequada que justificasse o exame, pelo rei, de determinado caso explica a prioridade dada, no sistema de Common Law, ao processo e à jurisdição, verdadeiras fontes da construção jurídica do sistema, com inevitável aproximação das construções pretorianas de mesma finalidade.²⁰

¹⁹ Pollock e Maitland, *History of English Law*, Vol.II, p.558, apud R.C. Van Caenegem, op.cit., p.94.

²⁰ A propósito dessa aproximação, ver a síntese feliz de SanFilippo (apud José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1996, p.45) : os romanos não diziam 'eu tenho um direito' mas 'eu tenho uma ação'. Esclarecem os eminentes processualistas da Universidade de São Paulo: considerava-se titular da *actio* não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas somente aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material realmente existente (*ibid.*).

g) O distanciamento da figura do rei das decisões reais, dada a delegação precitada, levou, no século XV, notadamente no período absolutista dos Tudors, à criação de um sistema paralelo de deliberação real. Em casos, inicialmente especialíssimos, o rei, pessoalmente, dispunha-se a intervir e a examinar em eqüidade, as condições peculiares de que se revestiam tais casos. A delegação imposta pelo acúmulo de solicitações, foi feita na pessoa do Chanceler, confessor real e sua pessoa mais próxima. Dada a formação religiosa deste, as deliberações vinham influenciadas pelo direito canônico e pelo próprio direito romano reinterpretado pelas Universidades Européias. Eram proferidas por escrito e obedeciam a um ritual diverso daquele empregado pelos Tribunais Reais de Westminster. O novo sistema de *equity* gerou os Tribunais de Chancelaria e um corpo de regras específicas. Aqui, também, há uma inevitável correlação com as deliberações, em eqüidade, do pretor romano.

* * *

Ao final da rápida evocação desses elementos históricos, que permitiram recordar a diversidade de contextos sócio-políticos dos dois sistemas de direito, vale ter bem presente que se a construção jurídica romana se deu ao longo de mudanças expressivas de regime político, realeza, república e império, simultâneas à ampliação territorial notável e à integração ao sistema de povos de origem diversas, suscitando relações jurídicas complexas, bem distintas daquelas da comunidade rural da realeza e, por isso mesmo, requerendo um enorme esforço de adaptação e criatividade. Já a construção jurídica inglesa se deu no quadro de uma estrutura sócio-política estável, sob o regime permanente da realeza, embora refletisse os conflitos entre os barões e o rei e, posteriormente, entre este e o Parlamento, além das mutações próprias da época, vivenciadas pela maioria dos países europeus, com a passagem de um sistema feudal para os reinados centralizados e absolutistas, sem descurar das guerras de religião que marcaram o período sob exame.

1.2 Características afins da construção jurídica dos direitos romano (pré)clássico e do direito inglês

À luz das diversidades acima apontadas, não deixam de suscitar uma permanente curiosidade as afinidades encontradas entre os dois sistemas. Pringsheim observa que as relações entre dois ou mais sistemas jurídicos podem decorrer de importações artificiais, como foi o caso da Turquia ao adotar o Código das Obrigações da Suíça, em 1926²¹, de causas naturais, em virtude das similitudes entre as etapas inicial e final do desenvolvimento dos sistemas jurídicos, como na prevalência de costumes, no primeiro caso, ou no ideal de unificação do direito, no último, ou ainda em decorrência do entrelaçamento, por motivos históricos, entre as nações, como ilustram as alianças ou colonizações. Todavia, prossegue o ilustre romanista alemão, no tocante às relações entre o direito romano (pré) clássico e o direito inglês nada disso ocorre. Está-se em presença de uma afinidade espiritual, de uma mesma atitude política, de um modo análogo de resolver os problemas. Conclui ele : tais relações são profundamente misteriosas. Pode-se identificá-las, mas dificilmente explicá-las.²²

Procuraremos, a seguir, indicar alguns dos paralelismos mais evidentes entre os dois direitos, a partir de suas principais fontes de produção jurídica, cabendo trazer à colação, a esse respeito, a precedente observação de Alan Watson relativa à negligência e/ou interesse na manutenção de certas fontes claramente medíocres. Lembra o ilustre professor escocês que, no Direito Romano, era comum o reconhecimento dos inconvenientes de manter-se nas mãos dos pontífices o monopólio das fórmulas legais, ou, em época posterior, ou de ignorar-se, malgrado a sua relevância, os pareceres de certos

²¹ Sobre este fenômeno, igualmente fascinante, tivemos ocasião de nos debruçar, há algum tempo (Cf., da autora *O estudo das recepções de direito*, in: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Ed. Freitas Bastos, 1983).

