

BIBLIOGRAFIA

"DER GEIST DES ENGLISCHEN RECHTS"* - *Gustav Radbruch*, Heidelberg, 1947.**

A PROPÓSITO DO LIVRO "DER GEIST DES ENGLISCHEN RECHTS" DE GUSTAV RADBRUCH

1. O livro de RADBRUCH, pequeno na extensão, mas rico no conteúdo, que vimos anunciar ao público português, em nada deslustra a vasta e categorizada produção científica do autor¹ e os temas aí ventilados, quase todos êles na ordem do dia dos problemas mais palpitantes da doutrina moderna, explicam também o vivo interêsse despertado pela primeira edição nalguns setores responsáveis da ciência jurídica européia.

O opúsculo principia por, constituir um valioso documento de informação sôbre uma ordem jurídica de contextura assaz particular, ignorada ou apenas conhecida nas suas linhas gerais ou nos seus traços mais singulares, pela maior parte dos juristas continentais; e uma informação, note-se, dada tôda ela através duma síntese crítica fluente e sugestiva, pouco vulgar mesmo, principalmente pelo vigor e realismo das idéias apresentadas, em escritores de nacionalidade germânica, dominados no geral por uma propensão de espírito vincadamente analítica e nem sempre dotados daquele forte sentido das realidades tão vulgar aliás entre os anglo-saxões. A visão de conjunto do direito inglês - especialmente dos seus traços mais típicos e individualizadores - que RADBRUCH se propõe dar ao leitor, não assenta, com efeito, sôbre uma análise exauriente nem sequer sôbre um estudo rigorosamente sistemático de alguns dos aspectos ou institutos privativos dêsse direito; resulta antes, como aliás melhor parece convir à finalidade indicada pelo título da obra, duma série de apontamentos breves, duma coleção de notas fragmentárias relativas às facêtas do pensamento jurídico anglo-saxônico que feriram mais vivamente a atenção do autor, sem dúvida pelo seu mais forte contraste com as características paralelas do direito continental. Trata-se, assim, de meia dúzia de pinceladas frescas e coloridas, destinadas em última instância a criar uma imagem sugestiva - embora não muito rigorosa, como é natural - do panorama jurídico britânico, e não dum quadro acabado e minucioso dêste ou daquele recanto do direito insular.

Há ainda um outro aspecto de um outro mérito da obra aos quais parece conveniente fazer desde já uma qualquer alusão, nesta breve nota introdutória.

O livrinho de RADBRUCH, tal como vários outros estudos sôbre o mesmo objeto dados à estampa nos últimos anos,² rompe decididamente o ostracismo a que, não há muito tempo ainda, o direito britânico parecia ter sido votado pela ciência jurídica continental, e denuncia mesmo, a cada passo, uma apreciável compreensão, quando não um exacerbado sentimento de aprêço, por algumas das suas características singulares.

Estamos, sem dúvida, em face de mais um reflexo da crise angustiante que vai já para cinco lustros parece atormentar o pensamento jurídico alemão: mas sem dúvida se trata também do aspecto menos desagradável dessa crise e porventura dum dos reflexos destinados a exercer uma ação mais salutar na sua definitiva superação.

Neste aspecto, é de todos sabido que o após-guerra, correspondente à conflagração de 14 a 18, veio desferir o primeiro golpe profundo no arrogante sentimento de euforia que, à entrada do século, se apoderara de tôda a ciência jurídica alemã, ou seja, relativamente ao mais vasto e importante dos seus ramos, logo que, superadas as várias e profundas divergências suscitadas pela elaboração do Código de 96, doutrina e jurisprudência deram ostensivamente as mãos para adorar o verbo incarnado... nos dois mil e tantos parágrafos do novo diploma legislativo.³ A violenta convulsão sofrida, entretanto, principalmente ao virar do primeiro quartel do século, por tôda a estrutura econômica, social e política da sociedade germânica⁴ logo bastou para aniquilar definitivamente, através duma série de eventos cujas articulações não cabe aqui discriminar, a crença arraigada duma boa parte da doutrina e da jurisprudência no chamado *dogmatismo jurídico*, ou talvez melhor, na apregoada *plenitude lógica do ordenamento jurídico*; tal como as correntes filosófico-jurídicas, dos mais diversos matizes, rapidamente formadas sôbre êsse corpo, econômico-social em decomposição parece mesmo terem apostado em contribuir, cada qual a seu modo, para o descrédito total do *positivismo jurídico*.⁵

Por isso, enquanto em múltiplos setores filosóficos se instaurava um verdadeiro processo de falência contra a razão humana dentro do problema, gnoseológico,

e alguns dêles lançavam um apêlo direto e excessivo a outras fontes do conhecimento, reputadas mais ricas e mais nobres, também a ciência jurídica, uma vez subvertidos os fundamentos do culto fervoroso da letra e do espírito das leis e fazendo côro com aquêle movimento de idéias, se dedicou afanosamente ao descobrimento de novas fontes de direito.⁶ Nesse aspecto, pode considerar-se típica e altamente representativa a posição da discutida escola de KIEL, contra a qual logo se ergueu, porém, uma viva reação dentro da própria Alemanha.

Ora, para reatarmos o fio do nosso pensamento, o interêsse súbito dos juriconsultos alemães pelo direito inglês tem decerto como estímulo principal esta procura ansiosa de novas fontes de direito (ou talvez *da fonte de direito* adequada ao condicionalismo da nova era) e como natural incentivo o interêsse de conhecer as provas dadas no império britânico por fontes não experimentadas ainda, no decurso dos tempos modernos, pelos países continentais.

Que outros méritos não tivesse, a aproximação por tal forma estabelecida entre êstes dois tipos distintos de ordens jurídicas - o continental e o anglo-saxônico - pode com inteiro fundamento louvar-se desde já no contributo apreciável que veio trazer para a retificação duma idéia - assaz divulgada durante certo período bem recente, sobretudo por interêsses de política internacional - segundo a qual as coordenadas territoriais do pensamento genuinamente europeu não transpunham o célebre Canal; as alterações de índole moral, política e social subseqüentes à última conflagração vão impondo, pouco a pouco, uma nova divisória dentro das concepções espirituais (e não das puras ideologias!) básicas da humanidade e vão fortalecendo sucessivamente a idéia de que o mundo cultural britânico está afinal sòlidamente enraizado no *humus* espiritual de que se alimenta o chamado pensamento ocidental.

Assim se explica a ênfase com que SIR HENRY SLESSER acentua os traços cristãos do direito inglês no artigo publicado pelo "Times", de 9 de agosto de 1946, e a nota verdadeiramente dramática que remata as suas considerações: "O futuro do *Common Law* é assunto que não interessa apenas aos técnicos do direito. O direito inglês constitui uma contribuição única para a cultura cristã; o seu colapso pode, portanto, considerar-se como uma das maiores tragédias do nosso tempo".⁷ E só assim se compreende também a adesão convicta de

RADBRUCH, neste seu livrinho, à advertência profética do conceituado jurisconsulto britânico.

A atitude de humildade científica de certo modo pressuposta por um tal sentimento de aprêço para com o direito anglo-saxônico, assim como as novas e amplas perspectivas indiretamente rasgadas a tôda a ciência jurídica através do contato com uma ordem jurídica tão cheia de personalidade como a inglesa, constituem decerto reflexos simpáticos da crise em que se debate a ciência jurídica alemã.

Há, porém, como reverso natural da medalha, certas sombras a contrastar com os aspectos luminosos do quadro, em face dos quais logo se impõe uma reação salutar e esclarecida.

Não têm, com efeito, outra qualificação a relativa ligeireza e a paixão com que, neste como aliás em períodos análogos de crise, são julgadas - não apenas no fôro da chamada opinião pública, mas também em juízos de maior autoridade - as instituições que têm a apoiá-las a fôrça da tradição, nem a receptividade mórbida com que, em contrapartida, são examinadas, mesmo pelos espíritos, mais precavidos, as instituições que trazem consigo o sabor do desconhecido ou as credenciais da novidade.⁸

A uma tal censura não foge inteiramente, aqui e além, o trabalho de RADBRUCH, o qual, mesmo nesses pontos, tem contudo, e quando menos, o mérito apreciável de agitar idéias, solicitando a atenção do jurista para temas da maior transcendência, quer teórica, quer prática sobretudo.

Para não sacrificar, porém, a marcha da exposição do autor, principiaremos por dar um apanhado bastante desenvolvido de todo o estudo e remeteremos para a parte final da recensão as reflexões breves que alguns dos seus capítulos nos sugerem.

2. O direito inglês e o espírito do povo inglês. Muitos dos traços característicos da vida britânica, que lhe dão um matiz singular dentro da variegada paisagem humana européia e explicam algumas das particularidades do direito anglo-saxônico, têm para RADBRUCH uma explicação fundamental na circunstância de a Inglaterra, ter evoluído, sem grande solução de continuidade, da Idade

Média para os tempos atuais, e de no *humus* cultural britânico se não haver cavado, portanto, o abismo profundo que, no continente e dentro dos mais variados setores da vida social, separa a Idade moderna do período medieval anterior.

O Parlamento inglês atual, por exemplo, provém diretamente da antiga representação medieval das diversas classes do reino, enquanto no continente essa representação, depois de abolida pelo absolutismo, foi apenas *substituída*, mais tarde, pelo Estado constitucional; a Igreja anglicana, precisamente porque a Reforma não assumiu na Inglaterra a violência e a profundidade que atingiu, por exemplo, na Alemanha, ainda hoje conserva bastantes traços do culto católico; as Universidades de Oxford e Cambridge também correspondem ainda hoje, pela sua orgânica e pelo espírito humanista enformador do seu ensino, ao modelo da universidade medieval, mais do que quaisquer outras universidades européias; a idéia do gentleman, tão sólidamente enraizada nas convenções sociais britânicas e sem paralelo na vida contemporânea do continente, mais não é também do que a continuação do ideal da célere cavalaria medieval.

Ora, fenômeno de certo modo paralelo ocorre também na história do direito inglês, quando vista à luz do direito comparado.

A recepção do direito romano causou, como de todos é sabido, profundas alterações na vida jurídica dos povos continentais, provocando, além do mais, a formação duma classe profissional de juristas e, com esta, a criação dum direito de verdadeiros técnicos. A Inglaterra reagiu, porém, deliberadamente contra a recepção, cedo intuindo os perigos do princípio absolutista consagrado no Código bizantino (*Quod principi placuit legis habet vigorem*), e viu coroada de êxito essa reação, sobretudo por nela existir já então uma classe de juristas, bem como os rudimentos dum direito de técnicos.

