

DE LEGIBUS ET DE CONSUEUDINIBUS ESTUDOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO NA INGLATERRA

Luiz Inácio Vigil Neto*
Tassiane Andressa Wiprich**

Sumário: Introdução. 1 A Pré-história Jurídica e a Antiguidade Clássica do Direito Inglês (5000 AC – 1066 AD). 1.1 O Direito Celta. 1.2 O Direito Antigo. 1.2.1 O Direito Romano na Britânia. 1.2.1.1 O Contexto Geopolítico. 1.2.1.2 *Ius Civile Romanorum*, *Ius Gentium* e os Direitos Locais. 1.3 O Direito Anglo-Saxônico na Aeng Land. 1.3.1 Contexto Geopolítico. 1.3.2 A Ocupação Geográfica e Civilizatória. 1.3.3 O Sistema Jurídico. 1.3.3.1 A Formação do Sistema Law. 1.3.3.2 A Influência Romano-Cristã no Sistema Law. 2. Direito Moderno: Direito Anglo-Saxo-Normando (1066-1603). 2.1 O Contexto Geopolítico da Inglaterra no Século XI. 2.2 O Sistema Common Law/Equity Law. 3. A Constitucionalização do Sistema Jurídico Inglês (1215-1689). 3.1 O Poder Absoluto do Rei e o Controle Político do Parlamento e do Poder Judiciário. 3.2 O Acordo Político entre o Rei e o Parlamento. 3.3 A Supremacia do Parlamento e Independência do Poder Judiciário. 4. A Modernização do Sistema Jurídico (1832-2005). Considerações Finais e Conclusões.

Resumo: Este ensaio é um trabalho de historicismo jurídico. Ele visa a discutir, em uma perspectiva evolutiva, os diferentes sistemas de Direito vigentes ao longo da História inglesa. Os seres humanos, enquanto vivem entre seus iguais, precisam de sistemas legais qualificados para harmonizar as relações sociais que vivenciam. Nesses termos, os sistemas jurídicos são elementos fundacionais nas sociedades civilizadas. Entretanto, nas sociedades modernas somente sistemas constitucionalistas sob a égide do Estado de Direito e comprometidos com os direitos civis, individuais e fundamentais são capazes de garantir um Estado voltado ao bem-estar social. Neste texto, será examinada, através desse longo caminho histórico, a formação do sistema jurídico inglês e a sua consolidação como um sistema constitucionalista de Direito.

Palavras-chave: Historicismo jurídico. Pré-história jurídica. História jurídica. Direito Celta. Direito Romano. Direito Anglo-Saxão. Direito Canônico. Princípio da personalidade. Princípio da territorialidade. Talião. Leis de Aethelbert.

* Procurador de Justiça – Ministério Público/RS. Ex-Diretor da Revista do Ministério Público/RS.

** Advogada.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 70	set. 2011 – dez. 2011	p. 241-287
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

Common Law. Equity Law. Trial by Jury. Trial by Ordeal. Trial by Battle. Remedies precede rights. Writs. Constitucionalismo. Magna Carta. King over Parliament. King and Parliament. King in Parliament. Petition of Right. Bill of Rights. Habeas Corpus.

Abstract: This essay is a work of historical school of jurisprudence. It aims to discuss, in an evolutionary perspective, the different applicable systems of laws along the English history. Human beings, while living among equals, need qualified systems of Law to harmonize their social relations. In such terms, legal systems are foundational elements of the civilized societies. Nevertheless, for modern societies, only constitutional legal systems under the rule of Law, in respect to civil, individual and fundamental rights are able to guarantee a welfare state. In this essay, it is going to be examined through its long historical path, the formation of the English legal system and its consolidation as a constitutionalist system of Law.

Introdução

O tempo da História é um tempo que descreve o contínuo e inesgotável processo de ocupação dos espaços geográficos por seres vivos, antes mesmo da existência da própria humanidade. A humanidade, entretanto, diferentemente das formas de apropriação e apossamento por outros seres, ocupa os espaços geográficos através de um processo civilizatório.

A ocupação civilizatória não se resume a atos físicos praticados coletivamente por diversas individualidades humanas, traz consigo o estabelecimento de instituições essenciais ao grupo humano, transformando o espaço geográfico em um espaço geosocial.

O espaço geosocial é fundado em relações humanas, familiares, religiosas, culturais, políticas e econômicas. Essas relações, contínuas e inesgotáveis, necessitam de diretrizes civilizatórias de ordenação e coordenação, tarefa realizada pelo sistema legal.

Se o tempo da História descreve cronológica e evolucionariamente toda e qualquer ocupação de espaços geográficos, mesmo as ocupações antecedentes à humanidade, o tempo do Direito descreve os aspectos da ocupação civilizatória realizada pela humanidade.

Os sistemas jurídicos têm por origem, essência e finalidade uma relação intrínseca com a humanidade, analisada sob o ponto de vista das relações individuais e coletivas. Não se concebe, no estudo da História do Direito, períodos de tempo que não sejam períodos sociais. Escrever sobre um sistema jurídico é procurar decifrar a complexa relação política, religiosa e cultural de um povo e sua alocação nas coordenadas de tempo e espaço sociais.

A história da ocupação civilizatória dos espaços geográficos da porção insular situada na região hoje chamada Inglaterra possui mais de cinco mil anos. Integra essa história civilizatória, a história de sistemas ordenatórios e

coordenatórios das regras de vivência social ao longo dos diversos ciclos humanos de ocupação social do espaço geográfico.

O plano de estudo deste trabalho será dividido em quatro eixos:

- (1) descrição histórica dos sistemas jurídicos precedentes à *common law*, da pré-história jurídica à antiguidade jurídica inglesa, clássica e medieval;
- (2) a formação do sistema *common law*, incluindo a *equity law*;
- (3) a edificação do sistema jurídico inglês sob a égide do princípio constitucionalista do Estado de Direito;
- (4) a modernização no século XIX e as tendências para os séculos XX e XXI.

1 **A pré-história jurídica e antiguidade histórica do direito inglês (5000 ac-1066 ad)**

1.1 O direito celta

“Um Direito Impregnado de Religião...”

Em concordância com o pensamento de Gilissen, há uma distinção entre a pré-história e a história do Direito que se traduz na capacidade de produção jurídica e de julgamentos por povos com e sem o conhecimento da escrita.¹

A colonização pré-histórica do território insular refere, como marco temporal, a Idade do Bronze, quando diversos povos, com predominância dos celtas, estabeleceram-se nas ilhas.

Nenhum registro documental existe sobre esse período em virtude desses povos desconhecerem a escrita, situando o Direito Celta na pré-história do Direito Inglês.

Os celtas não constituíram um Estado, não sendo conhecido, inclusive, o termo como denominavam os seus assentamentos. A informação designativa desse território provinha da indicação de outros povos que nessa época já faziam uso da escrita e tinham o costume de manter registros documentais.

Em geral e contrariamente ao modo adotado nos dias atuais, os lugares fora das fronteiras territoriais eram muitas vezes reconhecidos pela identificação de seus habitantes.²

A referência latina decorre da divisão linguística entre os celtas insulares: (1) o *Goidel*, falado pelos que habitavam o território da Irlanda e da Escócia, que evoluiu para o termo “gaélico” e (2) o Brythonic, dialeto falado pelas tribos que originariamente habitavam as partes centro e sul da ilha. Os

¹ Gilissen, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª Ed., p 32, 2003.

² Os gregos, por exemplo, chamavam o território insular de *Albion*, em virtude de identificarem os celtas como *albiones*.

romanos, em virtude de sua posição geográfica, tinham mais familiaridade com este grupo. Do termo Brythonic, a expressão referencial latina adequada foi *Brittanvs*, maneira pela qual tratavam os habitantes da ilha. Com as invasões e posteriormente com a conquista, a ilha tornou-se uma província romana que passou a ser chamada *Brittania*.³

Conforme as indicações romanas, os celtas viviam em assentamentos modelados em grupos tribais dispersos pelo território sem uma identidade nacional ou sob uma única liderança militar.

Ainda que oriundas de uma base comum, costumeira e mística, a cultura e as relações sociais variavam entre os diversos assentamentos, sem a possibilidade de uma uniformização significativa, em virtude da escassez de meios de comunicação.

Mas, em termos gerais, as estruturas sociais de poder dividiam-se basicamente em uma composição trinária:

- (1) uma estrutura social baseada na ancestralidade familiar, em cujo redor orbitavam as relações pessoais;
- (2) uma estrutura política que se misturava fortemente com a estrutura militar, cujo exercício de poder era delegado ao chefe tribal, apoiado pelos clãs de maior importância social;
- (3) uma estrutura religiosa que controlava a assimilação de valores morais e da cultura popular, representada pelos druidas cuja alocação com os deuses os legitimava ao exercício do poder adjudicatório.

Para os sistemas de pré-história jurídica, a mistificação religiosa do Direito reduzia-no, em relevante amplitude, a um sistema de caráter punitivo fundado na simplificada relação entre o bem e o mal e na aplicação igualitária das medidas reparatórias que se expressavam no conceito de talião.

A *ratio* jurídica dos julgamentos fundava-se na divindade que se expressava na vontade dos deuses transmitida e revelada aos druidas para ser aplicada pelo chefe militar ou pelo chefe do clã.

O Direito dos druidas expressava aos humanos a vontade dos deuses e, por força dessa mistificação e sacralização, permitia à elite religiosa uma incontestável liberdade de ação e de modelação da estrutura moral celta. O uso das estruturas normativas pelos druidas baseava-se na idéia de um sistema casuístico, apoiado em verdades ancestrais, que permaneciam imutáveis ao longo do tempo justificadas pela vontade dos deuses e revelada aos druidas a quem lhes era reconhecida a exclusiva legitimidade para interpretação. Em outras palavras: “Um Direito impregnado de religião”.⁴

³ Snyder, Christopher. *An Age of Tyrants – Britain and the Britons*. The Pennsylvania State University Press, 1ª ed, p. 67, 1998.

⁴ Gilissen, John. Op. Cit, p. 35.

1.2 O direito antigo

1.2.1 O direito romano na *britannia*

1.2.1.1 Contexto geopolítico

No contexto geopolítico europeu do primeiro século anterior ao nascimento de Jesus Cristo, os *britannii* não desempenhavam um papel de maior relevância. A política internacional se desenvolvia em outras regiões: ao sul, ao oeste e a leste, e os britânicos estavam alheios a tudo isso.

Ao final do primeiro triunvirato,⁵ Julio Cesar, já não mais cônsul no Senado romano, mas governador da província da Gália enfrentava uma rebelião das tribos celtas que se opunham à dominação romana.⁶ A proximidade geográfica, a identidade cultural e religiosa, além do intercâmbio comercial com os celtas da Bretanha permitia aos celtas da Gália manterem-se resistentes à tentativa romana de subjugação.