²² Pringsheim, op.cit.p.848.

jurisconsultos, que contrariavam interesses da classe dominante.²³ De qualquer forma, determinadas fontes que, estranhamente, alcançaram a mesma posição privilegiada em ambos os sistemas, e, como nota Pringsheim, a mesma maneira de resolução dos litígios, com prevalência para as vias processuais, o exame casuístico dos conflitos, a postura pragmática dos juristas, etc., podem ser identificadas, como o faremos a seguir.

1.2.1 Os costumes e as fórmulas processuais

Tanto o direito romano (pré)clássico como o direito inglês partiram da incorporação, em suas decisões, dos costumes, costumes esses de natureza de direito público, em ambos os sistemas, e de fórmulas processuais rigorosamente aplicadas, visto que para os dois direitos é prioritária a prefixação do caminho processual. Como sublinha Wahlendorf, tanto o direito romano arcaico, quanto o direito inglês, em seu período inicial de formação, deram preferência a fórmulas revestidas de sacralidade. No que diz respeito ao direito romano, tal observação corresponde à notória ascendência dos pontífices, dos sacerdotes, no enunciado das referidas fórmulas. Contudo, é interessante lembrar que mesmo no direito inglês podem ser, facilmente identificados, procedimentos medievais, sobretudo de natureza penal, vinculados a poderes espirituais e que a própria Igreja passou a vedar.²⁴

1.2.2 *Actio e writ*

Lembra Pringsheim a distinção entre as fórmulas romanas e os *writs* do direito inglês, observando que os *writs* davam acesso ao processo, ao passo que as fórmulas figuravam já na primeira parte do próprio processo.²⁵ Na verdade, o que se verifica é o emprego, de

²³ Alan Watson, **Sources of law, legal changes and ambiguity**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1984, pp.2-3.

²⁴ Cf. Wahlendorf, *op.cit.*, p.27.

²⁵ Pringsheim, *op.cit.*, p.858.

modo indistinto, de *writ*-cuja origem é o termo latino *breve- e a action* inglesa. Assim, refere-se Pringsheim à similitude entre as *formulae in factum* dos romanos e os *writs upon the case*,²⁶ chamados por outros de *actions on the case*.²⁷

De qualquer modo, à semelhança da atividade pretoriana de criação de novas hipóteses processuais para o conhecimento de litígios decorrentes de novas situações, as *actiones* (ou *formulae in factum conceptae*, os juízes dos Tribunais Reais iam ampliando a sua competência através do estabelecimento de outras ações correspondentes a determinados casos que passavam a considerar típicos, como os *brevia de cursu*, e as já referidas *actions on the case*. A construção jurídica se efetua, pois, através de um processo de criação de remédios legais, seja do pretor romano, seja do juiz dos Tribunais Reais.

1.2.3 Pretor e Juiz

A equiparação é tentadora, mas para ser válida, deve limitar-se a certos aspectos. Sem dúvida, tanto o pretor romano, quanto o juiz inglês dos Tribunais Reais tiveram um papel fundamental na construção jurídica dos dois sistemas. Alguns autores preferem dar ênfase na aproximação do pretor e do Chanceler,²⁸ em sua atividade criativa geradora do sistema processual de *equity*. De um lado, pois, a correspondência entre *ius civile e Common Law*, e de outro, entre *ius honorarium* ou pretoriano e *equity*, o segundo sistema complementando e flexibilizando o primeiro, sem, todavia contrariá-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Cf. René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 1978, p.328.