Não quer isto significar, porém, que a ciência jurídica britânica tenha ignorado totalmente ou subestimado sequer o alto valor intrínseco do direito romano. Basta dizer que quando, em Bolonha (1100-1250), os glosadores o começaram a ensinar, também na Universidade de Oxford ele começou a constituir objeto de ensino e que muitos estudiosos ingleses vieram mais tarde cursá-lo em universidades diversas do continente.

E, de qualquer modo, é palpável a influência exercida sobre o direito anglo-saxônico pelo espírito e pelo método do direito romano.

Mais: graças à sua frutuosa reação contra o direito bizantino, conseguiu o direito inglês conservar até maiores afinidades com o pensamento jurídico do grande período clássico romano do que o direito continental, todo imbuído do espírito do *Corpus Juris*. Quando não, observe-se este traço comum fundamental: tanto a formação do direito inglês, como a do direito romano clássico, assentam sobre os *casos jurídicos singulares* e não sobre as *normas jurídicas*; ambos são, neste sentido, verdadeiros *case laws*.

À atitude intransigente dos juristas ingleses devemos nós afinal a existência de dois domínios fundamentalmente distintos dentro da cultura jurídica da civilização ocidental: dum lado, os países da recepção e das codificações posteriormente levadas a cabo sobre o modelo do Código justiniano; do outro, os países de *case law* anglo-saxônico.

A pedra angular de toda a ordem jurídica é, nos primeiros, o *legislador*; nos segundos, a *magistratura*. No primeiro caso, a formação ou realização do direito desce da *norma* para o *fato*; no segundo, sobe do *caso singular* para o *princípio jurídico*. Além, cria-se o direito sobre a base das *leis* e do *espírito das leis*; aqui, sobre a base da *vida jurídica* e da *natureza das coisas*.

À manutenção deste *processo indutivo* ou deste *puro empirismo* na formação do direito inglês não é estranha, porém, uma feição muito particular do espírito britânico.

O inglês não gosta manifestamente de forçar os fatos através da razão; prefere aguardar os próprios fatos, desvendar a razão na própria natureza das coisas.

A este sentido fático (*Tatsachensinn*) apurado do povo britânico repugna profundamente a pretensão ambiciosa de abarcar e dominar através dum sistema particular de normas, emanadas por via geral e abstrata, toda a imensa, multiforme e heterogênea realidade do futuro. O inglês não confia na fantasia nem confia muito na previsão das situações futuras - a situação real é sempre diferente; prefere, em regra, aguardar os fatos, esperar que eles forcem uma

decisão, crente de que as próprias situações concretas não de sugerir a sua regulamentação mais adequada, à medida que se forem verificando.⁹

Uma tal predisposição supõe, é evidente, que o inglês também não cultiva, ao menos em tão alto grau como o continental, o gosto da uniformidade das soluções, da elegância e da clareza de linhas na expressão do seu pensamento. Não é esse, positivamente, o forte da sua criação jurídica; o grande mérito desta reside antes na circunstância de o direito inglês, em constante formação, se achar permanentemente aberto ao ensinamento de qualquer nova situação, ao comando de qualquer nova orientação, e de a cada momento se poder modificar e corrigir, assimilando dum jato as instruções ou os ensinamentos da época atual.

A maior parte dos juristas ingleses é, por isso, decididamente avêssa à codificação do direito. É certo que as codificações continentais se fundam também, em último termo, sobre casos jurídicos: sobre os casos, mais ou menos típicos, que assomaram ao espírito do legislador, no momento da elaboração da norma. Mas trata-se de casos apenas concebidos *in mente*, sem o colorido da vida real e sobretudo sem lançarem sobre a consciência do legislador a responsabilidade duma *decisão imediata*. A criação do direito através do legislador é sempre, diz-se, uma criação em face de espectros, de fantasmas, de uma realidade exangue.

O tal sentido fático do inglês explica ainda o seu vivo sentimento histórico, o amor entranhado do povo britânico à tradição, com todos os reflexos - e por sinal bem curiosos - que o fenómeno oferece na vida jurídica: desde as cabeleiras e os trajes pomposos dos magistrados e as recepções solenes que lhes são prestadas até às citações, não raras, de decisões judiciais com centenas de anos.

A razão mais profunda da singularidade do direito inglês consiste, porém, no sentimento jurídico particularmente vivo e refinado do comum dos ingleses - sentimento que incarna, não num direito ideal ou numa justiça transpositiva, mas no direito vigente (*the law of the land*), com tôdas as suas particularidades históricas.

É certo que a cada passo se refere a conhecida frase de DICKENS - *the law is an ass* -; mais, contudo, por uma questão de humor do que para descarregar qualquer sentimento real de aversão ou de menor aprêço para com a ordem jurídica estabelecida.

A alusão a êste sentimento jurídico refinado dos ingleses traz naturalmente desde logo ao nosso espírito o exemplo célebre, referido por IHERING, do turista inglês que renuncia a um plano de viagem previamente traçado e prolonga a sua estadia numa cidade sem atrativos, só para discutir em juízo uma conta exagerada que o hoteleiro lhe apresentou. Mas há fatos na vida social britânica bem mais significativos e probantes, para o efeito, de que êste Dom Quixote do sentimento jurídico inglês, tais como a crítica livre e desinteressada feita à ação política dos homens de Estado, mesmo nos períodos mais difíceis da vida da nação: a veracidade a todos os títulos notável das declarações prestadas ao fisco pelos particulares, o número reduzido de detidos em prisões inglesas, o número elevado de pessoas que confessam em juízo, a desenvoltura com que as testemunhas aparecem a depor em juízo, a condenação social da mentira, sem excetuar a mentira por necessidade, a freqüência com que se vêem abertas as portas dos prédios particulares, a forma por que são depositadas e levantadas as bagagens no caminho de ferro, e ainda as relações excepcionalmente cordiais e amistosas existentes entre o público e a polícia (o "Bobby", na linguagem familiar e carinhosa dos ingleses).¹⁰

O cavalheirismo e o desportivismo que constantemente se observam nas relações sociais dos ingleses e constituem uma das facetas típicas do seu trato social não deixam também de refletir-se em alguns aspectos da sua vida jurídica, nomeadamente no seu direito processual.

Com efeito, o processo é ainda hoje considerado como um verdadeiro duelo, de palavras é claro, em que as partes combatem de armas perfeitamente iguais, ainda mesmo que alguma delas seja o representante do poder estadual.¹¹ Dentro desta idéia, o réu é tratado até a sua condenação como um inocente, como um *gentleman*; por seu turno, o juiz funciona apenas como um árbitro na contenda, incumbido sobretudo de fazer observar as regras da luta na produção da prova e de fixar o resultado do conflito na sentença, sendo às partes que compete tôda a produção da prova.

Quer isto dizer, portanto, que o *princípio inquisitório* nunca encontrou ambiente favorável no direito processual inglês.

3. *Fontes de direito e formação do direito na Inglaterra.* Ao direito inglês dá-se vulgarmente o nome de *Common Law*. Esta designação tem a sua origem no fato de, após a invasão normanda, o *Case Law* haver sido aplicado a *tôdas as regiões* da Inglaterra pelos juízes dos tribunais régios que percorriam o país, é com tanto êxito que êsse direito passou a valer, não subsidiariamente apenas em face dos costumes locais, à semelhança do que sucedia com o direito comum do continente, mas de preferência ao direito local consuetudinário. A expressão *Common Law* converteu-se depois numa espécie de nome próprio duma parte determinada do direito inglês. Reveste, porém, sentidos diversos, dentro da terminologia jurídica corrente, consoante o termo que lhe é contraposto.

Quando se distingue entre o *Common Law* e o *Civil Law*, o primeiro indica ainda o *direito inglês*, o *direito pátrio*, enquanto a segunda expressão se refere ao *direito romano*. Mas, quando se contrapõe o *Common Law* à *Equity*, então serve a primeira expressão para designar apenas uma parte do direito inglês - o *direito estrito* - e a segunda um *direito equitativo*, destinado à sua correção. Do mesmo modo, na dicotomia *Common Law-Statute Law*, significa o primeiro o direito dos juriconsultos condensado em *decisões judiciais*, ou seja, o *Case Law*, o *direito não escrito*, designando o segundo o *direito legislado* ou o *direito escrito*.

a) *O Estado de direito inglês ("Rule of law").* A Grã Bretanha é fundadamente apontada, a cada passo, como um exemplo especial e prototípico do Estado de direito. Mais do que em qualquer outro Estado, subsiste na Inglaterra a idéia da subordinação do poder estadual ao Direito, a *Rule of Law*.

Não se trata, porém, dum Estado de direito que vista rigorosamente pelo figurino de MONTESQUIEU, com a sua decantada divisão dos poderes estaduais. Dentro do sistema característico do *Common Law*, os juízes não se limitam efetivamente a aplicar ou a executar o direito, visto ser dêle que nasce também, nos termos adiante referidos, o caudal mais importante de todo o direito inglês. Por outro lado, MONTESQUIEU confia o poder legislativo ao *Parlamento*; cuja independência julga assegurada pelo fato de a *Coroa* não

deter nenhuma influência sobre a legislação. Esquece, porém, que no regime parlamentar o governo e a administração são exercidos em nome do Rei, mas, no fundo, pelo Gabinete, ou seja, por uma deputação parlamentar, tanto bastando para não podermos afirmar que a legislação, confiada ao Parlamento, se encontra realmente protegida contra quaisquer arbítrios.

A verdadeira base do Estado de direito inglês reside por isso na magistratura, na corporação dos juristas, no *Common Law*.

Note-se, a propósito, que, não conhecendo o *Common Law* nenhuma distinção entre *direito público* e *direito privado*, nem existindo na Inglaterra, verdadeiros *tribunais administrativos*, são os tribunais ordinários que apreciam todos os litígios suscitados naqueles dois domínios; são também os tribunais ordinários que defendem contra os atos de prepotência do poder estadual os direitos fundamentais de liberdade do cidadão, os quais, embora não se encontrem solenemente proclamados em qualquer *Constituição* (começa por não existir sequer uma Constituição escrita na Inglaterra), estão, contudo, sòlidamente enraizados - não como princípios puramente programáticos, mas como direitos devidamente tutelados - no *Common Law*.