Ainda que não participassem ativamente da luta, o apoio que davam aos gauleses tornava os bretões inimigos dos romanos. Diante disso, Cesar ordenou uma expedição punitiva ao território britânico entre os anos de 55 e 54 AC.

A invasão de Cesar ao território britânico, ainda que vitoriosa, não representou uma conquista, pois a rebelião gaulesa, que naquele momento passava a ser liderada por um líder nacional, o averno Vercingetórix, ainda não estava sob total controle. Isso fez com Cesar mantivesse a sua atenção voltada para o continente e não para a ilha.

Tendo que retornar à Gália para um embate final com Vercingetórix, ocorrido em Alesia no ano de 52 AC, Cesar deixou a ilha sem tê-la subjugado completamente. Diante disso, propôs uma situação diversa à política executada na Gália. A Bretanha não se tornaria uma província, administrada por um governador romano, mas um território livre, na condição político-jurídica de *civitates liberae*,⁷ com autonomia política e jurídica, porém sob a fiscalização e controle romano tanto nos assuntos externos quanto internos.

⁵ O Triunvirato foi um acordo político de mútuo apoio celebrado entre os três principais políticos romanos (Julio Cesar, Cneo Pompeu e Marco Crasso) que vigorou entre 63 – 52 AC.

⁶ Não é possível afirmar que toda a Gália lutava contra um inimigo comum. O espírito de identidade nacional não era conhecido por esses povos que se reuniam sob lideranças tribais. Essa era uma circunstância que os romanos invariavelmente se aproveitavam, dentro do princípio de estratégia de política internacional: desunir para subjugar. Desse modo, muitos chefes tribais gauleses posicionavam-se ao lado dos romanos.

⁷ Santos Justo, Antonio. **Direito Privado Romano vol. I.** Coimbra. *Studia Iuridica* – Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra Editora, p. 73, 2003.

A concessão do status de *civitate liberae* garantia não apenas a autonomia política aos bretões, mas a manutenção do sistema jurídico vigente na ilha, desde que fosse aceita sua submissão aos interesses comerciais romanos, além do pagamento do *stipendiarii*.⁸

Dessa forma, no período relativo entre a primeira e a segunda invasão romana (55/54 AC- 43 AD), nas relações privadas internas entre os *britanni*, o sistema legal era ainda o Direito celta, em sua total plenitude.

O acordo político de mútua tolerância e cooperação entre romanos e bretões sofreu o seu primeiro abalo durante o período do imperador Calígula.⁹ De acordo com a História, posteriormente adaptada para a dramatização por William Shakespeare na peça *Cimbelinus*, o rei dos Catuvellauni expulsara o seu filho, afastando-o da linha sucessória. Em desespero, procurou o imperador pedindo apoio romano para a sua causa, oferecendo em troca um ato de formal submissão, caso conquistasse a coroa.

Calígula interessou-se pela proposta, conforme a História, mais por diversão do que por um interesse geopolítico claro e definido. Contudo, no último momento, desistiu da idéia, revoltando as legiões que já se encontravam prontas para a invasão.

A conjura planejada pela Guarda Pretoriana¹⁰ que culminou no assassinato do imperador elevou imediatamente ao trono seu tio Claudio. O novo imperador acreditava que somente uma vitória militar convincente render-lhe-ia a admiração e confiança das legiões que a partir da rebelião contra Calígula, passavam a desempenhar um papel relevante na política romana.

A invasão e conquista da Bretanha demonstrou-se como a solução mais óbvia para o novo imperador, especialmente após a morte de Cimbelinus, rei dos Catuvellauni, cuja sucessão por seus filhos Caratacus e Togodumnus deu início a um período de hostilidade contra os reinos aliados aos romanos, gerando uma instabilidade nas relações geopolíticas entre o império e a ilha.

A campanha iniciada em 43 AD, em sua curta duração, demonstrou-se desigual. A resistência britânica esvaziava-se na falta de uma identidade nacional, que impedia aos celtas lutarem por uma causa única.

Os romanos, além de constituírem-se em uma força militar superior, aproveitavam-se do fato que os soldados bretões eram ao mesmo tempo

⁸ Tributo anual cobrado pelos romanos.

⁹ Ainda que pela História tenha sido assim consagrado, Calígula era um apelido dado pelos legionários romanos em virtude das sandálias militares (*caligas*) que usava quando criança, seu verdadeiro nome era *Gaius*.

¹⁰ A Guarda Pretoriana foi uma criação de Octavio Augusto, que transformou a Legião I em guarda protetiva ao imperador e, nessa condição, autorizada a entrar no território da cidade.

camponeses e responsáveis pela alimentação dos assentamentos e, dessa forma, deixavam o campo de batalha para dedicar-se à colheita, enfraquecendo numericamente as forças defensivas.

Junto com a ação militar, a ação diplomática romana se fazia presente, celebrando tratados em separado com algumas chefias tribais que ou se mantinham neutras, ou lutavam em favor dos romanos contra os Catuvellauni.

1.2.1.2 *Ius civile romanorum*, *ius gentium* e o direito local

“*Um Sistema multiforme...*”

O resultado final da campanha culminou na submissão dos onze chefes tribais ao Império Romano, que transformou a Bretanha de *civitate liberae* em província romana.

O processo romano de ocupação do território insular não foi apenas geográfico, foi uma ocupação civilizatória. Não houve apenas a nomeação de um prefeito, a construção de prédios ou estradas ou, mesmo, a melhoria das condições de vida dos bretões. Os romanos foram lentamente integrando os celtas à cultura romana a partir da colonização do território pelos *cives* e pelas legiões.

Esse processo civilizatório, lento e gradual, expandiu-se pelo território ocupado ao longo de um período de quatrocentos anos, constituindo uma nova elite social que não apenas convivia, mas misturava-se à elite romana. A implantação desse processo foi determinante para a assimilação, na forma lenta e gradual, do Direito Romano na *Brittania*.

Conforme Babington,¹¹ os romanos possuíam uma compreensão aristotélica a respeito da civilização, pela qual um grupamento humano sem uma organização jurídica não alcançaria a condição de grupo social, igualando-se a grupos animais.

O sistema jurídico romano instituído desde a fundação *vrbs* em 753 AC, remodelado em 451 AC¹² e em plena evolução científica a partir do século antecedente ao nascimento de Jesus Cristo, distinguia-se pela dessacralização do Direito e o distanciamento da idéia de um sistema meramente punitivo, em prol de um sistema científico. Caracterizava-se como um sistema dessacralizado e científico.

¹¹ Babington, Anthony. **The Rule of Law in England**. Londres. Barry Rose Publishers, 2ª edição, p. 5, 1995.

¹² Ano aprovação da Lei das XII Tábuas.

Nessa época, o princípio da personalidade era predominante no mundo antigo,¹³ considerando-se o *ivs civile romanorum* um Direito próprio e específico da *civitas* romana.¹⁴

As relações comerciais dos cidadãos romanos com os *peregrinii*,¹⁵ exigiam, entretanto, uma compreensão mais ampla do sistema ordenatório. Dessa forma, no período de expansão romana, começou-se a instituir nas relações de comércio internacional um sistema híbrido com a aplicação parcial do *ivs civile romanorum*, pelas regras coincidentes ou semelhantes com as dos demais povos, e que desse modo, não constituíam patrimônio cultural romano exclusivo e de regras estrangeira aceitas pelos romanos.

A edificação operacional desse novo sistema completou-se com a criação do *praetor peregrinus* que administrava uma justiça *inter peregrinos avt cives et peregrinos*.¹⁶ Esse sistema alternativo ao *ivs civilis romanorum*, foi denominado *ivs gentium*,¹⁷ e constituía-se em uma estrutura jurídica não formal, de caráter universalista (como um Direito Natural) e orientado pelo princípio da boa-fé e equidade.

Essas duas estruturas jurídicas, contudo, não impediram a vigência dos sistemas jurídicos locais das províncias conquistadas.¹⁸ A política romana de ocupação de territórios estrangeiros legava para líderes locais, colaboracionistas, a administração de questões jurídicas em que não houvesse interesse do Estado Romano (*SPQR – Senatus Populusque Romanus*) ou de cidadão romano.¹⁹

Os romanos viam o seu sistema jurídico como um elemento de sua cultura social. Logo, o sistema jurídico vigente aos cidadãos romanos (*ivs civilis, ivs praetorium, Lex, constitutiones*) não se apresentava como um padrão a ser seguido por povos dominados. Era um *ivs proprium* que provinha da cultura romana e somente seria corretamente empregado e entendido por aqueles que possuíssem esta cultura, ou que, no mínimo, ostentassem a cidadania romana a quem o Direito Romano alcançava onde quer que se encontrassem em virtude da aplicação do princípio da personalidade.

¹³ Santos Justo, Antonio, Op cit, p. 38.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Estrangeiros.

¹⁶ Santos Justo, Antonio. Op cit, p 39.

¹⁷ Como um sistema universal aplicável às “gentes”.

¹⁸ Cfe, Santos Justo. Op. Cit, p. 40.

¹⁹ Uma evidência histórica que comprova essa afirmação é a referente ao julgamento de Jesus Cristo em que o governador provincial simbolicamente transfere a responsabilidade da decisão para o povo da Judéia que realizou o julgamento de acordo com a sua ordenação jurídica.

Este consenso cultural entre os romanos, povo e Estado, foi fundamental para definir a permanência, ainda que em menor escala, da aplicação do Direito celta na *Brittania* mesmo após 43 AD. Essa tradição romana garantia aos *peregrini* a aplicação do “Direito local” nas suas relações particulares que não envolvessem cidadãos romanos, como o casamento, filiação, crimes, etc.

Não obstante, nas diferentes províncias, incluindo a *Brittania*, os Direitos locais não se instituíam como corpos de leis autônomos ao sistema romano que vigorava no território conquistado, mas como elemento integrante do sistema romano vigente na província conquistada, como norma costumeira local, assim formando o Direito Romano na província da *Brittania*.

Nesses termos, a *ivrisdictio* romana na província da *Brittania* tinha como base o Direito Romano, o *ivs civilis romanorum*, para assuntos de interesse do Estado romano ou que houvesse interesse de cidadão romano, ou *ivs gentium* nas relações de comércio internacional, aplicando-se, residualmente, a regra costumeira local nas demandas onde nenhuma das duas hipóteses anteriores se configurasse. Em outras palavras, um sistema multiforme composto por três subsistemas.

Essa situação perdurou até o ano de 212 AD, quando o imperador Caracala publicou um édito que estendia a cidadania romana indistintamente ao cidadão livre não romano das províncias ocupadas e, conseqüentemente, a extensão do próprio Direito Romano.