²⁸ Este enfoque é o privilegiado, além de Wahlendorf, na obra citada, por McNair Buckland, no artigo *Les sources du droit romain e du Common Law*, in *Mélanges en hommage à Edouard Lambert*, LGDJ, trabalho que mereceu especial referência do Professor Miguel Reale, recomendando-o como fundamental para exame do tema (in: *Horizontes do Direito e da História*, Saraiva, 1977. p.60).

lo (*equity follows the law*). Sob certos aspectos, talvez esta última associação seja mais procedente, em vista dos poderes de administração que tanto o pretor, quanto o Chanceler detinham e considerando-se que para ambos a fonte prioritária da deliberação era o raciocínio por *equidade*, na busca da justiça pela apreensão das peculiaridades de cada situação, procurando tornar flexível a norma jurídica geral, amoldando-a às particularidades de cada litígio. A correspondência de certos conceitos é também assinalada: *fiducia e trust, bona fides e good faith; naturalis ratio e right reason*, entre outros.²⁹

1.2.4 Os práticos do direito

Ponto de vinculação entre as duas ordens é, também, a formação prática do juiz, do advogado e mesmo do doutrinador romano e inglês. Quanto maior a experiência administrativa do pretor romano, maior o seu prestígio³⁰. Do lado inglês, é sabido que os juizes eram, e ainda são, selecionados dentre os advogados de renome, isto é, são escolhidos dentre os práticos do direito. Os doutrinadores ou jurisconsultos o eram, na verdade, em menor grau, mas eram mestres no ensino do direito e nas diretivas para sistematizá-lo.³¹

1.2.5 Os princípios e os adágios

Citamos, acima, algumas noções que se correspondem nos dois sistemas. Muitas outras poderiam ser evocadas, tais como: a proteção incontestada do direito de propriedade; a proteção ao credor, sem qualquer tolerância contra o devedor, tolerância esta que é introduzida no direito romano bizantino por via do Cristianismo; a inexistência, tanto em Roma, como na Inglaterra, até o século XVII, de um direito comercial específico, desenvolvendo-se este no quadro

²⁹ Cf. Walendorf, *op.cit.* p.29.

³⁰ R.H. Barrows, *Los Romanos*, México, Fondo de Cultura Economica, 1992, p.214.

³¹ Pringsheim, *op.cit.* p.856

dos costumes internacionais; os cuidados, nos dois direitos, com as questões sucessórias e a importância conferida ao testamento, em detrimento da sucessão legal. Esta vem definida por exclusão, e a sucessão *intestato*.³²

Relativamente à afinidade entre os dois direitos de enunciar conceitos e princípios sob a forma de adágios ou brocardos, o que nos parece interessante é destacar a igual desconfiança com que os juristas dos dois sistemas encaravam esses postulados do direito³³, de inegável alcance prático, mas também fossilizantes e enganosos, como preleciona Miguel Reale.³⁴

1.2.6 O casuísmo

Este traço é visivelmente comum aos dois sistemas aqui abordados. O gosto pelo concreto, a interpretação realista e, ao mesmo tempo pragmática das situações e das normas aproximam o pretor do juiz inglês. Nota Wahlendorf que precisamente esta tendência dos dois sistemas ao casuísmo levou a que as duas ordens jurídicas buscassem meios para fortalecer a coerência e o rigor do direito, dando ênfase ao respeito à tradição e aos precedentes.³⁵

1.2.7 A precedência da via processual

Algumas vezes já foi aqui mencionada esta afinidade de carácter geral e particularmente visível de fazer depender o exame do direito substantivo da possibilidade de enquadramento numa das

³² Estes e outros exemplos são explanados nos textos citados de Pringsheim (p.860 e segs.) e Wahlendorf (pp.28,29).

³³ Cf. Pringsheim, op.cit.p.852.

³⁴ Miguel Reale, **Lições Preliminares de Direito**. Saraiva, 1978, p.314.

³⁵ V. Wahlendorf, op.cit. p.31. V., também, Francisco Amaral, **Cadernos de Direito Romano**, publicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro e *A casuística romana*, conferência proferida em 30 de agosto de 1996, no simpósio Direito Romano e Política, promovido pela PUC-Rio e Fundação Casa de Rui Barbosa, que integrará os anais do referido encontro.

hipóteses que o direito processual oferece aos interessados. Incontestemente, sob este prisma, a validade do adágio *remedies precede rights* que traduz o espírito de ambos os sistemas.