Esta missão transcendente do *Common Law* em face do poder estadual só se consegue, evidentemente, através da autonomia corporativa da classe à qual incumbe a tutela do direito. E, com efeito, as quatro antigas corporações em que se acham agrupados os *barrister* - a classe superior da advocacia inglesa - gozam de um regime de ampla autonomia: são elas - e não a Universidade - que regulam o *acesso* e orientam a preparação dos candidatos; é dessas corporações que saem os próprios juízes, constituindo a profissão de magistrado a coroação duma atividade fecunda de *barrister*; é ainda do círculo dos *barrister* que sai o próprio *Lord Chancer*, que preside à Câmara dos Lordes e assume, em certo sentido, a posição dum verdadeiro ministro da Justiça.¹²

Com a autonomia do *Common Law* concorre, porém, a soberania do Parlamento Inglês¹³, do qual já se disse (DE LOLME), numa frase caricatural, mas sugestiva, que tudo pode, menos fazer dum homem uma mulher ou vice versa.

O Parlamento pode realmente revogar ou modificar os princípios jurídicos elaborados pelo *Common Law*, na forma de *precedentes judiciais*.

Mas há uma série de circunstâncias que contribuem eficazmente para reduzir a interferência efetiva do Parlamento (*Statute Law*) sobre o *Common Law*: primeiro, os limites impostos no caso pela opinião pública, pelo alto prestígio dos tribunais; e ainda pela avisada auto-inibição dos próprios parlamentares; segundo, o fato de os próprios *Statutes*, para, cuja interpretação vale apenas o seu quadro verbal (os motivos nem sequer são utilizados, para esse efeito, como elementos auxiliares ou subsidiários), serem a breve trecho envolvidos por uma densa camada de prejuízos vinculativos e com ela assimilados no tecido uniforme do *Common Law*.

Neste aspecto das relações existentes entre a lei e o *Common Law*, o sistema jurídico norte-americano oferece um aspecto particular, dada não só a maior abundância do *Statute Law* e o papel preponderante exercido pelas Constituições escritas, nomeadamente pela Constituição federal de 17 de setembro de 1787,¹⁴ mas atentos também os poderes especialíssimos de que goza o *Supreme Court*, de Washington.¹⁵

Note-se, aliás, que a luta, encetada pelo governo trabalhista desde a sua ascensão ao poder, para transformar um direito que é fortemente liberal, no direito social que melhor quadra ao seu programa partidário, tem contribuído nos últimos anos para um progresso notável do *Statute Law* na própria Inglaterra. O fato tem levado muitos juristas ingleses a considerarem o *Common Law* em perigo mortal e levou um deles a acusar a primeira edição do livro de RADBRUCH de nos oferecer; com a sua acentuação enfática do *Case Law* e do *Estado de direito inglês*, uma descrição do espírito tradicional, do *espírito bom e ideal* do sistema britânico, mas não da situação atual, em que o *Common Law* se acha como que inundado pela corrente caudalosa das regras e das ordens emanadas do poder legislativo.

RADBRUCH espera, contudo, que o *Common Law* resista vitoriosamente à plethora das leis sociais, se de plethora cabe justamente falar, tal como já soube sobreviver a outras tempestades: ao assalto do direito romano, à ambição das prerrogativas reais e às arremetidas da célebre *Star Chamber*.

b) O *Common Law* e a *Equity*. Três órgãos conseguiram sucessivamente separar-se do Conselho da Coroa do Rei e autonomizar as suas respectivas criações jurídicas: os tribunais ordinários e o *Common Law*; o Parlamento e o *Statute Law*; o *Court of Chancery* e a *Equity*.

Falemos agora dêste último.

A equidade tem por fim, segundo o velho conceito aristotélico, realizar a justiça do caso concreto, restaurar a justiça nas situações reais em que o *summum ius* constituiria a *summa iniuria*; constitui, portanto, o antídoto adequado do rigorismo da norma, emanada por via geral e abstrata:

Foi precisamente com essa finalidade que os *Chancer Lords* começaram a conceder os chamados *writs*, à semelhança das *actiones* concedidas *ex aequo et bono* pelo pretor romano, e que se destinavam a integrar e a corrigir o sistema do *ius civile*. Na *Equity* que inspirava a concessão desses *writs* influíram, como é natural, diversos elementos, entre os quais o direito canônico (eram clérigos os primeiros *Lord Chancers*), o *direito romano* e o *direito natural*; mas a fonte formal e expressamente invocada pelo *Lord Chancer* para o efeito era a sua consciência moral (*conscience*).

Cedo se reagiu, porém, contra semelhante fundamentação. Tomar para padrão da equidade a consciência do *Lord Chancer*, diz, por exemplo, JOHN SELDEN (1584-1654), seria o mesmo que arvorar o comprimento do seu pé em unidade das medidas de comprimento. Graças a esta ou a críticas análogas, certo é que a idéia de converter a equidade, de simples graça individual em instituição jurídica de natureza geral, foi ganhando sucessivamente terreno, por tal forma que a *Equity*, a despeito da finalidade primitivamente visada pelo *Court of Chancery*, veio ao cabo de algum tempo a condensar-se em verdadeiras regras e em precedentes judiciais.

Por isso, logo nos primórdios do século XIX, com LORD ELDON, a equidade foi considerada e aplicada como uma espécie de *Case Law*, ou seja, como um segundo complexo de precedentes vinculativos ao lado da grande massa do *Common Law*; e por isso mesmo também a grande reforma judiciária de 1873 englobou numa única organização judiciária o *Court of Chancery* e os tribunais do *Common Law*.

c) *O sistema do "Case Law"*. A formação dum precedente judicial vinculativo, dentro do sistema do Case Law, não pressupõe necessariamente a repetição prolongada de decisões dum mesmo conteúdo; uma única decisão, um só precedente, pode bastar para o efeito.

Neste sentido, tem um *County Court*, de respeitar as decisões do *High Court*, tal como este se encontra, por seu turno, vinculado às do *Court of Appeal*; o *Court of Appeal* não pode, por sua vez, desviar-se dos julgados da *House of Lords*, estando finalmente a *House of Lords*, tal como o *Court of Appeal* adstritos às suas próprias decisões. Os julgados dum tribunal inferior ou da mesma categoria revestem decerto alguma autoridade, mas não obrigam incondicionalmente; só vinculam na hipótese de se terem transformado num costume judicial ou na hipótese de o comércio jurídico os ter assimilado, em termos de se converterem num verdadeiro direito consuetudinário.¹⁶

Sempre que pretendem afastar algum precedente, os tribunais esforçam-se por demonstrar a inexistência duma perfeita identidade entre o caso singular versado por esse precedente e a situação de fato cuja regulamentação lhes incumbe fixar, ou então a não consagração, pelo precedente, da doutrina que, *primo conspectu*, êle aparenta exprimir.

O preceito expresso no precedente só se torna vinculativo na medida em que tenha sido realmente necessário à decisão concreta proferida; para além disso, não constitui uma *ratio decidendi* obrigatória para o futuro, é apenas um *obiter dictum* (uma observação acidental) ou um simples *dictum* do juiz, desprovido de força vinculativa.

Só raras vêzes; e sempre com evidente relutância, o juiz inglês salta sobre um precedente, a pretexto de o considerar *plainly unreasonable*.

O sistema do *Case Law*, que aqui fica descrito nas suas linhas muito gerais, considera-se a si próprio, não como um método fecundo de criação do direito inspirado na própria idéia de *Direito*, mas como uma espécie de criação empírico-indutiva alicerçada na própria natureza das coisas. O pensamento jurídico inglês está, pelo menos sob êsse aspecto, muito mais próximo da realidade, da situação de fato, do que o pensamento jurídico continental. O juiz

alemão, por exemplo, antes de analisar completamente a situação de fato, constrói (*sobretudo* no setor criminal) com auxílio da lei um *Tatbestand*, que é somente um esqueleto da situação real, um esquema preparado segundo determinados critérios jurídicos, enquanto o magistrado britânico apreende a situação real com todos os seus matizes e particularidades concretas, sem a reduzir desde logo aos traços juridicamente essenciais, os quais constituem apenas o resultado da sua análise empírica.

Em contrapartida, a fixação da situação de fato utiliza, em muito mais alto grau do que no continente, o concurso de ingredientes ou critérios jurídicos: assim, enquanto no direito germânico vigora o sistema da *livre apreciação da prova*, o direito inglês consagra uma teoria legal da prova (*the law of evidence*). Pretende-se fundamentalmente, através desse sistema, excluir os meios de prova suscetíveis de impressionar vivamente, mas muito capazes também de induzir em erro os jurados que intervêm na sua apreciação. Assim, para dar apenas um exemplo, carece de todo o valor a prova fundada no ouvir dizer: *hear say is no evidence*.¹⁷

O processo especial de criação do direito inglês tem dado origem, repetidas vezes, a apreciações contraditórias. Os juristas ingleses realçam a cada passo a *rigidez* do *Common Law*, enquanto os observadores estrangeiros costumam destacar, com mostras de certo aprêço, a sua flexibilidade, a ponto de os corifeus do direito livre o apontarem muitas vezes como um modelo a imitar no continente.

A verdade é que, no seu conjunto, a magistratura britânica tem poderes mais amplos de criação ou inovação do direito; singularmente considerados, os juízes ingleses têm os movimentos mais tolhidos do que na jurisprudência continental.

4. *O pensamento jurídico inglês - a) O fim do direito segundo a concepção inglesa.* Tôda a ordem jurídica pretende simultaneamente servir três finalidades: realizar a justiça, promover o bem comum e garantir a segurança jurídica.

Na ordem jurídica inglesa, a todos sobreleva, de há muito, o fim da *segurança jurídica*,¹⁸ como fãcilmente se verifica através da história do direito britânico.

Logo, quando o desenvolvimento das trocas indiretas e da economia de crédito tornou necessária uma jurisprudência segura, e o direito continental se valeu, para o efeito, da recepção do direito romano, bem como das codificações posteriores, a magistratura inglêsa, com o sentido de auto-disciplina tão característico do povo britânico, soube suprir a falta de segurança jurídica, provocada pela falta dum ordenamento legislado, através do sistema especial dos precedentes judiciais vinculativos.

Por um sentimento análogo de respeito pela idéia de segurança jurídica, o magistrado inglês cria para si e procura transmitir aos outros a convicção de obedecer ainda ao direito constituído nos próprios casos em que trata; de preencher verdadeiras lacunas do *Common Law*.