As ofensas aos direitos individuais eram vistas, em sua generalidade, como *privata delicta*, incluindo as de natureza civil e natureza criminal. Dessa forma, os ilícitos, em regra, geravam ações de natureza privada, ressalvadas as situações que colocassem em perigo o *status quo* romano.

O sistema jurídico romano integrava a estrutura governamental imposta nas províncias. Cada cidade possuía o seu corpo de magistrados. A ordem pública era mantida por uma organização semi-militar, os *stationarii milites*, que exerciam a atividade policial, os quais podiam prender qualquer pessoa suspeita da prática de ilícito e conduzi-la ao oficial superior, *eirenarcha*, para uma inquirição preliminar. Caso entendesse provável²⁰ a prática do delito, o *eirenarcha* o encaminhava para julgamento perante um magistrado, o qual presidia o processo acusatório que, ao final, seria julgado por cidadãos, os *ivdex*.

No procedimento criminal de ação privada, o autor deveria inicialmente comparecer perante o magistrado e jurar que apresentava uma acusação verdadeira. Se o acusado, ao comparecer perante o magistrado, negasse a imputação, a ação procedimentalizava-se pela inquirição de testemunhas por

²⁰ Princípio acusatório de processo: “além de uma dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*)” até hoje adotado no processo penal inglês.

advogados profissionais.²¹ Ao final, se absolvido o réu, o acusante poderia ser punido, caso a ação fosse considerada inconsistente. Se o réu fosse considerado culpado, poderia ser condenado à pena de prisão, banimento, escravidão, morte.

No procedimento civil, onde o autor buscava o reconhecimento de um direito ou uma compensação financeira, as partes compareciam perante um magistrado apresentando as suas alegações. Se este identificasse a existência da fórmula adequada e a sua viabilidade, remeteria o caso ao *ivdex*, que examinava a prova e lançava o seu veredicto. A condenação levava o réu à condição de *ivdicatvs*, impondo-lhe o dever de pagar (ou cumprir a obrigação), sob pena de garantir ao credor o direito de conservá-lo *in carcere privato*, ou vendê-lo como escravo, ou mesmo matá-lo.²²

1.3 O direito anglo-saxônico na *aeng land*

1.3.1 Contexto geopolítico

Ao iniciar o quinto século da civilização ocidental, o Império Romano encontrava-se sob intensa ameaça de invasão, não apenas pelas hordas orientais, sob a liderança de Átila,²³ mas principalmente pelas ações internas dos povos germânicos, ainda que integrados ao império pela *foedera*.

Pelo ano 410 AD, as legiões romanas estacionadas na Bretanha foram chamadas para a tentativa final de defesa do espaço territorial do Império Romano. Sem a proteção romana, os bretões passaram a sofrer iminente ameaça de invasão de seu território pelos povos do norte da ilha: pictos e escotos.

Diante da urgente necessidade de proteção do território e frente à sua incapacidade de fazê-lo, os bretões, em contato com líderes anglos, saxões e jutos,²⁴ contrataram contingentes militares para a proteção de seu território.

A ação militar defensiva do território celta permitiu a esses povos germânicos um conhecimento amplo sobre as condições geoclimáticas do

²¹ Segundo Babington, op. Cit., p. 6, as testemunhas apresentadas pelo réu eram, em regra, apenas abonatórias de seu caráter.

²² Carvalho de Mendonça, José Xavier. **Das Fallencias e dos Meios Preventivos de sua Declaração vol. I.** São Paulo. Carlos Gierke & Cia, p. 1, 1899.

²³ No ano de 451, nos chamados Campos Catalúnicos, os romanos conseguiram uma vitória definitiva sobre os exércitos liderados por Átila, pondo fim à tentativa de invasão por parte dos hunos, principalmente pela prematura morte deste. Esta batalha pode ser considerada como a última grande vitória das legiões romanas. Vinte anos após, Roma era vencida pelos Hérulos liderados por Odoacro.

²⁴ Os anglos eram povos oriundos da região sul da península danesa, enquanto que os jutos vieram do norte desta região. Os saxões provinham do norte do atual território da Alemanha.



lugar. A conclusão a respeito das melhores condições de vida oferecidas por aquele espaço geográfico influenciou decisivamente na mudança da relação política desses povos com os bretões.

1.3.2 A ocupação geográfica e civilizatória

Os anglos, os saxões e os jutos, inicialmente defensores do espaço geográfico bretão, tornaram-se, a partir de 429 AD, ocupantes desse território. Contudo, a ocupação anglo-saxônica e, também, juta, a exemplo da ocupação romana, não foi apenas geográfica, foi também civilizatória, ainda que se tratasse de uma civilização menos evoluída que a romana.

Destaca-se que no processo civilizatório inicial de ocupação do espaço geográfico bretão, os anglos, os saxões e os jutos, diferentemente dos romanos, não migraram para a Bretanha em um mesmo momento histórico nem sob uma única liderança política militar. Dessa forma, a ocupação se deu na forma de assentamentos sob chefias militares de grupos que foram se alocando paulatinamente em diversas partes do território insular.²⁵

Não havia entre os diferentes grupos germânicos na Bretanha a ideia da formação de um país sob uma única liderança nacional, mas a formação de reinos independentes criando entre si uma relação geopolítica interna. Esse equilíbrio político desses microreinos foi denominado heptarquia: Kent, incluindo a Ilha de Wight (assentamento juto); East Anglia, Northumbria, Mercia²⁶ (assentamentos predominantemente anglos); Essex, Sussex e Wessex (assentamentos de predominância saxônica).²⁷ Ainda que independentes e com lideranças políticas regionais instituídas, preponderaram inicialmente nesse equilíbrio geopolítico interno os reinos anglos, dando externamente a ilha um reconhecimento não mais como *Brittania*, mas como *Aeng land*: “Terra dos Anglos”.²⁸

Ao oeste desses assentamentos, onde atualmente se localiza o país de Gales, estabeleceram-se assentamentos não germânicos, predominantemente bretões, que não se submeteram ao domínio anglo-saxão. Por se tratarem de

²⁵ Jenks, Edward. **A Short History of English Law**. London. Elibron Classics, p. 3, 2005.

²⁶ Middle Angles.

²⁷ Blair, John. **The Anglo-Saxon Period – The Oxford History of Britain**. Oxford. 4ª Edição, p. 61, 2001.

²⁸ Oficialmente, entretanto, afirma-se que o nome Inglaterra (*Aeng land*) surge a partir do século X, quando já havia se afirmado a primeira dinastia inglesa, não mais de origem angla, mas de origem saxônica.

²⁵ Fraser, Rebecca. **The Story of Britain**. London. WW Norton & Company Ltd. 1ª Edição, p. 28, 2003.?????



povos de etnia celta, os germânicos denominavam *welsh* (estrangeiro) esse espaço geográfico, termo que posteriormente passou a identificar os habitantes do país de Gales (*Wales*).

Por outro lado, ainda que territorial e politicamente apartados, os anglo-saxões e jutos mantinham um padrão cultural comum, puramente germânico, sem nenhum traço de romanização ou cristianização.²⁹ Desse modo, os anglo-saxões e jutos eram incapazes de compreender os textos escritos em latim, e de aceitar ou mesmo conviver com os princípios éticos humanistas propostos pelo Cristianismo. Professavam, hermeticamente, uma fé voltada à mitologia nórdica, acreditando em divindades como Thir, Odin, Thor, Freya, a quem reverenciavam e homenageavam.³⁰

Na sua visão de povo conquistador, entendiam natural a submissão dos povos conquistados, considerando-os como sujeitos à sua cultura e civilização. Esse processo, abrupto e absoluto fez com que as divindades cristãs e celtas deixassem de ser reverenciadas no território inglês por quase um século. Para os povos dominados não era reconhecido nenhum espaço, nem mesmo secundário, no processo civilizatório.

Dessa forma, diferentemente dos romanos que aplicavam um princípio de tolerância restrita as culturas dos povos dominados, os anglo-saxões procuravam, simplesmente, eliminá-las.

Com muita segurança, pode-se afirmar: no primeiro século de dominação anglo-saxônica e juta, nada restou da cultura jurídica celta e quase nada da cultura romana nas áreas de ocupação germânica³¹ no território da Inglaterra.

1.3.3 O sistema jurídico

Os sistemas jurídicos não são apenas influenciados pela cultura do povo, mas com ela se misturam. Pode-se, assim, afirmar a existência de dois grandes períodos do Direito Anglo-Saxão de acordo com momento cultural vivenciado por esses povos:

- (1) o Direito anglo-saxão originário (entre 429 AD e 597 AD);
- (2) o Direito anglo-saxão cristianizado (entre 597 AD até 1066 AD).

²⁹ Babington, Antony. Op cit, p. 17

³⁰ Posteriormente, essas divindades foram reverenciadas nos dias semanais - Tuesday: dia de Thir - Wednesday: dia de Odin - Thursday: dia de Thor - Friday: dia de Freya. Conforme John Blair, op. Cit., p. 64.

³¹ Como já referido, os anglo-saxões formaram assentamentos por diversas regiões da ilha, porém não a ocuparam na plenitude.



1.3.3.1 A formação do sistema law

“Vários Subsistemas de Costumes Locais...”

O primeiro período denota o predomínio da cultura anglo-saxônica, em sua pureza absoluta, na institucionalização do sistema jurídico, na legitimação dos juízes, na procedimentalização dos litígios e na afirmação dos direitos.

Os anglo-saxões, em 429 AD, trouxeram consigo um sistema jurídico, denominado *Law*³², baseado nas ideias de hierarquia social e de *talis*, de matriz costumeira e oral, misturado a uma vontade divina belicosa e de caráter predominantemente retributivo que se construía a partir da solução de demandas pontuais, sem nenhuma base metodológica que lhe desse alguma sustentação científica.

Sob a base hierárquica, o Direito afirmava-se em uma estrutura de verticalidade social onde se reconheciam direitos, qualitativa e quantitativamente, proporcionais à posição das partes na sociedade³³. Esta verticalidade social se estabelecia pelas relações jurídico-sociais de relação do homem com a terra indicando uma posição jurídica e social mais favorável àquele que possuísse mais direitos reconhecidos sobre a porção geográfica. Em outras palavras, a propriedade da terra proporcionava uma quantidade e uma qualidade maior de direitos.

Entre o *Bretwald* e o *earl* havia um reconhecimento jurídico recíproco do direito de propriedade da terra, ainda que aquele pudesse, pela condição de rei, confiscar as propriedades do *earl* (duque) por simples ato de vontade. No exercício de seu direito de propriedade, o *earl* concedia ao *thegn* (servo) o direito, vitalício e transmissível a seus descendentes, de uso e exploração econômica da terra. Esse a explorava no benefício do *earl* que tinha, por direito costumeiro, a exclusividade da comercialização da produção, com a obrigação de repartir, desigualmente, com o servo o resultado econômico e, periodicamente, pagar um valor ao rei em virtude do reconhecimento do direito de propriedade originário ou pela concessão da terra.