1.2.8 A tradição, os editos translaticios e os precedentes

É inevitável a aproximação das duas ordens jurídicas sob o prisma do respeito à tradição, constituindo-se o acatamento ao precedente, às decisões anteriores, sempre que possível, num elemento de coesão dos dois sistemas. Neste ponto, vale recordar a relevância dos editos translaticios, em que o pretor conservava as medidas processuais adotadas por seu antecessor.

2. Razão de ser dos paralelismos

Dois ordens principais de consideração podem ser extraídas dos vários estudos que abordaram o tema: a primeira vinculada às próprias características semelhantes dos dois povos, o romano e o inglês; a última com base na história do direito e na identificação de certas etapas comuns das respectivas construções jurídicas.

2.1. O espírito comum

É certo que alguns traços podem ser encontrados nos dois povos. Barrows arrola as seguintes características dos romanos: *pietas*, no sentido de respeito à vontade dos deuses; *humanitas*, i.e., o acatamento pela personalidade e pelas relações humanas; *libertas*, o apego pela conservação da liberdade; *mores*, a deferência para com a tradição e pela experiência a ela vinculada, a *auctoritas*; *fides*, traduzindo o respeito pela palavra empenhada. Todo esse respeito implicava uma *disciplina*, *uma severitas* e um sentido *de responsabilidade*, *gravitas*, tudo pressupondo *constantia*.³⁶ A transposição para o povo inglês de tais qualidades não é difícil.

Outras características, todavia, consolidam as afinidades en-

³⁶ Barrows, op.cit., pp.219-220.

tre os dois povos, tais como o pragmatismo, de menção obrigatória nos textos sobre o assunto; a noção arraigada de civismo, sempre vinculada à política e a recusa de qualquer influência externa, destacada por Pringsheim. Fonte de discordância entre este autor e o Professor Caenegem é a ênfase dada ao espírito nacional como elemento gerador de um sistema próprio, visto que tal espírito, no entender do mestre belga, inexistia quando da formação do sistema jurídico inglês, aplicado a anglos, saxões, normandos, bretões, etc.

Todos, porém, acordam em realçar o lado individualista dos dois povos, com preocupação para a preservação do espaço privado, sem contrariar o seu espírito público.

2.2 Seqüência comum na construção jurídica

Os historiadores do direito e os processualistas encontram explicações para estas inusitadas afinidades jurídicas nos desdobramentos previsíveis de duas ordens juridicamente pouco desenvolvidas, com predominância da visão do concreto, sem preocupações teóricas ou abstratas. Consideram que sistemas que postergam o exame do direito subjetivo, privilegiando a ação, o direito adjetivo, teriam, fatalmente, que encontrar trilhas comuns.

3. Alcance político-jurídico contemporâneo da aproximação dos dois sistemas

3.1 As diferenças não podem ser ignoradas

O cojeto dos dois sistemas de direito aqui focalizados não deve levar à suposição da inexistência de diferenças entre eles. Pelo contrário. Elas devem ser salientadas para melhor entendimento do grau de identidade que, como dissemos, inusitadamente apresentam.

Um dos principais traços diferenciais diz respeito ao papel da jurisprudência nos dois direitos, entendido o termo em sua acepção romana, que é a mesma do direito inglês, de ciência do direito, o direito dos prudentes, dos sábios. Se a acepção é a mesma, distinto, contudo, foi o papel que os jurisconsultos desempenharam nos dois