E o mesmo sentimento explica ainda a profunda revolução operada, a partir de certo momento, dentro da jurisprudência do *Court of Chancery*. A cristalização da *Equity* numa massa de precedentes, criados um tanto à imagem e semelhança do *Common Law* constitui, na verdade, um triunfo significativo da idéia de segurança sôbre o sentimento tradicionalmente contido na eqüidade, como claramente se verifica, aliás, através destas palavras bem elucidativas de LORD ELDON: "Eu não posso admitir que as concepções jurídicas dêste tribunal (refere-se ao *Court of Chancery*) possam ser alteradas por qualquer juiz posterior. Nada me pesaria mais do que abandonar êste lugar com a impressão de ter contribuído para justificar a censura de que a justiça de eqüidade varia como muda o pé do chanceler".

A prova mais impressiva do culto dos britânicos pela segurança jurídica reside, porém, na notável uniformidade de vistas que se observa entre os juristas inglêses mais representativos - desde os jusnaturalistas e racionalistas, como COKE e BLACKSTONE, até os autoritaristas, como HOBBS, BENTHAM e AUSTIN - no sentido de considerarem a segurança ou a certeza como o valor fundamental de tôda a ordem jurídica, como a primeira das *dignitates legum*, não obstante o seu pesado custo.¹⁹

As críticas movidas nos últimos tempos a êste culto da segurança, sobretudo nos começos do século atual, fizeram medrar no espírito das gerações jovens (principalmente nas vésperas da primeira guerra mundial) a convicção de se

tratar de mais um preconceito burguês ultrapassado, no fundo destinado apenas a garantir a segurança dum minoria à custa da incerteza do dia de amanhã da grande maioria, e despertaram na juventude, saciada já de viver em segurança, o desejo de viver em perigo. Os acontecimentos posteriores encarregaram-se de satisfazer os caprichos dessas gerações, que devem, no entanto, ter sofrido um profundo abalo.

Pois a missão do direito inglês, neste momento histórico, pode bem consistir em chamar o mundo restante à razão, ensinando-lhe que não é possível renunciar impunemente à segurança jurídica, verdadeiro pressuposto de toda a cultura.

Importa, entretanto, advertir que o sentimento de veneração dos juristas ingleses pelo valor da *segurança* não é um sentimento puramente formal, desinteressado do *conteúdo* do direito ao serviço do qual a *segurança* é posta a funcionar.

Essa exigência de segurança vale para o seu *Case Law*, para uma ordem jurídica essencialmente fluída, em constante renovação, embora sem saltos bruscos, nem modificações repentinas, e não para um direito legislado, para um produto essencialmente estático. Dentro da sua ordem jurídica, o jurista inglês dá a nítida impressão de considerar o direito de liberdade como o valor substancial de primeira grandeza. Em todo o direito inglês, e particularmente na vida constitucional, se nota efetivamente uma prevenção constante contra tudo quanto possa vir de algum modo a degenerar em *usurpação de poder* ou em *autocracia*, mesmo quando o possível *autocrata* tem as vestes do magistrado. Assim é que todo o detentor do poder tem a sua atividade de certo modo controlada por uma espécie de *contra-instância*: a Coroa através do Gabinete, o Parlamento através da opinião pública, o juiz através do júri e do sistema dos precedentes.

b) *Filosofia do direito*. O termo *jurisprudência* reveste sentidos diversos, nos vários países europeus. Para os alemães, a jurisprudência é a universalidade das disciplinas jurídicas; para os franceses, a soma das decisões dos tribunais, isto é, a parte mais concreta da laboração jurídica; para os ingleses, a mesma expressão indica afinal o ramo mais abstrato das diversas disciplinas jurídicas.

Essa *jurisprudence* não se identifica, porém, quanto ao seu objeto e quanto ao seu método, com a nossa *filosofia do direito*. Chamem-lhe uma filosofia do direito positivo, chamem-lhe, se quiserem, uma teoria geral do direito - do que não se trata, positivamente, é duma verdadeira *filosofia do direito*, visto não ter como objeto uma visão axiológica e crítica do direito.

A Inglaterra de hoje não dispõe mesmo duma *filosofia sistemática do direito*. O positivismo, para quem a última palavra é dada pelo próprio direito positivo, exclui a existência duma tal disciplina.

O empirismo britânico receia, no fundo, quebrar o íntimo nexos existente entre os valores e os objetos em que êstes precipitam, e ver-se assim a braços com um *puro sistema de valores*, com uma *filosofia sistemática do direito*. Compreende-se que, para o jurista inglês, inteiramente imbuído dessa concepção, assumam foros de maior autenticidade uma criação do direito toda inspirada na própria natureza das coisas do que uma criação fundada na idéia do direito.

Crê-se, efetivamente, que a necessidade instantânea de regular uma situação real lança à energia criadora do juiz um apêlo mais persuasivo e eficaz do que a mera solicitação endereçada ao espírito do legislador, pela simples idealização de casos futuros, e para a composição duma norma geral e abstrata.

Por isso, o jurista inglês se nos revela de permanente sobreaviso contra as teorias generalizadoras da filosofia do direito, não pretendendo antecipar-se ao direito individual do caso concreto, nem ficar insensível, pelo sortilégio de idéias preconcebidas, ao ensinamento duma experiência futura extraordinariamente mutável e imprevisível.

Depois de criticar, sob determinado aspecto, uma tal orientação, RADBRUCH afirma-se esperançado em que a América ofereça, dentro de algum tempo, ao direito materno inglês o modelo duma nova filosofia do direito, capaz de influenciar também, pelo seu mais forte sentido das realidades, os próprios filósofos alemães, cuja especulação, pelas suas características especiais, os coloca a cada passo na iminência, de resvalar em puras abstrações.

c) *Ciência jurídica inglesa*. É difícil mostrar a especialidade da ciência jurídica inglesa em face da ciência jurídica alemã. Em todo o caso, sempre é mais fácil fazê-lo no domínio do direito criminal do que no setor do direito civil.

Nesse confronto devemos ter sempre em linha de conta certas particularidades do processo criminal inglês, porquanto muitos dos traços característicos da ciência criminal inglesa, que à primeira vista parece refletirem um verdadeiro atraso perante a doutrina do continente, dependem, em grande parte, de reconhecidas vantagens do processo criminal britânico: do sistema do júri, da teoria legal prova (*the law of evidence*) e do direito judicial (*the judge made law*).

Na verdade, um direito que se destina a ser aplicado por um júri tem forçosamente de renunciar a certos requintes, inacessíveis a um juiz do povo, a um leigo do direito; a *law of evidence* necessita duma acentuação mais viva do lado exterior do que do lado interno do crime, da atitude psíquica do agente; o sistema dos precedentes engloba finalmente o risco de o progresso científico ser inesperadamente cortado em certo ponto do seu desenvolvimento, através duma decisão vinculativa.

A todos êstes fatores acresce ainda a consabida antipatia dos juristas britânicos pelo pensamento sistemático, o receio de se enclausurarem num complexo de idéias preconcebidas, com prejuízos dos ensinamentos renovadores oferecidos constantemente pela experiência futura imprevisível.

Uma tal atitude não deixa, porém, como vamos ver, de registrar certos inconvenientes.

A ciência jurídica alemã construiu uma sistemática do *crime*, que o decompõe em diversos elementos distintos (*ação ou omissão - tipicidade - ilicitude - culpa*) e é hoje aceite pela grande generalidade dos autores. Na ciência criminal inglesa o conceito de crime costuma, por seu turno, ser erguido sobre a máxima: "*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*". O crime tem, assim, para a doutrina inglesa, dois elementos fundamentais: o *actus* (a ação exterior ou a omissão, que constitui o cerne do crime) e a *mens rea*, ou seja, a *culpa*.

Os fundamentos de *exclusão da ilicitude* são, juntamente com as causas de ausência da culpa, enquadrados na rubrica da *exclusão da responsabilidade* (*exemptions from responsibility*), sendo também indiferentemente usados os termos *excuses* (*causas ou fundamentos de exclusão da culpa*) e *justifications* (*causas de justificação do fato*).

No entanto, a distinção entre umas e outras impõe-se por várias razões, nomeadamente, pelo fato de ter cabimento contra as primeiras, e não o ter quanto às segundas, a chamada *legítima defesa*.

Quanto à *tipicidade*, é certo que no direito inglês tem igualmente foros de cidade o princípio segundo o qual, para ser punível, uma ação tem de corresponder a algum dos fatos considerados como tais pela lei penal ou pelo direito judicial. Há mesmo quem afirme a consagração de semelhante princípio já no art. 39 da *Magna Carta* (1215).

Todavia, a circunstância de não se conferir autonomia a êsse elemento (*tipicidade*), leva o direito inglês, como RADBRUCH demonstra, a aceitar algumas conseqüências do velho e ultrapassado princípio do direito canônico: "*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*".

5. *Stumbling into wisdom* (um fragmento de história do direito inglês). O tribunal dos jurados é muitas vêzes considerado o "Paladium" da liberdade inglesa, o bastião da Constituição britânica, e a cada momento o vemos apontado, à semelhança do que sucede com o Parlamento inglês, como um modelo do mundo liberal.

Contudo, êsse tribunal é na sua origem "mais francês do que inglês, mais real do que popular, mais o uniforme da sujeição do que o distintivo da liberdade". Entre a natureza primitiva e a configuração atual do tribunal dos jurados insere-se uma página de história altamente significativa do pensamento jurídico inglês: a evolução da instituição foi sistematicamente determinada apenas pelo objetivo mais próximo, sem olhar, portanto, aos fins mais remotos, mas sem perda também duma fina sensibilidade em face das exigências das novas épocas, até que finalmente se despertou para um objetivo alcançado, embora nunca desejado. Para usar uma expressão bem inglesa: *Stumbling into wisdom*.

No reino dos francos, dentro do período carolíngio, tinha-se desenvolvido a *inquisitio*, ou seja, um processo especial de interrogatório. Nos diversos círculos, alguns homens dignos de confiança a prestar *juramento*, para seguidamente informarem os juízes móveis do imperador acêrca das ocorrências verificadas no círculo após a sua última-estadia. Esta *inquisitio* servia, por um lado, ao processo penal: os ajuramentados tinham de informar o juiz sôbre os crimes, entretanto, praticados dentro da respectiva circunscrição. Mas propagou-se, a breve trecho, ao próprio processo civil: os jurados serviam para formar prova, graças à sua ciência de vizinhança, sôbre pontos duvidosos do processo.

Os jurados eram, por isso, *denunciantes* no processo-crime, e uma espécie de *testemunhas* no processo cível.

Com a invasão normanda, transmitiu-se à Inglaterra esta instituição dos jurados, na sua dupla configuração; mas ao cabo de algum tempo as suas funções sofreram uma alteração profunda.