Denota-se desde esse período uma divisão jurídica, no Direito de propriedade, entre o domínio direto e o domínio útil da propriedade imóvel,

³² O termo *law* tem origem sincretismo linguístico anglo-saxônico e viking. Até a invasão destes, no território da ilha os anglo-saxões adotavam o termo *ae* (um juramento solene e divino). Nas regiões invadidas e colonizadas pelos Vikings, a partir do século IX, passou a ser adotada a expressão *lag* - onde *on lag* significava culturalmente agir de acordo com o compromisso social e à vontade dos deuses “dentro do que era certo/direito/correto.” e que irá evoluir para *law* enquanto que *útlagi*, que evoluiu para *outlaw* seria o agir “fora do que era certo/direito/correto...” (<http://podictionary.com>)

³³ Nessa estrutura social podia-se identificar, hierarquicamente, a figura do *Bretwald* (rei, mais tarde instituído como *primvs inter pars*), o *earl*, o *aetheling* e o *gesith* (todos nobres de nascimento) e o *thegn* (o servo).



traço marcante das relações jurídicas durante toda a Idade Média inglesa, mesmo após a invasão normanda.

Nos direitos não decorrentes da relação jurídico-social com a terra (direitos vulgares), sob a égide da igualdade absoluta, inseriu-se ao conceito medieval de *justo* a busca de uma ideia de reequilíbrio reparatório à ofensa causada, expressa através do conceito de *talião*. O sistema jurídico procurava garantir uma igualdade absoluta de perda entre aquele que sofria a ação e quem a cometia. Isso garantia à vítima de um ilícito um direito reconhecido de vingança. Contudo, norteados pelo princípio da igualdade absoluta, a vingança indiscriminada e ilimitada era tão ilícita quanto à ação criminosa do agressor.³⁴

A concretização dessas relações jurídicas tinha por base o clã, sob um aspecto geral, enfocado diretamente na relação familiar. A proteção do direito à vida se expressava na possibilidade da família da vítima vingar-se, na mesma medida da perda sofrida, na família do agressor. Como anteriormente referido, o sistema jurídico anglo-saxão possuía um aspecto marcadamente retributivo.

Já os direitos decorrentes da terra (direitos nobilísticos) instituíam a organização social anglo-saxônica. Sobre estes não havia qualquer tipo de questionamento ou debate político-jurídico. Eram direitos fundacionais da sociedade, expressando uma ordem social instituída. Além dos termos instituídos na ordenação, inexistiam direitos para serem protegidos, apenas uma ação imediata da estrutura social de “Estado”,³⁵ fora da ação dos juizes ou do processo legal.

Os direitos vulgares eram fundamentais à manutenção da paz social entre os clãs que habitavam os assentamentos. O desrespeito gerava um sobre-direito de caráter substitutivo ao direito lesado que importava no direito corresponsivo de vingança contra a família daquele que cometesse o ato. As “más condutas”³⁶ eram, em sua essência, consideradas delitivas e, dessa forma, puníveis perante o sistema jurídico através da legitimação de um ato recíproco em retribuição.

Ao longo da evolução da cultura jurídica, a punição, retributiva e reparatória, baseada na reciprocidade, transformou-se em uma compensação pelo pagamento de uma multa, *wergild*, que lentamente substituiu a vingança corporal. Ainda que sob uma base de costumes locais, o sistema jurídico foi adquirindo um caráter mais institucionalizado. Pois os reis passaram a identificar no *wergild* uma nova fonte de renda, estabelecendo que as condutas violentas afetavam a paz do reino.

³⁴ Jenks, Edward. Op Cit. p 7.

³⁵ Medidas tomadas pelo rei ou pelo senhor independentemente da prévia manifestação do Poder Judiciário

³⁶ Trespass.

Logo, a multa aplicada a essas condutas graves seria devida ao rei, numa ideia ainda embrionária de reparação ao “Estado”, pois caberia a este, e não ao clã, tomar as ações necessárias para restabelecer o equilíbrio social. Enquanto que nas condutas de menor gravidade, o pagamento encaminhava-se diretamente para vítima, pois a reparação era exercida pela força do clã e não pela autoridade do rei. Ainda que sob uma forma rudimentar, iniciava na Inglaterra a evolução da ideia de ilícito penal e ilícito civil.

O controle das medidas assecuratórias dos direitos vulgares reconhecidos, ou das medidas retributivas, reparatórias e compensatórias, concentravam-se, cada vez mais, nas mãos do capataz do condado, *shire reeve*, o qual possuía uma delegação do rei para ouvir a queixa e tomar as medidas de apaziguamento entre os clãs, permitindo a vingança ou cobrando a multa compensatória pelo dano causado e determinando o seu pagamento em favor do rei ou em favor da vítima.

A demanda era proposta ao capataz do condado, que, após ouvi-la, permitia ao demandante trazer o demandado em sua presença. Após, o demandado era encaminhado ao tribunal local, que informava as penas aplicáveis ao caso e estabelecia a matéria de fato que deveria ser provada pelas partes.

Em Jenks³⁷ observa-se que, na percepção cultural do sistema procedimental anglo-saxão, a produção de provas não era vista como um ônus, mas como um privilégio e, dessa forma, a negação dos fatos pelo réu apresentava-se como um direito maior que o da imputação pelo autor.

Esse direito do réu se concretizava na apresentação de pessoas que jurassem em favor da licitude da conduta do réu. Juramentos cujos conteúdos poderiam variar desde a não-realização da conduta até a aceitação dos resultados pela vítima em virtude de uma prévia ou posterior negociação entre as partes. Contudo, tratava-se de um direito de uso restrito para aqueles que gozassem de respeito entre a comunidade. Se o acusado fosse um *tihbysig*³⁸ ou se tratasse de flagrante delito, esse direito lhe era negado, restando-lhe somente a prova de sua inocência pelo regime das ordálias.

Como dito anteriormente, já ao final do século VI, em relação aos direitos vulgares, o julgamento de “má conduta” permitia ao ofendido a vingança pessoal, que poderia converter-se em uma pena pecuniária pela família do ofensor. A falha no cumprimento da pena reintegrava ao ofendido, ou à sua família, o direito antigo de vingança pessoal.

³⁷ Jenks, Edward. Op cit , p 9.

³⁸ Termo usado para as pessoas de pouco caráter.

Nesse primeiro período da dominação anglo-saxônica, a pouca relevância da cultura romano-cristã na cultura anglo-saxônica foi fundamental para a perda daquele padrão de referência jurídica de natureza científica em seu Direito. Situação que não se verificou em relação aos demais povos germânicos,³⁹ como os francos, os visigodos, os ostrogodos, os alamanos, os burgúndios,⁴⁰ que tiveram na romanização de sua cultura a causa fundamental para a romanização de seu Direito.

Denota-se, também, que em virtude de seu padrão cultural hermético de povo dominador fortemente vinculado à ideia de clã, os anglo-saxões, diferentemente dos demais povos germânicos, em seu processo de ocupação dos territórios conquistados, nunca aceitaram a aplicação do princípio da personalidade.⁴¹ Definia-se no território dos diversos reinos anglo-saxões e jutos na Inglaterra, o princípio jurídico da territorialidade que impunha ao povo unicamente o sistema de Direito costumeiro anglo-saxão – *Law*.

Contudo, a relação equidistante e politicamente equilibrada entre os sete reinos fez com que, durante os seiscentos anos de dominação germânica, a matriz *law* se estabelecesse e se consolidasse de uma forma eminentemente local em detrimento de uma estrutura nacional de compreensão e aplicação dos costumes nas decisões das cortes locais. Em outras palavras, os costumes ancestrais comuns, trazidos do norte da Germânia pelos novos ocupantes, tornaram-se costumes locais ao final do processo civilizatório anglo-saxão. Isso quer dizer que o sistema jurídico *Law* criado pelos anglo-saxônicos, costumeiro e não-escrito, era também um sistema que evoluía sob o ponto de vista da comunidade, pois nesta época não vigorava a ideia de nação. Em outras palavras o sistema anglo-saxão originário eram vários subsistemas de costumes locais.

³⁹ Fraser, Rebecca. Op Cit., p 25.

⁴⁰ Pode-se, nesse aspecto, observar o conteúdo da *Lex Romana Visigothorum* e da *Lex Romana Burgundionum*, que são textos legais de Direito Romano (basicamente o *Codex Theodosianus*) adaptados para vigor nos territórios de ocupação dos visigodos e dos burgúndios em conformidade com o princípio jurídicos da personalidade aplicado nos territórios de ocupação de desses povos. De acordo com este princípio, o sistema jurídico aplicava-se de acordo com a ancestralidade, na forma: Direito Romano para aqueles que tivessem ascendência latina (*Lex Romana Visigothorum* e *Lex Romana Burgundionum*) e Direito bárbaro (burgúndio, visigodo, franco, etc.) para aqueles que tivessem ascendência germânica.

⁴¹ Vigil Neto, Luiz Inácio. Petite Histoire du Droit du Peuple Français. Revista da Ajuris n.º 112, p. 330, 2008.

1.3.3.2 A influência romano-cristã no sistema law

“*Non Angli, Sed Angeles...*”

Nas palavras escritas por Bede⁴² no século VIII, em 596 AD, o Papa Gregorius defrontara-se com uma cena já incomum no território romano: encontrara um grupo de crianças loiras, acorrentadas e oferecidas em mercado público para serem vendidas como escravas.⁴³

A sua perplexidade estava no fato de, em um território de fé cristã, estar sendo desatendido o princípio mais revolucionário proposto por Jesus Cristo: o respeito às crianças. Diante disso, não pode deixar de perguntar do que aquilo se tratava.

A resposta foi muito direta e convincente: “tratavam-se de crianças vindas do território anglo e, como estes povos não professavam a fé cristã, admitiam a escravidão infantil”.

A manifestação do Papa não foi apenas simbólica, foi também revolucionária: “*Non angli, sed Angeles...*”⁴⁴. Somente a cristianização desses povos findaria a sua visão escravagista.

No ano seguinte, uma expedição liderada pelo bispo Agostinho rumou para Kent, reino juto governado por *Aethelbert*, naquele momento histórico, o *Bretwald*,⁴⁵ com a missão de cristianizar os povos jutos, anglos e saxões.

O processo de cristianização dos reinos germânicos insulares completou-se no século VII. Ao seu final, não apenas a cultura moral e a cultura religiosa desses povos havia mudado, também o Direito.