direitos. Em Roma, o jurisconsulto, já na República, mas notadamente no Principado, foi a peça-chave na construção da ordem jurídica, visto que a eles recorriam os pretores e os imperadores. Barrows se refere àqueles *homens cultos e inteligentes, a maioria dos quais tinha a vantagem de ter experiência prática, em vista de suas funções administrativas na metrópole e nas províncias. Alguns trabalhavam em tribunais, outros eram literatos que discorriam sobre questões jurídicas. Todos eram práticos do direito, jurisprudentes ou jurisconsultos (...). Podia-se consultar livremente a estes jurisconsultos que emitiam suas opiniões. Suas respostas aos problemas eram citadas e publicadas com toda a autoridade e liberdade, visto que provinham de homens cultos e experientes.*³⁷ Sobre eles discorrem, extensamente, Kunkel,³⁸ Sebastião Cruz³⁹, Mario Bretone,⁴⁰ e, de modo geral, todos os que estudam o direito romano⁴¹, dada a relevância que tiveram na construção do sistema. No direito inglês, todavia, os doutrinadores não alcançaram a mesma projeção, nem foram, como no caso romano, sistematicamente associados à elaboração dessa ordem de direito. Pringsheim, porém, aproxima Gaio de Blackstone, mas é inevitável notar que a distância entre os dois é expressiva.

Merece registro, igualmente, a inexistência, no direito inglês, de uma construção que resultou no *ius gentium*, necessária à convi-

³⁷ Barrows, op.cit., p.215.

³⁸ Kunkel, op.cit., pp.105-141.

³⁹ **Direito Romano**, Vol.I, Coimbra, 1980

⁴⁰ Mario Bretone, **História do Direito Romano**, Lisboa, Editorial Estampa, 1990.

⁴¹ No Simpósio da PUC-Rio sobre Direito e Política em Roma, realizado no Rio de Janeiro, em agosto de 1996, já mencionado neste trabalho, o Professor Antonio Carlos Maia apresentou uma comunicação sobre os jurisconsultos romanos, que integrará os Anais do encontro, sob o título *Breves considerações sobre os juristas romanos*. Consulte-se, do mesmo modo, a monografia supracitada, e Ana Beatriz de Salles Coelho, *A jurisprudência no direito romano clássico e no período de formação do direito inglês*, disponível no Departamento de Direito da PUC - Rio e que deverá ser veiculada pela Revista do mesmo Departamento.

vência de povos de origem diversa que coexistiram sob o domínio romano e que revelou os ângulos da criação pretoriana e dos jurisprudentes.

Evoque-se, também, a peculiaridade das normas decorrentes da importância da noção de cidadania romana, de todo um conjunto de regras que lhe era privativo, até a sua extensão, em 212 DC, com Caracalla, a todo o Império.

3.2 Interesse europeu na ênfase às raízes comuns

O interesse que demonstram estudiosos europeus em encontrar elementos comuns que aproximem o direito inglês dos países de sistema romano-germânico que compõem a União Européia é visível. Inúmeros trabalhos têm vindo à público com esta nítida finalidade. Dois exemplos recentes são os estudos: **Europa, a via romana**⁴² e o artigo *o jurista europeu*, publicado no número 4, de 1997, da **Revue Internationale de Droit Comparé**.

À guisa de conclusão

Obviamente, o estudo que pretendemos esboçar comporta desdobramentos mais detidos. Entretanto, pareceu-nos relevante voltar a esta reflexão, que reputamos de fundamental interesse para os estudos de direito romano e de direito comparado. A aproximação de dois sistemas tão distanciados, historicamente, mas cuja comunidade espiritual é explicativa de muitas de suas convergências é extremamente rica de ensinamentos. Pela autonomia de sua construção jurídica constituíram-se em sistemas originais, sem contudo deixar de proceder à integração do que reputavam válido e útil. Como recorda, muito a propósito, o Professor Miguel Reale, reportando-se a um comentário de Mommsen, o direito romano é um vasto sistema de incorporações, com uma associações permanente da *utilitas e da aequitas*.⁴³

⁴² Rémi Brague, Criterion, Paris, 1993.

⁴³ Miguel Reale, Horizontes do Direito e da História, op.cit., p.56.

A diversidade do sistema inglês pode ser um óbice para uma integração regional, mas a sabedoria que a sua construção jurídica revela faz supor que um processo de aclimação dos pontos essenciais àquela convivência não será inviável. De resto, o direito legislativo inglês (*Statute Law*) de épocas mais recentes, já atesta, por si, o espírito pragmático que preside a dinâmica de sua construção jurídica, conciliador da tradição com as necessidades do Estado contemporâneo.