Em determinada altura, passou a haver no processo penal um duplo júri: o júri de denúncia dos francos transformou-se num órgão de *acusação pública*, num *júri de acusação*, e, ao lado dêle, passou a existir um *júri-prova*, constituído à imagem e semelhança do júri do processo cível.

Ao primeiro, ao chamado *grande júri*, competia decidir sôbre se havia ou não suspeita fundada de crime, se a ação era ou não *a true bill*. Essa decisão converteu-se, com o andar dos tempos, quase numa pura formalidade, e por isso o grande júri veio a ser abolido em 1933.

O júri-prova tem-se, pelo contrário, conservado até hoje, tanto no processo cível como no processo penal, embora através de diversas vicissitudes.

Êsse júri converteu-se no meio mais importante da prova de *ilibação*, logo que as ordálias se tornaram impossíveis, em 1219, com a recusa da cooperação da Igreja, e o duelo judicial caiu em desuso.

De testemunhas de ilibação, que eram a princípio, os jurados tornaram-se, ao cabo duma evolução lenta de séculos, verdadeiros juízes. Para tanto contribuiu

decisivamente, além de outras, a circunstância de as povoações terem aumentado bastante a sua população, em termos de os jurados já não estarem, como antigamente, a par de quanto se passava dentro dos seus muros. Tornou-se, assim, necessário criar, através do próprio processo, o conhecimento que antigamente êles tinham por mera "ciência de vizinhança".

Passaram a ouvir testemunhas.

Primeiro, era-lhes facultada ainda a utilização dos seus próprios conhecimentos sobre o objeto da causa para fundamentarem o respectivo *veredictum*; mas, por último, foram obrigados a formar a sua convicção apenas sobre a prova produzida em juízo, isto é, sobre os depoimentos das testemunhas que ouviam.

6. Tôda a especulação de RADBRUCH - que remata o seu opúsculo com a transcrição de parte duma sentença proferida num processo-crime célebre²⁰ - à volta das atinências do direito inglês com algumas das dimensões fundamentais, mais características, do espírito do povo britânico, apesar de não descer a grande profundidade - ou talvez principalmente por essa razão - daria margem para largos comentários.

Vamos cingir-nos, porém, ao aspecto do problema que para nós oferece maior interêsse.

Êsse breve estudo sociológico-jurídico de RADBRUCH assenta todo êle sobre a idéia de que o direito continental é um direito vincadamente *normativista* - um *ius in thesi*, como diria IHERING -, escravizado na sua própria atuação prática ao pensamento lógico-abstrato encarnado na lei, enquanto o direito britânico é fundamentalmente um sistema *decisionista*, um *ius in hypothesis*, criado sobre a floração viva e dinâmica das situações concretas, vivificado e renovado a cada instante pela própria natureza dais coisas.

Todavia, para têmos uma idéia exata do papel realmente desempenhado pela jurisprudência nos direitos do continente - antes de emitirmos qualquer juízo de valor comparativo sobre os dois sistemas postos em confronto - torna-se mister aludir, nem que seja a traços muito rápidos, a alguns pontos que o livrinho de RADBRUCH não aflora, ou, de qualquer forma, não deixa sobressair com o devido relêvo.

Primeiro, importa saber que vários temas jurídicos continentais (designadamente os Códigos civis português, austríaco e suíço) parece reconhecerem, desde há muito, a incapacidade do direito legislado para regular *diretamente* a série indefinida de relações da vida social merecedoras de tutela jurídica, deferindo, entretanto, ao julgador, para além de dado momento, o encargo de preencher as lacunas registradas no sistema.²¹

Apesar de não funcionar com grande frequência e de, entre nós pelo menos, se achar subordinada a certas diretivas de ordem geral (destinadas fundamentalmente a cercear o arbítrio do julgador), esta colaboração da jurisprudência na criação da ordem jurídica não deve ser passado em claro.

Por outro lado, a circunstância de não constituir realmente uma fonte de direito, no sentido rigoroso da expressão,²² não impede que a jurisprudência exerça, de *facto*, um papel da maior importância na elaboração do direito continental, sobretudo nos países em que, como na França, é singularmente vivo o espírito de corporação de toda a magistratura, e onde, por tal razão, as chamadas *correntes jurisprudenciais* gozam duma influência considerável na interpretação e na aplicação do direito. Muitas das soluções dadas pelos tribunais a problemas de interpretação e de integração da lei disfrutam afinal duma autoridade, *de facto*, bastante próxima da que, *de iure*, cabe aos precedentes vinculativos dos tribunais britânicos. Mal irá naturalmente ao jurisconsulto do continente que, para esclarecer a sua clientela, apenas conheça as *normas* vigentes no Estado respectivo, ignorando por completo as decisões judiciais que as interpretam e aplicam, ou que integram o sistema.

Além disso, cumpre não esquecer ainda todo aquele vasto e impetuoso movimento filosófico-jurídico nascido logo nos primeiros decênios do século, e que, depois de impugnar vivamente o primado exclusivista da lei, a idolatria do direito legislado (como lhe chama o Prof. MANUEL ANDRADE), não deixou de reivindicar, nalguns dos seus setores não menos qualificados, um papel de maior relêvo para a jurisprudência na criação do direito.

Desta forma, se quisermos exprimir com algum rigor as diferenças fundamentais existentes entre o direito inglês e o direito chamado continental,

tomando momentâneamente como padrão dêste último o sistema português, poderemos indicar as duas seguintes:

1ª Dentro dos sistemas continentais, cabe à *lei* o papel fundamental na criação da ordem jurídica; no *Common Law*, é a *jurisprudência* que goza de análoga preponderância.

2ª Mesmo quando, dentro dos sistemas continentais, são chamados a *criar* ou a fixar *direito*, os magistrados procedem por via *geral e abstrata*,²³ ao passo que, no direito inglês, a jurisprudência vinculativa se refere às decisões *concretas e individuais* proferidas pelos magistrados.

E eis agora o momento oportuno de inquirir se tais diferenças são realmente suscetíveis de justificarem a admiração e a cobiça com que, dêste lado do Canal, tanto RADBRUCH como outros espíritos do melhor quilate têm olhado, na atualidade, o sistema do *Common Law*.

A êsse propósito, é inegável que, na generalidade dos países do continente, sem excetuar de nenhum modo Portugal, se tem abusado extraordinariamente da legislação, a ponto de ser lícito falar numa real hipertrofia da norma dentro do organismo jurídico.²⁴ A criação duma regra geral e abstrata destinada a regular qualquer aspecto da vida de sociedade exige a tôdas as luzes um sentido apurado de oportunidade, um estudo amadurecido, criterioso e avisado dos problemas que, muitas vêzes, só a própria experiência pode ajudar a completar, e ainda a posse dum mínimo de conhecimentos sôbre as regras da técnica legislativa, a par dumas tantas qualidades naturais necessárias para as pôr em prática; apesar disso, sucede que, além de se confiar algumas vêzes a missão de legislador a puros leigos do direito, sem nenhuma preparação técnica adequada, a cada passo se solucionam diretamente, por via geral e abstrata, problemas ainda não suficientemente amadurecidos, nem na doutrina nem na jurisprudência, e acêrca dos quais a prática também não pôde fornecer ainda os ensinamentos necessários para uma regulamentação definitiva e eficaz.

Por outro lado, é ponto assente que a lei, sob determinado aspecto, carece da maleabilidade própria doutras fontes, inclusive, da jurisprudência, e não pode assim acompanhar *pari passu* o ritmo da evolução constante das relações sociais, nem o curso das idéias imperantes no seio da comunidade.

Não quer isto significar, porém, que a jurisprudência - considerado o problema em termos de alguma exclusividade - leve decidida vantagem, ou detenha mesmo qualquer vantagem - feito um balanço geral e rigoroso dos diversos prós e contras de cada uma das orientações possíveis no caso sobre o direito escrito e que à jurisdição deva ser entregue, nessa ordem de idéias, o primado entre as fontes do sistema.

Por um lado, a despeito da tal rigidez da lei, a verdade é que a criação do direito através do legislador tem a vantagem apreciável de permitir em qualquer altura, mediante a introdução da reforma legislativa adequada, uma pronta renovação dos quadros fundamentais de todo o sistema, assim como uma qualquer revisão de conjunto de um, de vários ou de múltiplos problemas. A jurisprudência, tal como funciona dentro do sistema do *Common Law*, já não oferece nenhuma garantia idônea duma renovação jurídica de mais alta envergadura nem de uma revisão geral da problemática de qualquer instituto: carece, antes de mais, das condições prévias indispensáveis à elaboração dum plano geral ordenado e vinculativo; além disso, os magistrados que mais facilmente, pela sua situação dentro da hierarquia judiciária, poderiam dirigir e orientar superiormente uma revisão de alto estilo (embora muito fragmentariamente, através dos simples casos concretos cuja disciplina lhes incumbisse fixar), são, no geral, demasiado conservadores e reacionários para empreenderem uma ação renovadora de tal natureza; e o movimento progressivo eventualmente esboçado e delineado por alguns deles estaria mesmo sob a ameaça constante de ser bruscamente interrompido por qualquer decisão vinculativa posterior. Esta especial inaptidão da jurisprudência para corresponder a um apêlo urgente de renovação mais profunda dos quadros vigentes parece achar-se, de resto, expressivamente ilustrada em certos momentos cruciais da história do direito inglês.

A criação do *Court of Chancery*, por exemplo, afigura-se-nos constituir não só um libelo de desatualização contra o *Common Law*, em certa fase do seu florescimento, mas também o reconhecimento implícito da incapacidade do mecanismo jurisprudencial para introduzir no corpo do direito vigente o sangue novo exigido pelas necessidades sociais dessa época. E outro tanto, com as necessárias correções, somos de certo modo solicitados a pensar no momento atual contra o *Common Law* (agora acrescido dos precedentes judiciais criados

sob a égide da *Equity*), em face da recente e progressiva afirmação do chamado *Statute Law*, através do qual o Partido Trabalhista, que domina não só as Câmaras mas também o próprio govêrno, tem procurado insuflar nos velhos *tonéis* - de sabor liberal e individualista - do direito vigente o *vinho novo* da colheita do século: o chamado *direito social*.