Um dos efeitos imediatos desse processo no sistema jurídico foi a incorporação do Direito Canônico e sua vigência paralela ao Direito Laico – *Law*. A incorporação do Direito Canônico se estabeleceu em uma jurisdição própria e autônoma em relação ao Direito laico afirmando-se pelo critério de competência especial e absoluta:

- (1) *ex ratione personae*: competência para julgar clérigos (regulares ou seculares), posteriormente estendida aos cruzados e aos professores das universidades;⁴⁶

⁴² Bede foi um monge cristão que viveu na Inglaterra durante os séculos VII e VIII (entre os anos 673-735). Durante a sua vida escreveu a obra: “*The Ecclesiastical History of the English People*”, considerada o primeiro tratado de história da Inglaterra.

⁴³ A escravidão de europeus, especialmente de crianças, a partir do Cristianismo não era mais uma prática lícita na maior parte do mundo ocidental, ainda que de fato continuasse a existir.

⁴⁴ “Não anglos, são anjos...”

⁴⁵ Entre anglos, saxões e jutos, ainda que houvesse uma autonomia política entre os diversos assentamentos, havia também um equilíbrio geopolítico interno. Assim sendo, entre os sete reis, havia um que por razões, em geral militares, se apresentava como um *primvs inter pars* que na linguagem germânica era identificado como *Bretwald*, como um rei entre os demais reis.

⁴⁶ Gillisen, John, op Cit, p. 140

- (2) *ex ratione materiae*: para julgar matérias penais e civis de interesse da Igreja, como infrações religiosas, adultério, usura, casamento, esponsais, divórcio, legitimidade da filiação ou testamentos em favor de instituição religiosa.⁴⁷

Pode-se, então, concluir que a partir da cristianização da civilização anglo-saxônica, o sistema jurídico vigente na Inglaterra passou a ser constituído por duas estruturas jurídicas:

- (1) o Direito Canônico: de ordenações escritas formuladas sobre uma filosofia impregnada de valores morais e ética cristã, de natureza universalista, tendo o Código canônico como fonte primária e o Direito Romano como sua *ratio non scripta*;
- (2) o Direito Laico (ou sistema *Law*): inicialmente não escrito, de base costumeira oriunda da cultura ancestral germânica, de natureza local, tendo os costumes como sua fonte primária e a tradição como sua *ratio non scripta*.

Contudo, a influência do cristianismo ainda se fez presente no processo de modernização do sistema *Law* anglo-saxônico, em dois aspectos fundamentais:

- (1) pela introdução do humanismo cristão no rudimentar processo hermenêutico do Direito costumeiro anglo-saxão;
- (2) pelo movimento codificatório da base de costumes de um também ainda rudimentar Direito Público, a partir das Leis de *Aethelbert*.

Entretanto, já nas leis de *Aethelbert* observa-se um padrão legislativo mantido nas leis posteriores⁴⁸ que iria perdurar durante muitos séculos na Inglaterra. A codificação dos costumes restrita à matéria jurídica de interesse público, permanecendo a matéria de interesse privado (Direito Privado) sob a base costumeira e não escrita.

Com as Leis de *Aethelbert* o Direito laico inglês – sistema *Law* – apoiou-se em na formatação binária de fontes jurídicas: *leges et consuetudines*.⁴⁹ As primeiras fontes foram constituídas pela codificação dos costumes que ultrapassavam os limites do interesse privado e elaboradas na forma fato-sanção, semelhantes ao *Codex* de Justiniano.⁵⁰ Enquanto que para as matérias

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Leis de *Inne*, Leis de *Offa*, Leis de Alfredo e Leis de Canute.

⁴⁹ Tubbs, JW. **The Common Law Mind**. London. The John Hopkins University Press, p. 04, 2000.

⁵⁰ Conforme Maitland e Montague, a compilação escrita dos costumes consistia em noventa frases, breves e diretas, indicando a “má conduta” e a sanção compensatória: “Se um homem golpeia outrem, com os punhos, no nariz – três shillings” (cfe. Maitland Frederick W, and Montague, Francis. **A Sketch of English Legal History**. London. Elibron Classics, p. 06, 2005).



de interesse privado permaneceriam os costumes não escritos como fonte jurídica primária.

Com a chegada do século IX, o território insular foi alvo de uma nova onda de invasões germânicas, dessa vez dos povos nórdicos, especificamente os assentados na chamada Marca Danesa.⁵¹

O espírito aventureiro dos vikings, aliado à escassez de alimentos nas regiões nórdicas e à falta de uma liderança política única dos anglo-saxões, tornou a ilha um ponto geográfico muito atrativo para suas ações de grupos independentes, inicialmente espoliativas, mas, posteriormente, ocupatórias do território anglo-saxão.

A resistência somente foi possível graças ao surgimento da primeira liderança nacional da história inglesa, o primeiro rei de toda a Inglaterra: o saxão Alfredo, “o Grande”, que reinou entre 869-899.⁵²

Alfredo não foi apenas o primeiro rei nacional, foi também o fundador da primeira dinastia inglesa. A sua liderança se justificava na necessidade de uma política única no combate aos vikings. Graças a ela, teve a força política perante o *witan* para criar uma lei nacional que revogava a regra costumeira local para a escolha dos reis.

Desde a invasão de Ilha em 429, os diferentes reinos, independentes e equidistantes, escolhiam os seus governantes através dos respectivos *witan*. Alfredo fez revogar esse costume, estabelecendo-se como um único rei para todo o território anglo-saxônico, que ao mesmo tempo em que se afirmou como um chefe do poder temporal e o maior dignitário eclesiástico no território.

Como dali para diante todos os reis deveriam pertencer à sucessão de Alfredo, pode-se afirmar que com ele inicia o período de predomínio político saxão no território inglês.

Alfredo, entretanto, manteve o restante da estrutura jurídica anterior: a dupla sistematização: Direito Canônico (pela vigência do *Codex Canonici*) e sistema *Law* (este baseado em fontes escritas – *leges*- e costumeiras – *consuetudine*).

Ao final do período de hegemonia germânica na Inglaterra pode-se observar a profunda alteração causada pela cristianização no processo civilizatório anglo-saxão com inegável influência nos elementos conceituais de seu sistema jurídico o qual, lenta e gradualmente, foi assimilando na interpretação do Direito material os fundamentos éticos e humanistas da doutrina Cristã e a busca da verdade real.

⁵¹ Hoje conhecida como Dinamarca.

⁵² O território controlado por Alfredo, na verdade, não alcançava toda a extensão geográfica, hoje chamada de Inglaterra. Especificamente, Alfredo controlava os territórios saxões, Kent e boa parte da Mércia. Os reinos do norte ficaram sob a jurisdição política e jurídica dos vikings.



Essa evolução, não obstante, não foi verificada, a esse tempo, na ritualística procedimental que continuava atrelada a uma visão mística e consequentemente incerta, revelada, nas maioria da vezes pelo julgamento de Deus através do regime das ordálias para a comprovação da verdade.

Essa configuração relegava o Direito Processual a uma ritualística sacralizada cujos atos procedimentais não eram escritos, mas memorizados. Somente com o movimento contratualista, a partir dos séculos XVII e XVIII, a ritualística processual também passou a ser escrita como forma de garantia dos direitos individuais do cidadão.

2 Direito moderno: direito anglo-saxo-normando (1066-1603)

2.1 Contexto geopolítico da Inglaterra do século XI

“Cedant armae togae...”

A Lei de Alfredo, que revogava a tradição clássica do povo anglo-saxão de escolha do melhor guerreiro como líder, havia, a partir de 869, criado a primeira dinastia na Inglaterra. Todos os reis que a ele sucederam, de alguma forma, eram seus descendentes.

Porém, ao início do século XI um fato começava a trazer uma séria preocupação aos saxões. O Rei Eduardo, “O Confessor”, encontrava-se em idade já avançada e não havia gerado sucessores.

Isso significava que com a morte do rei, a dinastia de Alfredo se extinguiria. Esse problema político teve inicialmente uma solução jurídica: a repristinação da lei revogada por Alfredo, convocando-se o *Witan* para a escolha de um novo rei, a qual, após o passamento de Eduardo, recaiu em favor do líder saxão Haroldo.

Contudo, rei Eduardo desde a sua infância mantinha profundas relações afetivas com o ducado normando, que culminaram, ao final da vida do soberano, na legação testamentária em favor de Guilherme, duque da Normandia.

Desse modo, com a morte do rei, duas teses jurídicas fizeram-se presentes:

- (1) a tese repristinatória da antiga lei anglo-saxônica, defendida pelo saxão Haroldo;
- (2) a tese de validade do testamento feito pelo rei em território normando, defendida por Guilherme da Normandia.

O Direito não foi capaz de pacificar os interesses jurídicos. Como as armas [não] cederam lugar às togas (*cedant armae togae...*), a disputa dirigiu-se para o campo de batalha culminando na Batalha de Hastings (1066), na qual os normandos saíram-se vencedores⁵³. Começava a era anglo-saxo-normanda na Inglaterra.

Não se pode dizer que tenha sido um começo tranquilo. Os problemas vinham não apenas daquilo que restou da resistência saxônica, mas, principalmente, por uma questão jurídico-política.

Na Normandia, Guilherme não era rei, mas duque e, dessa forma, vassalo do rei da França. Se anexasse o território inglês ao normando, apenas aumentaria territorialmente a sua vassalagem ao rei francês.

Dessa forma, Guilherme da Normandia optou por se tornar o rei da Inglaterra, tornando-se Guilherme I, da Inglaterra anexando a Normandia ao país insular.⁵⁴ Essa decisão foi fundamental para a formação do Direito inglês moderno.

2.2 O sistema *common law / equity law*

“A Paz do Rei...”

Guilherme I, desse modo, assumiu um Estado já constituído e com um sistema jurídico que entendia como mais evoluído do que o vigente no território de seu ducado.⁵⁵

O sistema jurídico anglo-saxão possuía uma composição híbrida desde *Aethelbert* até as Leis de Canute, formado pelas leis escritas e pelos costumes locais que estavam em vigor em 1066, e também pelo Direito Canônico.

Por outro lado, a base legal normanda era reverencial a instrumentos escritos considerados, já à época, arcaicos e obsoletos, como a Lei Sálica dos Francos, do século V e as capitulares das dinastias merovíngia e carolíngia dos séculos VI à IX.⁵⁶

⁵³ Em que pese a vitória no plano militar, Guilherme sofreu uma forte oposição nos planos político e jurídico. O *witan*, ainda politicamente forte no território saxão, não aceitou a tese jurídica de Guilherme e elegeu Edgar, um sobrinho de Eduardo “Confessor”, o qual, ainda que fosse um menino, representaria a resistência ao invasor. Conforme Babington, *op.cit.* p. 35, a consolidação do poder político de Guilherme sobre a Inglaterra levou não menos que uma década.

⁵⁴ Em que pese a importância dessa decisão histórica para a consolidação do princípio da estabilidade do ordenamento jurídico (princípio fundacional do Direito inglês), no plano geopolítico gerou um conflito interminável entre França e Inglaterra denominado: “Guerra dos Cem Anos”, com dramatizações de fatos reais de ambos os lados (vide História de Henrique V – dramatização feita por William Shakespeare- e Jeanne D’Arc – dramatização popular francesa).

⁵⁵ Cfe. Maitland e Montague, *op.cit.* p 26.

⁵⁶ Vigil Neto, Luiz Inácio e Hickel, Eric. **Petite Histoire du Droit du Peuple Français**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 112, pp. 330 e 331, 2008.

A decisão política de manter o sistema jurídico vigente pareceu a Guilherme um tanto óbvia, restando, apenas, uma reordenação no plano formal, na seguinte maneira:

- (1) separação, por competência, do Direito Canônico - competência especial e absoluta – e do Direito Laico, de competência residual;
- (2) manutenção do termo identificativo *Law* para o Direito laico, em oposição aos sistemas continentais que começavam a adotar a expressão (*de) rectvm* em substituição ao termo *ivs*;
- (3) manutenção do sistema escrito de leis relativas ao Direito Público;
- (4) manutenção dos costumes e das decisões como fontes básicas do Direito Privado.⁵⁷

Já no plano aplicativo do Direito Laico, os compromissos políticos assumidos pelo monarca com os líderes locais determinaram ao rei a manutenção da tradição anglo-saxônica baseada no princípio político-jurídico do senhorio da terra. Desse modo, pode-se afirmar a existência de duas fontes definidoras durante todo o Direito Medieval inglês – sistema *Law*:

- (1) as relações jurídicas derivadas do direito de propriedade sobre a terra;
- (2) as demais relações jurídicas.

A primeira mantinha-se sob uma visão de hierarquia jurídica, social e política: (a) o rei possuía o domínio direto de todas as terras do reino e a propriedade de algumas delas; (b) o senhor recebia do rei uma concessão de domínio direto sobre algumas terras do reino ou dele tinha esse reconhecimento;⁵⁸ (c) o servo que era autorizado pelo senhor a exercer o domínio útil sobre as terras que o rei antes concedera (ou reconheceu) ao senhor.

Ao servo era reconhecido o direito vitalício à exploração econômica da terra (domínio útil) para a sua subsistência, com reconhecimento do direito de transmissão hereditária da autorização aos seus descendentes,⁵⁹ além da

⁵⁷ É sempre importante destacar que o Direito Privado desta época possuía um espectro menos amplo, resumindo-se ao Direito obrigacional e contratos e aos Direitos Reais, além do Direito de posse que na Inglaterra se estabelecia como uma categoria própria. O Direito de família e de sucessões era por competência em razão da matéria, regulado pelo Direito Canônico.

⁵⁸ Aqui se faz a grande diferenciação entre o conceito de barão e de Earl (duque). Este, ao início do período feudal tinha um poder originário sobre a terra, simultâneo ou mesmo anterior ao rei, para quem jurava a lealdade do feudo, pelo reconhecimento do direito do Senhor, ainda que pudesse confiscar-lhe a sua propriedade, por ato de vontade, sem o devido processo legal. O barão, por seu turno, recebia a porção de terra diretamente pela concessão do rei.

⁵⁹ Contudo era-lhe vedada a cessão do direito de uso a terceiros. Segundo costume, caso não mais desejasse continuar exercendo o domínio útil da porção de terra, esta se considerava devoluta ao

proteção oferecida pelo senhor da terra. Esses direitos geravam a obrigação de transferir ao senhor todos os excedentes econômicos, bem como a obrigação eventual de suplementar as transferências, além da obrigação de alistamento.⁶⁰

Ao senhor, era assegurado o pleno exercício do domínio direto sobre a porção concedida de terra, garantindo-lhe o exercício da política local e do controle da administração do sistema judicial local em parceria com o representante da coroa, impondo-lhe a obrigação de lealdade ao rei e o pagamento periódico em favor do rei da renda devida pela concessão.

Ao rei, titular do domínio de todo o território nacional era reconhecido o direito de a qualquer tempo, sem nenhuma formalidade ou razão jurídica, confiscar as terras concedidas ao senhor, respeitando, apenas, as terras concedidas à Igreja.⁶¹

Essa ordem jurídica não escrita, mas costumeira, não se impunha pelas cortes judiciais através dos precedentes, mas através de uma ordenação de direitos institucionalizada, conhecida e acatada por todos. As medidas restritivas de direitos, como o confisco, não se condicionavam a algo semelhante ao devido processo legal, por mais rudimentar e embrionário que essa garantia pudesse se apresentar, mas à vontade do superior (rei ou nobre) em relação ao inferior (nobre ou plebeu).

Nos direitos não relacionados ao direito de propriedade da terra, como por exemplo, o furto de gado, os contratos, etc, ainda que sob uma base costumeira orientada pelos valores morais e universais preconizados pela Escola de Direito Natural, tinham a sua apreciação condicionada ao exercício da jurisdição e ao princípio do devido processo legal.⁶²

Não obstante, quanto à administração do sistema judicial, a simples manutenção da ordem vigente, tal como era antes de sua coroação, traria ao rei alguns problemas políticos. No período de dominação anglo-saxônico, conforme antes referido, o exercício do controle da jurisdição era delegado pelos reis ao capataz do condado, ou *shire reeve*.

senhor que poderia concedê-la livremente a qualquer outro interessado, ressalvada a hipótese de intervenção do rei.

⁶⁰ Integrar, compulsoriamente, a lista dos que serviriam como soldados do feudo ou do reino.

⁶¹ A inviolabilidade do território eclesiástico manteve-se até o rompimento (século XVI) da Inglaterra com o Papado, quando Henrique VIII deu início a rigoroso processo de confisco das terras da Igreja.

⁶² É de se destacar que devido processo legal é para o Direito inglês, desde os seus primórdios, um princípio de origem costumeira aplicado às relações jurídicas de interesse individual. A *Magna Carta* (1215), em verdade não o instituiu, apenas, de forma expressa, estendeu o seu alcance também para as ações de interesse do rei que não mais poderiam ser executadas sem a observância do princípio.

Considerada a sua condição de liderança local, o *shire reeve*, que, graças ao contato com a língua francesa, com o tempo, tornou-se *sheriff*, na maioria dos condados era de origem anglo-saxônica, ou seja, de discutível lealdade política ao rei normando.

O controle das decisões “justas” dava ao *sheriff* e aos juízes locais uma representatividade política no condado, indesejada pelo rei. A opção adotada por Guilherme foi o gradual esvaziamento do poder das cortes locais e a sua substituição pelas cortes do rei, que aplicavam um Direito comum – *commune ley*⁶³ a todos os cidadãos do território insular.

Identificada a razão política para a transformação, seguiu a apresentação do argumento de justificativa. As cortes locais estabeleciam duas formas de julgamento, baseadas na sacralização do processo:

- (1) o julgamento dos homens;
- (2) o julgamento de Deus.

Na primeira forma, o acusado poderia trazer perante o *sheriff*, ou aos juízes locais, pessoas, em geral doze, que jurassem a sua inocência. Se não tivesse êxito, restaria ao acusado a segunda forma, o julgamento de Deus pelas ordálias. Essas se dividiam em ordálias leves, como o leito do rio e o pão abençoado, e as mais pesadas, como a água quente e o ferro em brasa.

A utilização desses instrumentos, escolha de uma ordália mais ou menos leve, ou mesmo a aplicação dos costumes nas decisões dos casos, muitas vezes a trazia a incerteza e em algumas outras, desconfiança às partes em relação à neutralidade dos julgadores, tendo em vista uma relação de maior ou menor amizade com o *sheriff* ou com os juízes locais.

O argumento de Guilherme foi instituir um princípio jurídico-político: “A paz do Rei”. O rei criaria um novo sistema de cortes judiciais que aplicariam de maneira uniforme, justa e equânime, no país inteiro, o sistema *Law* anglo-saxão.

Porém, os sistemas jurídicos locais – *Law*, de leis e de costumes locais (*de legibus et de consuetudinibus*) existentes dariam lugar a uma nova estrutura: continuaria sendo chamado *Law*, continuaria, nas relações privadas, tendo por base os costumes, porém, esses costumes não mais seriam locais, identificados pelos *sheriffs* e definidos pelos juízes locais, mas pelo próprio rei, através de seus juízes de ascendência normanda ou mesmo anglo-saxões de indiscutível lealdade, cujos julgados passariam a ser vinculativos aos casos futuros que examinassem fatos semelhantes (*stare decisis*). Essa nova estrutura do Direito já existente daria aos juízes uma base cognitiva comum.

⁶³ David, René. **O Direito Inglês**. São Paulo. Martins Fontes, p. 4, 2000.

Assim procedendo, o sistema jurídico *Law* seria o mesmo em todas as regiões da Inglaterra, passando de “local” *Law* para *Common Law*⁶⁴, um Direito comum a todos os cidadãos ingleses e praticado não pelas cortes locais, mas por cortes nacionais, chamadas Cortes de *Common Law*. Uma Justiça administrada pela Coroa.⁶⁵

Esse novo Direito, proposto por Guilherme I a partir de 1066 e consolidado no reinado de Henrique II, em torno de 1180, estruturava-se em um sistema de cortes reais de jurisdição através da *Curia Regis* e na gradual criação das cortes judiciais que dela derivavam como a *King’s Bench*,⁶⁶ a *Common Pleas*⁶⁷ e a *Court of Exchequer*.⁶⁸ Todas elas identificadas como cortes de *Common Law*.

Definidas as bases estruturantes do novo projeto institucional, teve início a sua lenta construção. A primeira medida foi uma reedição dos julgados anglo-saxões (*old english dooms*) em versão latina, pois os novos juízes não eram nem anglos nem saxões, mas franceses e não tinham condições de interpretar os julgados escritos na versão original.

A reedição dos antigos julgados também sofreu uma reelaboração, em prejuízo de sua pureza histórica, submetendo-se a uma revisão de conceitos influenciada pelo Direito Canônico, pelo Direito Romano e, de certa forma, pelas Capitulares dos reinos francos.⁶⁹

Ademais, nos julgamentos simbólicos, além dos julgamentos por juramento (*Trial by jury*) e dos julgamentos por ordálias (*Trial by ordeal*) já existentes, os normandos introduziram o julgamento por combate (*Trial by battle*), pelo qual a defesa dos direitos ocorria através de um combate entre cavaleiros contratados pelas partes.⁷⁰

No século XII, Ranulf Glanvill publicou o primeiro tratado de Direito Inglês em que se descreve a atividade, as práticas e as decisões das cortes de *Common Law*. O sistema descrito nesse tratado revela a influência do

⁶⁴ Em verdade, a consolidação definitiva do [novo] Direito Comum completa-se no reinado no reinado Henrique II em 1154.