Por outro lado, a legislação oferece ainda - dado o plano especial em que se situa - maiores garantias de imparcialidade ou de objetividade: Os juristas inglêses chocam-se visivelmente com a ambição desmedida do legislador continental que pretende despòticamente controlar através do cadinho apertado da sua Razão tôda a vasta massa, flutuante e sinuosa, das relações sociais. Todavia, sob o aspecto considerado, sempre reputamos preferível o *tirano* do legislador, todo preocupado com os tais espectros das situações gerais e abstratas, aos *tiranetes* dos múltiplos julgadores, postos a decidir e a vincular para futuro, com ampla liberdade de ação, entre o fervilhar das paixões e o choque dos interêsses vivos de cada caso concreto. Os quadros lógico-abstratos dentro dos quais se move o nosso pensamento jurídico, mesmo quando a jurisprudência é chamada a integrar lacunas do sistema ou a fixar doutrina para o futuro, além de obrigarem o legislador ou o magistrado a refletir sôbre os múltiplos aspectos dos diversos problemas, a encarar a questão sob os diversos prismas através dos quais ela pode ser vista, a medir com rigor tôdas as conseqüências lógicas das soluções aventadas para cada caso, a fim de evitar violações constantes da justiça relativa, impedem mais fàcilmente do que o empirismo do sistema britânico que o julgador sobreponha à razão fria e esclarecida o calor do sentimento, a fôrça da pura intuição ou a paixão dos instintos, descontrolados.²⁵ Ponto é que o legislador, o magistrado e o jurisconsulto tenham sempre bem presente a zona especial da realidade constitutiva do *direito*, e a especial direção metodológica que, por via disso, cumpre imprimir constantemente ao pensamento jurídico.²⁶

É certo que o sistema do *Common Law* confere ao julgador maiores possibilidades de proferir a decisão mais equitativa em face de cada caso concreto e que os jurisconsultos inglêses não se cansam de realçar ainda a *certeza* e a *segurança* obtidas mediante o regime especial dos *precedentes vinculativos*.

Mas se a primeira vantagem é indubitável - abstraindo, por um momento, dos inconvenientes que lhe andam indissolúvelmente associados -, a segunda afigura-se-nos pelo menos altamente discutível.

Uma jurisprudência que se propõe vincular em termos de pura casuística, sem nenhuma tentativa séria de recondução das múltiplas decisões concretas proferidas aos princípios gerais e abstratos correlativos, além de oferecer fracas garantias de uniformidade e de realização da justiça relativa, tem necessariamente de deixar no espírito dos particulares as maiores dúvidas e incertezas sobre a sorte jurídica das suas relações.

Essas dúvidas vão-se naturalmente agravando à medida que os precedentes judiciais se vão acumulando, e têm forçosamente de ser bastante graves quando estes atinjam os números astronômicos referidos no livro de RADBRUCH.

Sobre uma jurisprudência casuística de tais proporções não é possível construir um direito certo e seguro. Tanto mais que para a regulamentação dos pontos não alcançados ainda por nenhum precedente vinculativo também o direito inglês carece de quaisquer diretivas pré-estabelecidas.

A jurisprudência, dentro de semelhantes moldes, poderá ser uma fonte de direito *necessária* ou *conveniente*, sobretudo em períodos de crise e em face de relações mal estudadas ainda na doutrina; mas, de qualquer modo, parece-nos sempre uma forma primária de regulamentação da vida social, que por isso mesmo deve ser utilizada apenas *provisória* e *subsidiariamente*.

Note-se que a circunstância de o direito continental não conhecer senão excepcionalmente (haja em vista o caso especial dos *assentos* do nosso Supremo Tribunal de Justiça) o regime dos precedentes judiciais vinculativos suscita também muitas divergências de interpretação entre os diversos magistrados e cria assim uma relativa incerteza do direito.

Mas, em compensação, o sistema tem o mérito apreciável de permitir que todos os magistrados, mesmo os situados na base da hierarquia judiciária, contribuam livremente para uma melhor interpretação e integração da lei e para o movimento progressivo da própria legislação. O quadro verbal da lei (sobretudo quando se aceite um método subjetivista de interpretação), aliado às

diretivas firmes traçadas para a integração do sistema, e ainda, no caso especial do direito português, ao regime dos chamados assentos do Supremo Tribunal, são, entretanto, o penhor suficiente da obtenção do mínimo de certeza e segurança necessário à regulamentação das relações sociais.

Eis aqui, muito sucinta e esquemáticamente traçadas, as razões por que não descremos inteiramente dos sistemas continentais e não comungamos assim no sentimento de cobiça com que muitos olham no momento presente, para o sistema anglo-saxônico. Não quer isto dizer que o estado atual de coisas, dentro daqueles sistemas, nomeadamente dentro do ordenamento jurídico português, se nos afigure plenamente adequado às reivindicações da nova época: estas parece aconselharem, na verdade, um maior retraimento do direito legislado, e, conseqüentemente, uma certa inflação dos setores cuja disciplina deve ser confiada à atividade integradora da jurisprudência, um alargamento do direito eqüitativo em prejuízo do direito estrito, uma utilização mais freqüente, em certos domínios pelo menos, daqueles conceitos cujo conteúdo é como que deixado em branco a fim de ser preenchido pelo julgador de harmonia com o condicionalismo próprio de cada época ou lugar, constituindo assim verdadeiras válvulas de permanente atualização de certos regimes jurídicos - tudo isso em termos cuja minuciosa dilucidação levaria aqui demasiado longe.

Mas, para tanto, nem se torna necessário deslocar da legislação para a jurisdição o primado da ordem jurídica, nem sequer, dentro do sistema português, se torna mister arvorar a jurisprudência em fonte de direito fora dos moldes em que, já agora, êle funciona como tal.²⁷

Não rematamos estas considerações sem esboçar também um aceno de simpatia pelo tradicional sentimento jurídico do povo britânico, retratado em meia dúzia de traços bem sugestivos por RADBRUCH e graças ao qual os inglêses se têm podido dar ao luxo de circunscrever a parte fundamental da sua ordem jurídica ao direito construído pelos tribunais. Tanto mais que êsse sentimento jurídico se não reflete apenas na disposição do inglês para lutar contra tôdas as violações do direito que atinjam, direta ou indiretamente, a sua personalidade: mais do que essa luta, cuja apologia foi magistralmente traçada por IHERING, é a compreensão e o respeito dos direitos alheios que melhor define, ilustra e exalta o sentimento do povo inglês.

Na base dêsse sentimento, a par de algumas características temperamentais próprias da raça britânica, estão, sobretudo, em nosso juízo, certos fatores de natureza social: primeiro, as excelsas virtudes cívicas que a aristocracia britânica tem sabido conservar e a influência educativa que, graças ao seu sólido prestígio, tem exercido sobre as classes mais modestas da população; segundo, a íntima convicção, propagada através das gerações, de constituir o *Common Law* um dos traços de união mais firmes do império britânico, quando a propósito nos recordemos da lição sempre atual de IHERING: "*Die Reaction des Rechtsgefühls der Staaten und Individuen ist da am heftigsten, wo sie sich in ihren eigenthümlichen Lebenabedingungen unmittelbar bedroht fühlen.*"

Mas sejam quais forem as causas reais do fenômeno, a verdade é que, sob êsse aspecto, pode o povo britânico servir realmente de modelo às nações do continente.

7. Só mais uma palavra de comentário sobre o capítulo relativo à formação do direito na Inglaterra, visto nada têmos para acrescentar às autorizadas e judiciosas considerações de RADBRUCH acêrca do pensamento jurídico inglês e visto ser naturalmente supérfluo tudo quanto pudéssemos dizer, no concernente ao último capítulo, sobre qualquer tentativa improvável de restauração do júri no processo criminal português, tão fresca se conserva ainda na memória de grande parte dos nossos juristas a recordação dêle, e tão certo é também não haverem sofrido de então para cá qualquer modificação sensível as condições justificativas da sua abolição, a principal das quais reside no baixo nível da instrução do nosso povo aliado ao seu forte sentimentalismo.

A idéia do Estado de direito, fundamentalmente consubstanciada no princípio de que os órgãos estaduais não devem agir discricionariamente, mas subordinados ao direito, respeitando certas prerrogativas fundamentais dos indivíduos e dos grupos, também encontra os seus reflexos no ordenamento jurídico português.

Se é meramente programática ou doutrinal a limitação da soberania do Estado português, através da moral e do direito, enunciada no art. 4º da Constituição Política, o mesmo não parece lícito afirmar, na verdade, em face da enumeração dos direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses, constante do art. 8º do mesmo diploma fundamental. Qualquer diploma

legislativo que viole alguns desses direitos, quer provenha do órgão legislativo por excelência, que é a Assembléia Nacional, quer provenha do governo, no uso das suas especiais prerrogativas de legisferar, é doutrinariamente inconstitucional, devendo os tribunais recusar assim a sua aplicação (art. 123 da Constituição Política).

O princípio da legalidade da administração - outro dos corolários fundamentais da mesma idéia - também goza entre nós duma tutela bem mais eficaz do que a resultante das antigas e precárias garantias políticas e administrativas. A sua observância é fiscalizada por um verdadeiro *contencioso* administrativo, com amplos poderes de decisão: e não é a simples circunstância de semelhante fiscalização não estar entregue, como na Inglaterra, aos tribunais comuns, que constitui, só por si, uma garantia menos sólida contra os arbítrios ou ilegalidades da administração. Se os tribunais administrativos funcionarem - e funcionam realmente - como verdadeiros órgãos judiciais,²⁸ e não como meros órgãos da administração, e se o preenchimento dos seus quadros se realizar em termos da maior objetividade, o fato de se tratar de juízos especializados só pode afinal contribuir para uma fiscalização mais perfeita do princípio da legalidade.

No tocante à magistratura, é que a situação difere radicalmente da Inglaterra para o nosso país.

A magistratura e a advocacia constituem entre nós classes absolutamente distintas; por outro lado, embora gozem da maior independência nos seus juízos, a verdade é que os magistrados têm o seu ingresso em vários lugares (alguns de importância fundamental na organização judiciária portuguesa) dependente de nomeação ministerial - e esse fato pode bem servir para tirar indiretamente ao poder judicial a independência que, em todos os casos, êle devia usufruir perante o Executivo, até paia seu maior prestígio em face dos particulares.

Quanto às relações futuras do *Common Law* com o *Statute Law*, afiguram-se-nos infundadas algumas das previsões de RADBRUCH.

Ao contrário do ilustre escritor alemão, nós consideramos como bastante provável que o comando das operações, dentro da ordem jurídica britânica,

transite realmente para as mãos do Parlamento e nelas se conserve durante algum tempo.

De fato, o chamado direito social, se não é um sinal, profundo dos tempos atuais, constitui pelo menos uma das bases indispensáveis à realização do programa político-social do Partido Trabalhista e que os seus parlamentares não-de, portanto, esforçar-se por assentar enquanto se mantiverem no poder; por outro lado, é para nós ponto assente a incapacidade do *Common Law*, atentas as razões oportunamente produzidas, para realizar uma reforma jurídica com a envergadura, a profundidade e a urgência requeridas por aquele Partido.