⁶⁵ Jenks, Edward. Op cit., p. 39

⁶⁶ Inicialmente a corte de mais alta hierarquia, pois em última instância de todas as matérias de Direito Laico (até a edição do *Act of Supremacy* - por Henrique VIII 1534 e por Elizabeth I – 1558– pelo qual caberia também ao rei a decisão final sobre matérias de Direito Canônico que deixava, a partir de Henrique VIII, de tornar-se um sistema jurídico autônomo), os apelos eram ouvidos pelo próprio rei que tomava assento na Corte

⁶⁷ Criada, historicamente, para tratar de matérias de menor complexidade jurídica, como forma de desonerar a atividade judicante do rei.

⁶⁸ Corte de assuntos fazendários.

⁶⁹ Maitland e Montague. Op cit., p. 29.

⁷⁰ Ao longo do tempo essa ideia será elaborada e evoluirá para o instituto do duelo.

pensamento jurídico romano antigo na interpretação dos costumes germânicos. Ademais, observa-se que a estrutura do “novo” Direito se estabelecia pela jurisdição, através da afirmação do princípio jurídico de Direito inglês “*Remedies Precede Rights*”, inspirado na ideia romana de *actio*, pelo qual somente seriam reconhecidos direitos se contemplados em uma ação própria. As decisões pretéritas teriam força vinculativa perante os juízes, que deveriam respeitá-las, observados os mesmos fatos, afirmada na idéia de bom-senso de que não seria justo julgar diversamente as pessoas que praticassem fatos semelhantes.⁷¹

No século XIII, foi publicado o segundo grande tratado de Direito Inglês: “*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*” por Henry Bracton, uma edição mais evoluída que a de Glanvill, onde se observa uma idéia conceitual mais clara sobre o Direito e necessidade de supressão de lacunas. Segundo esse jurista, o Direito inglês se afirmava como um sistema de casos no qual os julgamentos de fatos seriam precedentes [vinculativos] para julgamentos futuros de fatos semelhantes.⁷²

Durante o reinado do rei plantageneta João, “O Sem Terra”, a Inglaterra perdeu a porção continental de seu território, dando um início a um processo de isolamento cultural do povo inglês com reflexo marcante na formação de seu Direito, em especial na edificação do sistema jurídico. O Direito inglês voltou-se para o seu sistema de costumes e bom-senso.

A Inglaterra, a partir dali, deixou de acompanhar o processo de sistematização científica do Direito Romano, modelo proposto pelo movimento dos Glosadores de estudo do *Corpus Iuris Civilis* a partir do século XII.

Contudo, diferentemente do que se costuma afirmar, o Direito Inglês nunca deixou de ser influenciado pelo Direito Romano, porém, essa influência deu-se sob uma perspectiva diversa da adotada pela Europa continental baseada nos movimentos de refinamento e modernização científica apresentada pelos glosadores e pós-glosadores, bartolistas e, finalmente, pelo movimento germânico pandectista.

O afastamento do Direito Inglês desses movimentos continentais de interpretação inovadora do Direito Romano deu a falsa impressão de um abandono dessa tradição jurídica pelo Direito Inglês. O Direito Inglês manteve em sua estrutura formativa tanto de *leges* como de *consuetudines* um número significativo de conceitos e de institutos romanos, porém, vinculados a uma interpretação mais clássica, anterior ao surgimento dos movimentos interpretativos do *Corpus Iuris Civilis*, iniciados a partir de 1159.

⁷¹ Essa idéia ainda hoje representa a justificativa política da *stare decisis*.

⁷² Maitland e Montague. Op. Cit, p. 44.

Nesse momento histórico o Direito inglês adquiriu uma configuração voltada para a pragmática, instituindo-se a partir do *case Law*. Em outras palavras, o afastamento da ilha aos movimentos da cultura jurídica continental impôs-lhe uma sequência epistemológica distinta da adotada pelo Direito Franco-Germânico-Romano. Enquanto nesses a sequência epistemológica deriva do nível científico do saber jurídico, cujos dogmas e princípios exteriorizam-se em leis escritas e codificadas, para o nível pragmático do saber jurídico de aplicação dos institutos sob a forma de decisões judiciais. Nos sistemas de *Common Law*, a sequência epistemológica do Direito deriva do saber pragmático, em forma de precedentes, para o nível científico, pela teorização dos institutos definidos pela atividade das cortes.⁷³

Pode-se dizer que a partir desse século o Direito inglês sedimentou-se nas seguintes bases estruturais:

- (1) um Direito laico nacional – *Common Law* ou Direito Comum (*de consuetudinibus* inspirado em uma tradição romana pré-clássica do conceito de *actio* verificando-se uma estagnação considerável no processo de elaboração de leis escritas) - em substituição a uma diversidade de Direitos laicos locais (sistema costumeiro anglo-saxão);
- (2) cortes itinerantes ou em Westminster presididas por juízes do rei;
- (3) procedimentos na forma de *writs*.

O *writ* ou *breve*⁷⁴ constituía-se em um documento escrito pelo rei o qual continha uma ordem dele emanada. Na grande maioria dos casos, era endereçada ao oficial da coroa na forma de uma determinação administrativa, inicialmente utilizada para qualquer finalidade de interesse do rei. Logo esta ordem real foi adotada como forma de chamamento do acusado ao processo, através do *writ of summons*,⁷⁵ endereçada ao *sheriff*, determinando-lhe a tarefa de trazer o acusado perante a corte de *Common Law* que não seria trazido pela parte acusante.

⁷³ Denota-se em quase todos os textos brasileiros de pensamento jurídico um quase absoluto desconhecimento dos três níveis de saber jurídico: (a) nível pragmático, das atividades profissionais e saberes empíricos; (b) o nível científico, do saber teórico e sistêmico; (c) nível filosófico, de compreensão ontológica, crítica e proposição da teoria jurídica.

⁷⁴ O “*breve*” era a nomenclatura originariamente adotada pelos normandos, em contraposição ao termo *writ* de origem anglo-saxônica.

⁷⁵ Ordem de convocação.

A eficácia desse instrumento processual estava na diferença de efeitos gerados sobre o acusado ao desobedecer uma ordem da parte acusante e ao desobedecer uma ordem direta do rei.⁷⁶ O não comparecimento consolidava a eficácia da ordem e a submissão aos seus efeitos jurídicos.

Conforme Van Caenegem,⁷⁷ o procedimento dos *writs* surgiu a partir de 1203 expedidos pelas cortes de *Common Law*. Especificavam a natureza da reclamação, os nomes das partes, o objeto da demanda, a ordem de convocação e a composição dos jurados.

O sistema procedimental de *writs* era formalista e oneroso. A parte comparecia perante o representante do rei⁷⁸ e apresentava a sua queixa. Se a demanda proposta se demonstrasse compatível com a autoridade judicial do *writ writer*, seria concedido um *writ* que autorizava a tramitação da demanda perante a corte real. Caso contrário, a demanda não seria examinada pela corte.

Os *writs* definiam o direito de ação e sua forma. Em última análise, pode-se também dizer que a sua concessão significava, de certa maneira, na expressão “*Remedies Precede Rights*”, um reconhecimento do direito de ação e de suas formalidades, anterior ao reconhecimento do direito material.

Após a concessão do *writ of summons* a parte era trazida ao juiz para apresentar as suas alegações de defesa. A contrariedade entre as partes julgada pelas cortes faziam-nas adversárias, dando origem ao *adversarial system* de produção de provas do Direito judicial, as quais, por princípio processual pertencem às partes (e não ao processo) que decidirão sobre a sua produção em juízo ou pela admissão dos fatos⁷⁹ afirmados no processo.

No caso *Parson of Saltash*, no ano de 1400, precedente vinculativo, definiu-se que nos julgamentos das cortes de *Common Law* haveria uma evidente diferenciação entre a matéria de Direito -*question of law*, examinada e decidida pelo magistrado, e a matéria de fato - *question of fact* - apreciada e decidida pelo júri.

A consolidação definitiva das cortes de *Common Law* e a evolução científica do sistema fez com que, a partir do século XIII, as formas mais antigas de julgamento *trial by ordeal* e *trial by battle* cedessem, inexoravelmente, espaço para o *trial by jury*.

⁷⁶ Jenks, Edward. Op. Cit., p. 44

⁷⁷ Van Caenegem, R.C. **The Birth of the English Common Law**. Cambridge. Cambridge University Press, p. 29, 2004.

⁷⁸ *Writ writer*.

⁷⁹ Na primeira hipótese, pelo princípio da boa-fé processual deverão revelar (*disclose*) à parte contrária quais provas serão submetidas ao julgador.

Por outro lado, o reconhecimento da autoridade religiosa para a resolução jurídica de litígios vinculados, inicialmente, a matérias de competência exclusiva do Direito Canônico, culminou na criação das *Courts of Chancery* ao final do século XIV.⁸⁰ Essas cortes, posteriormente, apresentaram-se como alternativa às cortes de *Common Law*, pois não operavam pelo sistema de *writs*. A jurisdição alternativa baseava-se no conceito de equidade quando inexistentes os costumes indicativos de uma solução legítima para o caso.

As *Courts of Chancery* tornaram-se cortes de *Equity Law* adquirindo uma competência residual para as pretensões jurídicas não contempladas em *writs* e que, dessa forma, não poderiam ser julgadas pelas cortes de *Common Law*.

Segundo Peter Walter Ashton,⁸¹ as normas legais da *Common Law* não foram formuladas com uma precisão que pudessem resolver adequadamente toda e qualquer contingência ou hipótese legal possível, podendo acontecer injustiças pela aplicação inadequada de norma da *Common Law*. Para resolver e remediar tais injustiças da *Common Law* é que se desenvolveu o direito de equidade (*Equity Law*). Na Idade Média, em vez de usar a expressão *Law of Equity*, era muitas vezes usada a expressão “Direito da Consciência” ou *Law of Conscience*,⁸² pois a consciência de justiça era a *ratio non scripta* desse subsistema.

O procedimento nas *Courts of Chancery* era totalmente diverso do previsto para as *Courts of Common Law*. Inicialmente as partes não eram tratadas como adversárias. Dessa forma, o processo norteava-se pelo princípio inquisitorial e as partes tratadas como suplicante e suplicado, perante uma autoridade prestadora de uma atividade consultiva. Inexistiam as formalidades previstas para a concessão do *writ*, os pedidos eram feitos oralmente e os julgamentos proferidos, por magistrados, com base na consciência, equidade e bom senso.