Mas, apesar disso, não consideramos esta provável missão do *Statute Law* como uma espada de Dâmocles apontada sobre o *Common Law* e muito menos sobre os princípios em que fundamentalmente se substancia a idéia do Estado de direito.

Por um lado, tal como ÁLVARO D'ORS - que para o efeito se louva, muito acertadamente, na lição sugestiva do direito romano, através das duas crises graves que êle atravessou - também nós supomos que todo êste fenômeno, quase universal, da chamada "crise do direito civil" não é senão a primeira fase do processo de gestação dum novo direito civil. Pela fôrça das circunstâncias, é o Parlamento inglês que parece predestinado para erguer, dentro da Grã-Bretanha, as linhas mestras do novo sistema, tal como em crise paralela, muito anterior, tarefa semelhante terá, sido deposta nas mãos do *Court of Chancery*.

Mas logo que os novos princípios se achem devidamente formulados e tenham ganho algumas raízes na legislação, a ponto de o *Common Law* já oferecer fundadas esperanças de poder assimilá-los, é muito lícito supor que este readquira gradualmente a posição de relativa preponderância por êle ocupada, até há pouco, dentro do sistema britânico.

Por outro lado, mesmo que esta inversão de posições entre o *Common Law* e o *Statute Law* fôsse duradoura, e não representasse um episódio efêmero dentro da vida jurídica do povo britânico, não seria caso de julgar em perigo mortal a idéia do Estado de direito.

Pelo contrário.

O predomínio do *Statute Law* traduz afinal a supremacia político-jurídica do órgão (Parlamento) que, pelo seu processo de constituição, mais perto se encontra daqueloutro elemento (vontade geral da nação) que para os homens do Iluminismo - entre os quais se conta MONTESQUIEU - é o legítimo detentor da soberania. Quer isso dizer, portanto, que, dentro da fundamentação rousseauiana (democrática) da soberania, o declínio do *Common Law*, que tanto preocupa os juristas britânicos, só traduz, no fundo, um revigoramento do Estado de direito. Ponto é que o *Statute Law* respeite ainda os direitos verdadeiramente fundamentais da pessoa humana.

João Varela, advogado em Portugal.

Notas:

* "O espírito do direito inglês".

** **N. da R.:** Publicado no "Boletim da Fac. de Direito da Universidade de Coimbra", 1950, vol. XXVI, págs. 227 e segs.

1 A personalidade científica de RADBRUCH e o enquadramento da sua obra dentro do complexo movimento filosófico-jurídico da Alemanha dos nossos dias acham-se ricamente traçados pelo Prof. CABRAL DE MONCADA, no prefácio à "Filosofia do Direito", vertida para o nosso idioma pelo mesmo professor.

2 Haja em vista os vários estudos referidos no final do livro de RADBRUCH e alguns outros, cuja notícia nos tem sido dada pelas recensões do "Archiv für de civilistische Praxis" (v.g., HEINRICH HILEBRAND, "Einführung in das Bürgerliche Recht Englands", apreciado no vol. 150, 1948, pág. 94).

3 O prestígio, científico do novo Código foi indiscutivelmente um dos fatores que mais contribuíram para a doutrina e jurisprudência aceitarem por largo espaço de tempo, com verdadeiro **parti-pris**, a ausência de lacunas do

sistema. Isso a par também do estado de euforia econômica vivida pela sociedade germânica de então e que nem a guerra de 14 abalou seriamente.

A lei civil foi assim considerada, durante um período apreciável, como uma espécie de **Deus ex machina** capaz de dar ao julgador, por meio da clássica subsumção lógico-silogística, a regulamentação exaustiva de todas as relações jurídicas. Por isso, pôde ISELE ("Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch" no "Archiv für die civilistische Praxis", 150, pág. 10) afirmar, até certo ponto com razão, não ser o Cód. Civil um filho do positivismo, mas sim o positivismo um produto do Cód. Civil ("So gesehen ist nicht das B. G. B. ein Kind des Positivismus, sondern der Positivismus ein Kind des B. G. B.").

4 As profundas transformações de índole econômico-social que estão na base desta convulsão (tais como a transformação da economia rural numa economia vincadamente comercial e industrial, a intensidade crescente do urbanismo, a criação das grandes empresas industriais, a insatisfação das classes trabalhadoras, a agudeza da questão social, a expansão do marxismo, etc.) vinham já bastante detrás (cfr. ISELE, art. cit., págs. 4 e segs.); mas foi a derrota militar e sobretudo a crise econômica posterior que criaram o **clima emocional** e a **crise de autoridade** do poder constituído propícios à evolução.

5 De um "**regresso no direito natural**" falam alguns autores para caracterizar êsse movimento (cfr. FEDERICO DE CASTRO, "Derecho civil de España", Parte general, 1949, pág. 25); outros, parafraseando uma frase de WINDSCHEID, bastante em voga durante certo tempo ("Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt"), puderam também afirmar que "der Traum des positiven Rechts ist ausgeträumt" (cfr. WALTHER SCHÖNFELD "Der Traum des positiven Rechts", no "A. Z. P.", 135, págs. 1 e segs.).

Todavia, como fundo verdadeiramente comum dêsse movimento de idéias, cumpre apenas registrar o despertar da crença numa série de princípios eternos e universais, pairando para além ou acima dos diversos sistemas positivos, no mundo ou na esfera das realidades espirituais: só isso e não o renascimento, puro e simples de qualquer dos "jusnaturalismos" anteriores à demolição iniciada pela escola histórica, nem sequer a aceitação universal de ser o **direito natural**... um verdadeiro **direito**, por mais paradoxal que a idéia

oposta se nos afigure à primeira vista. (cfr., a propósito, CABRAL DE MONCADA, "O problema do direito natural no pensamento contemporâneo", "Bol. Fac. Dir.", XXV, páginas 261 e segs.).

6 A transição das concepções **normativistas** do direito, imperantes ainda nos começos do século, para as concepções acentuadamente **decisionistas** e **institucionalistas**, que com tanta veemência se afirmaram pouco tempo depois, parece estreitamente relacionada com a profunda revolução operada no problema da crítica do conhecimento, designadamente com o fenômeno a que alguns autores sugestivamente chamaram verdadeiro **regresso ao irracionalismo** (v. Professor EDUARDO CORREIA, "Unidade e pluralidade de infrações", págs. 58 e segs. e a vasta bib. aí cit.): de fato, se o desencantamento da norma exprime um voto de desconfiança contra a **ratio legislatoris**, contra o pensamento lógico-abstrato, o culto restaurado da **decisio** traduz, em grande parte, uma manifestação de aprêço pelas **fôrças intuitivas**, pelos **sentimentos** ou pela **lógica emocional** que o solo vivo e direto lançado à coneciência do julgador pelo mas concreto é suscetível de pôr em jôgo; tal como e **ordinalismo concreto**, por exemplo, assenta sobre uma consideração paralela de aprêço pelo **processo intuitivo e emocional** que a integração do julgador no espírito de cada **ordem concreta** é capaz de desencadear.

7 O receio dêsse colapso - fundado na importância assumida, durante os últimos anos, pelo chamado **Statute Law** e nas profundas alterações introduzidas por êle no espírito liberal e individualista do **Common Law** - obedece, como veremos, a uma idéia reacionária e a um vaticínio històricamente infundado.

8 Se, como escreve ÁLVARO D'ORS ("Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano", 1943, pág. 20), "o jurista não deve aplicar a sua ciência a uma defesa reacionária de velhas fórmulas; mas à construção inteligente das novas", também é certo que, para esta construção ser, de fato, inteligente, o jurista deve ter bem presentes as especiais dificuldades com que a máquina do direito se move dadas as íntimas relações existentes entre as suas múltiplas peças, bem como a importância fundamental que os valores da certeza e da segurança jurídica assumem para os particulares, donde resulta para ele o dever de colaborar apenas nas alterações que, com fundadas

esperanças, representem um progresso apreciável em face do estado de coisas atual.

9 RADBRUCH não deixa, porém, de referir num outro lugar a circunstância curiosa de o conceito do direito objetivo ser traduzido por um termo (**law**) que deriva imediatamente da lei: isto num país em que o direito formulado vive predominantemente em decisões judiciais e não em leis.

Para tanto, alvitra RADBRUCH a idéia de que talvez nos primórdios do **Case Law**, o termo **law** tenha servido para acentuar enfaticamente o pensamento de que as decisões judiciais se equiparavam, em força vinculativa, às *leis* emanadas do Rei.

10 O sentimento jurídico do povo britânico pode, de certo modo, considerar-se como uma relação notável de equilíbrio entre o sentido da comunidade (o sentimento social) e o sentimento da liberdade individual. A divisória entre ambos é extraordinariamente delicada, muito difícil de apreender para um estrangeiro, mas extraordinariamente precisa, quer nos usos, quer no direito britânicos.

11 A rubrica do processo será, neste último caso, "**Rex contra Smith**", tal como em qualquer outra ação seria "**Miller contra Smith**".

12 Apesar de mudar com a regência do **Partido** que se acha no poder, o **Lord Chancer** goza duma larga independência no exercício das suas funções.

13 O grande jurista inglês COKE pretendeu ainda subordinar, de certo modo, o Parlamento e a legislação ao **Common Law**, declarando não vinculantes as leis que violassem o direito e a razão, mas abandonou mais tarde essa idéia em benefício da soberania do Parlamento.

14 Dêsse documento constitucional importa sobretudo salientar, pela alta importância que assumem na ordem jurídica americana, os direitos fundamentais consagrados nos seus "**amendments**".

15 O **Supreme Court**, de Washington, pode apontar-se sem receio como o tribunal de mais latos poderes em todo o mundo. A sua missão consiste não só em tutelar, mas também em aperfeiçoar a Constituição, constituindo algumas das suas decisões verdadeiras contribuições políticas em forma jurídica. Só desta forma se explica, por exemplo, que a jurisprudência desse tribunal tenha conseguido assimilar progressivamente o espírito **social** da legislação moderna dos Estados singulares, a qual durante algum tempo foi considerada inconstitucional, com numa interpretação rigorosamente liberal dos tais direitos fundamentais.

A luta a favor do novo direito social dentro do **Supreme Court**, foi especialmente conduzida e orientada pelo "**great dissenter**" OLIVER WENDEL HOLMES (1841-1935).

16 Os precedentes são colecionados nos numerosos volumes dos **law reports**. Já em 1916 a Biblioteca da **Harvard Law School** possuía 6.540 volumes de "**reports**" britânicos, acrescidos de 3.325 canadenses e 3.325 australianos e de outros domínios, e de 13.350 nos volumes de **reports** americanos, num total, portanto, de 23.215 volumes.

Não surpreende, por isso, que nos E. U. esteja em curso uma espécie de codificação privada do direito judicial (com os chamados **restatements**), empreendida pelo Instituto Jurídico desde 1923.

17 Há, todavia, um outro traço fundamental do direito inglês que, em certo aspecto, contraria o seu mais íntimo contato com a realidade. O **Case Law** é efetivamente, um direito judicial, isto é, um direito formado apenas sobre os litígios suscitados entre os particulares e não um direito constituído em paz. Ora, é certo que a tal **natureza das coisas**, com um papel vincado na formação do **Case Law**, deve ser, sistematicamente surpreendida através das ordens ou das instituições pacíficas nas quais o direito ganha forma e côr dentro da vida social.

Mas uma coisa é tomar o direito judicial essas **instituições pacíficas** como ponto de referência só para proferir a decisão deste ou daquele litígio, e outra coisa, muito diversa e bem mais próxima da realidade, é o

tomarmos nós as mesmas instituições, nas leis ou nos sistemas, como objetos primários da formulação e da exposição do direito.

18 Não a segurança contra possíveis violações jurídicas, a segurança **através** do direito, esclarece RADBRUCH; mas a **segurança do próprio direito**.

19 "Um direito seguro, como escreve SIR MATTHEW HALE (1609-1676), tem o inconveniente de muitas vezes as pessoas ou as coisas terem de sofrer o rigor duma lei inflexível, mas umas e outras sofreriam incomparavelmente mais com os inconvenientes duma lei arbitrária e incerta".

20 Trata-se do célebre caso do Iacht Mignonette, julgado em 1884.

21 Vide, a propósito, MANUEL ANDRADE "Evolução do direito privado português", no "Bol. Fac. Dir.", XXII, págs. 290 e segs.

22 É certo que, no preenchimento das lacunas, o julgador deve, segundo a orientação mais divulgada na doutrina portuguesa, começar por formular, previamente, a regra (geral e abstrata) que há-de servir de premissa maior à decisão concreta e individual proferida - posição que bem pode louvar-se não só no fato de claramente se ter afastado a equidade como fonte de direito, mas também na circunstância de, em vez dela, se ter remetido para os princípios do direito natural.

E nesse aspecto poderia dizer-se que o jul cria **previamente** direito, que o juiz age afinal verdadeiro legislador.

Todavia, ao contrário do que acontece com grande parte das decisões dos tribunais britânicos e que sucede mesmo com os nossos **assentos**, o preceito inventado para o caso pelo julgador não de goza de **vis obligandi**. Por essa razão se afirma que a jurisprudência não funciona mesmo em semelhante como verdadeira **fonte de direito**.

23 A afirmação vale, nos termos acima expostos, para os casos em que o julgador é chamado a integrar as lacunas do sistema. E vale ainda para o caso especial dos assentos, proferidos pelo nosso Supremo Tribunal de Justiça.

Na verdade, se o § 1º do art. 768 do Cód. de Proc. Civil prescreve ao Supremo o dever de lavrar **assento** mesmo quando a resolução do conflito de jurisprudência suscitado careça de utilidade para o caso concreto em litígio, é porque o **assento**, ultrapassando a hipótese **sub judice**, tem naturalmente de ser lavrado em termos gerais (cfr. ALBERTO DOS REIS, "Código de Processo Civil Anotado", comentário ao art. 768).

24 Por outro lado, a tal idolatria da **norma positiva** leva muitas vezes a incluir dentro do seu **espírito** soluções que não estiveram no pensamento do legislador, embora possam justificar-se através da analogia ou de outros processos de integração (cfr. ISELE, est. cit., pág. 10).

Entre nós, é particularmente significativa neste aspecto, como observa o Prof. MANUEL ANDRADE (est. cit., pág. 290), a interpretação dada por muitos autores ao art. 16 do Cód. Civil, segundo a qual os princípios do direito natural aí referidos não seriam senão os princípios do direito positivo.

25 Vide EDUARDO CORREIA, ob. cit., págs. 63 e segs.

26 Se o direito é, como escreve o próprio RADBRUCH ("Filosofia do direito", I, trad. cit., pág. 52), um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores, a primeira e principal tarefa mesmo do jurista prático consistirá sempre em descobrir individualizar os valores aos serviços dos quais tal norma ou instituto deve ser ou foi realmente criada.

27 Num sentido muito diverso, ÁLVARO D'ORS (ob. cit., págs. 20 e segs.). O ilustre romanista, considerando o período atual como um momento de crise e de particular instabilidade jurídica, apela convictamente para um sistema de concessão de ações, como o único possuidor da juventude e animado da fôrça criadora capazes de corresponder às profundas transformações econômico-sociais da nossa época.

Nada, portanto, de codificação, a qual marca sempre a fase da senilidade do direito, quando não a morte dum sistema jurídico.

Ora, antes de mais, é pelo menos muito discutível a senilidade e o esgotamento duma codificação, como a bizantina por exemplo, que, não obstante todos os seus graves defeitos se manteve como diploma básico da vida social dos mais diversos povos durante um período de **treze séculos**.

Depois importa frisar, para não cairmos em pura **idolatria** das palavras que as "crises" do pensamento humano, seja qual fôr o setor em que se refletem, longe de traduzirem um rompimento brusco com o passado, representavam quase sempre o t ermo ou a fase culminante (muitas v ezes apenas acelerada ou precipitada por quaisquer acontecimentos históricos especiais) dum processo lento de evolu o das idéias, desenvolvido   margem ou em luta com certas formas de pensamento até então dominantes: muitos materiais  , portanto, possível salvar para o futuro, e muitas embarca es novas se acham já construídas, prontas a singrar no mar das novas idéias, quando estas irrompem com tôda a pujança.

Quer isto dizer, regressando ao setor especial do direito, que mesmo nos tais períodos de crise, além de podermos conservar muitas das regras antigas, também   possível - e conveniente - dar desde logo   sociedade umas tantas novas regras que o estudo e a experiência tenham, entretanto, amadurecido já quer na jurisprudência, quer na doutrina. O mal não está, dentro desta ordem de considera es em legislar ou em codificar, **pura e simplesmente**: está antes em legislar demasiado sem conta nem medida, sem prudência nem parcim nia, em tudo queres meter na letra da lei e na forma dos códigos.

28 CARLOS MOREIRA, "O princípio da legalidade na administra o", no "Bol. Fac. Dir.", XXV, pág. 398, nota 1.

*

REVISTA DE REVISTAS

Nacionais

ARQUIVO JUDICIÁRIO - D. F., vol. CI, fascs. ns. 5 e 6, março de 1952 - "Felício dos Santos e a codifica o civil", *Alfredo Valadão*; "A lei do mandado

de segurança, sua inteligência e suas deficiências", *João de Oliveira Filho*; "Ângulos do problema da fixação da pena privativa da liberdade", *Eduardo Galo*; "Savigny. Os interditos e as estipulações processuais", *Vieira Ferreira*; "O empréstimo compulsório pode ser exigido dos juizes?", *Oto Prazeres*; "O direito do docente livre ao exercício da cátedra, nos casos de impedimento do catedrático ou de vacância da cadeira", *Ivam Leite de Magalhães Pinto*; "O empréstimo compulsório, a irredutibilidade dos vencimentos dos juizes e a sua inconstitucionalidade para os cidadãos em geral", *João de Oliveira Filho*; "Direito do Trabalho", *Fernando Dourado de Gusmão*. Jurisprudência. Pareceres. Registro bibliográfico.

*

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO - D. F., vol. 26, outubro-dezembro de 1951 - "Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público", *Oswaldo Aranha Bandeira de Melo*; "Direito Administrativo e Direito Privado", *Rui Cirne Lima*; "Ensaio sobre o Direito Fiscal", *Louis Trotabas*. Jurisprudência. Pareceres. Notas e comentários. Bibliografia. Legislação.

*

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO - Rio, ano V, vol. XIII, nº 25, janeiro-fevereiro de 1952 - "Imissão de posse e promessa de venda de imóvel", *Salvador Thevenard*; "Da prenotação no Registro de Imóveis - Seus efeitos", *Valdemar Loureiro*. Jurisprudência. Pareceres. Legislação. Atos e decisões administrativas. Informações.

*

REVISTA DOS TRIBUNAIS - Salvador, vol. 45, nº 1, janeiro e fevereiro de 1952 - "Da instância. Conceito, duração, incidentes", *J. Calmon dos Passos*; "Os supremos aplicadores da lei. Suas funções e suas responsabilidades nos tempos presentes", *Mário Guimarães*; "O juiz e a lei", *Mário Figueiredo Barbosa*. Jurisprudência. Pareceres e estudos. Legislação. Notas e informações.

*

Estrangeiras

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE MÉXICO - México, D. F. (México), ano V, nº 13, janeiro-abril de 1952 - "Preocupaciones y directivas fundamentales del Derecho procesal contemporáneo", *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*; "Apuntes sobre Derecho azteca", *Alfonso Gonzalez Rodriguez*; "El juicio de peligrosidad", *Julián Calvo Blanco*. Legislação. Bibliografia. Revista de revistas. Informação.

*

REVISTA DE DERECHO PUBLICO Y PRIVADO - Montevideú (Uruguai), ano XV, tomo XXVIII, nº 166, abril de 1952 - "Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo", *Aparicio Mendez*; "Leyes de impuestos de herencias y donaciones. Su defraudación. Sistema actual y sus inconvenientes. La necesidad de su reforma", *Álvaro A. Pacheco*. Seção jurisprudencial.

*

BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Lisboa (Portugal), nº 29, março de 1952 - "Fundamentos de Direito Natural", *Antonio Truyol y Serra*; "Da perfilhação por menores (Ensaio de doutrinação jurídica)", *Fernando Tavares de Carvalho*. Despachos. Pareceres. Jurisprudência. Bibliografia.

*

INFORMACIÓN JURIDICA - Madri (Espanha), nº 108, maio de 1952 - "La evolución constitucional de Cuba 1812-1952", *Manuel Fraga Iribarne*; "De la fiducia a la hipoteca mobiliaria", *Antonio Rios Mosquera*. Estudos e informações. Noticiário. Bibliografia. Revista de revistas.