As decisões judiciais não reconheciam direitos, apenas indicavam uma solução justa e dessa forma, os fundamentos jurídicos não eram apresentados às partes. Em assim sendo, não tinham força para a criação dos precedentes, pois não se baseavam no sistema positivado, mas no bom senso dos julgadores.

Os enunciados sentenciais das cortes de *Equity Law* não revestiam a forma de *writs*, mas de *injunctions* ou determinações de *specific performances*. Na *specific performance* a corte obrigava ao réu a cumprir a sua promessa contratualmente avençada, enquanto que pela *injunction* impedia-se o réu de

⁸⁰ Jenks, op.cit, p. 165.

⁸¹ Ashton, Peter Walter. *A Common Law e a Equidade do Direito Anglo-Saxônico*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Vol. 64, p. 192, 2009.

⁸² Peter Ashton, op cit, p. 192.

realizar o que contratualmente prometera não fazer,⁸³ enquanto que nas cortes de *Common Law*, o julgamento de responsabilidade determinava o pagamento da indenização pela quebra contratual.

Além das diferenças conceituais acima descritas, conforme Jenks,⁸⁴ a eficácia jurídica das decisões das *Courts of Chancery* eram *in personam*, pela manutenção da parte em custódia até o cumprimento da decisão prolatada, enquanto que nas *Courts of Common Law*, das suas decisões eram *in rem*, a condenação ao pagamento e o apossamento da coisa como garantia da eficácia jurídica do julgado.

É importante destacar que o desenvolvimento desses sistemas distintos de cortes não impediu entre eles uma relação harmônica e complementar, denotando um desenvolvimento mais amplo da teoria jurídica. Isso pode ser observado, por exemplo, na evolução da teoria dos ilícitos não contratuais, os *torts*. As cortes judiciais de *common Law* e *equity Law* começavam a preocupar-se com uma maior atenção aos que não agiam conforme o direito (*rectvm- recht- right*) identificando esta conduta “não reta” como “torta” pela palavra latina *tortvm*, evoluindo, posteriormente para *tort*.

Nessas condições de paralelismo e complementariedade entre as cortes de *common Law* e *equity Law*, anteriormente noticiadas, denota-se que enquanto as ações de responsabilidade não contratual – *torts* - fundadas na negligência e no erro tramitavam nas cortes de *common Law* (previsão em *writ* específico-efeitos *in rem*), as ações relativas aos *torts*, porém, sustentadas na fraude e baseadas no desrespeito à noção de boa-fé, eram processadas e julgadas nas cortes de *equity Law* (efeitos *in personam*).

Durante a dinastia Tudor⁸⁵ foi criada a *Star Chamber* (1485-1641) com jurisdição criminal para assuntos de segurança do reino, em geral sob a normativa legal do *Treason Act of 1495*. A *Star Chamber* adotava um rito processual próximo às cortes de *Equity Law*, pois o acusante dirigia-se à corte e esta, inquisitorialmente conduzia a acusação contra o denunciado, sem nenhuma participação do denunciante. Como se tratava da “segurança” do reino, o denunciado não tinha acesso pleno à acusação que contra ele pesava, nem às provas contra ele produzidas. As decisões não criavam precedentes sendo julgadas casuisticamente, orientadas na presunção de culpa do acusado. Na medida da arbitrariedade autorizada ou desejada por cada rei, o caminho para a obtenção da “verdade” não sofria restrições, submetendo o réu, geralmente, a um processo cruel de torturas.

⁸³ Cfe Peter Ashton, op cit, p. 193.

⁸⁴ Jenks, Edward. Op. Cit., p. 166.

⁸⁵ Casa real inglesa que reinou entre 1485 – 1603 pelos seguintes reis/rainhas: Henrique VII, Henrique VIII, Eduardo VI, Maria I, Elizabeth I.

Edward Jenks⁸⁶ apresenta um interessante quadro comparativo entre os três sistemas jurisdicionais:

<i>Common Law Courts</i>	<i>Star Chamber</i>	<i>Court of Chancery</i>
1 <i>Right</i>	<i>Grace</i>	<i>Grace</i>
2 <i>Writ (form of action)</i>	<i>Bill (no form of action)</i>	<i>Bill (idem)</i>
3 <i>Oral Pleading to Issue</i>	<i>Writing Pleading (no issue)</i>	<i>Writing Pleading</i>
4 <i>No examination of Parties</i>	<i>Defendant on Oath</i>	<i>Defendant on Oath</i>
5 <i>Precedents</i>	<i>Discretion</i>	<i>Discretion</i>
6 <i>Jury</i>	<i>No Jury</i>	<i>No Jury</i>
7 <i>In Rem</i>	<i>In Personam</i>	<i>In Personam</i>
8 <i>Open Accusation</i>	<i>Accuser unknown</i>	<i>Accuser unknown</i>
9 <i>Reasons given for Judgement</i>	<i>No Reasons given</i>	<i>No Reasons given</i>

Nota-se que o Direito comum aos cidadãos, durante quase todo o medievo, não provinha das leis dos homens, ou seja, não provinha de atos parlamentares. A crença na divinização do Direito⁸⁷ repousava na suposição de ser Deus o grande legislador e homens e mulheres, através dos juízes, deveriam descobrir essas “leis” que fluíam na natureza, reveladas pelas diretivas da Santa Igreja e que teriam de ser cegamente obedecidas.⁸⁸

Dessa forma, durante quase todo o período desde a dinastia Plantageneta até o Maria Tudor,⁸⁹ o Parlamento foi entendido como um ente social de criação legislativa voltada aos interesses imediatos e pontuais do soberano. Somente no período Elizabetano a criação legislativa passou a visar, conjuntamente como os interesses do soberano, os interesses coletivos da nação.

Observa-se, também, no período elizabetano, a evolução significativa do sistema *Common Law*. Nesse período, ocorreu o abandono do costume como fonte primária do Direito Inglês, em detrimento do precedente vinculante (*stare decisis*). O precedente vinculante tornou-se interpretativo: (a) de leis (*leges*),⁹⁰ base especial formalizada em atos do Parlamento e; (b) costumes –

⁸⁶ Jenks, Edward. Op cit, p. 168.

⁸⁷ Vigil Neto, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, p. 27, 2008.

⁸⁸ Stuart Prall, *The Puritan Revolution*, Krieger Publishing Company, Malabar, Florida, p 7, 2002.

⁸⁹ Passando também pelas dinastias de Lancaster e York.

⁹⁰ Exemplificativamente, pode-se referir que em 1562, foi promulgado o *Act of Labourers* estabelecendo valores mínimos regionais de pagamento pelo trabalho livre, ao mesmo tempo, restringia o direito do trabalhador de buscar uma nova oportunidade de emprego enquanto

consuetudine, base maior, e residual, de interpretação das relações de Direito Privado; (c) na ausência de ambos, o bom senso, traço marcante de uma *ratio non scripta* da cultura jurídica inglesa.

Entretanto, o costume, além de tornar-se uma fonte subsidiária, necessitava do reconhecimento de uma corte, manifestada em precedente judicial, para tornar-se normativo⁹¹. Além disso, qualquer corte judicial poderia “desnormatizar” o conteúdo jurídico do costume se entendesse que a sua aplicação pudesse afrontar o bom-senso⁹².

No período Tudor, especialmente com Elizabeth I, a lei começava a ser retomada na Inglaterra também para algumas relações de Direito Privado, ainda que se constituísse em uma fonte de base menor para essas relações jurídicas.

3 A constitucionalização do sistema jurídico inglês (1215-1689)

3.1 O poder absoluto do rei e o controle político do parlamento e do poder judiciário

“*The King over Parliament...*”

A *Common Law*, como se observou, não surgiu de um ato único e instantâneo de criação humana, mas foi, e tem sido, fruto de uma lenta evolução e melhoria de institutos previamente constituídos.

Pode-se dizer, historicamente, que o primeiro passo dado remete à maneira normanda de administrar o Estado saxão. Ao mesmo tempo em que respeitava a ordem constituída, propunha um novo princípio: “A paz do rei”. Se a paz era do rei (e não para o rei), seria ele, o rei, mais o artífice do que o beneficiário da paz social.

A forma de proposição do princípio político de administração normanda na Inglaterra selou um compromisso assumido pelo rei perante seus súditos: respeitava a tradição cultural e a estrutura estatal, porém remodelava modernizando algumas instituições, especialmente o sistema judiciário.

vigorasse o seu contrato de trabalho. Também no ano de 1562, foi renovado o *Bankruptcy Act*, tornando-se um regime especificamente contra a falência do comerciante, permitindo ao *lord chancellor* (magistrado da *Court of Chancery*) arrecadar a propriedade do falido e dividi-la entre os seus credores.

⁹¹ Hart, HLA. **The Concept of Law**. Oxford University Press. Oxford, p 47, 1961.

⁹² Idem.



Essa modernização não representou ruptura, mas uma lenta e constante evolução, traço marcante do sistema jurídico inglês nos dias de hoje. O Direito inglês não muda, evolui⁹³.

Entretanto nem todos os sucessores de Guilherme I acreditavam no êxito de uma aliança entre rei e povo, preferindo optar pela ideia do Direito Divino dos reis⁹⁴ que considerava ilegítima qualquer pretensão reivindicativa do povo ou de qualquer outra autoridade política.

A vontade que não fosse do rei, dessa forma, não representaria, na Terra, a vontade de Deus. Com base nesse argumento político-teológico, os reis procuravam obter o controle político absoluto de todas as instituições de Estado que deveriam agir em conformidade com os seus interesses, e uma autonomia política plena, sem prestar contas ou ter de justificar as suas atitudes.

Os reis normandos substituíram o *witan*, de tradição anglo-saxônica, pelo conselho real, que se constituía em grupo de pessoas da absoluta confiança do monarca, não mais dos clãs ancestrais. No período plantageneta, o conselho do rei adquiriu uma configuração mais ampla, ainda que inicialmente não revelasse uma maior representatividade social. Os barões, por exemplo, passaram a adquirir o direito de integrar o conselho real, justificados no argumento jurídico de Direito feudal de participação obrigatória nos conselhos de seu superior imediato, no caso o rei.

Foi, também, no período plantageneta que o conselho do rei passou a ser chamado de Parlamento⁹⁵. Porém, este fato ocorreu em um período em que a compreensão do rei sobre a instituição era constituir-se, apenas, em um conselho real de maior amplitude, mas de nenhuma representatividade política e que, desse modo, deveria colocar-se ao lado dos seus interesses em detrimento dos interesses do povo. Logo, a convocação não era vista como uma obrigação, mas como uma prerrogativa real, permitindo ao soberano decidir se convocaria, quando convocaria e quais de seus integrantes seriam convocados.

⁹³ Nisso se destaca a diferença entre o processo histórico do Direito inglês, de lenta evolução, e o processo histórico do Direito brasileiro, de rupturas periódicas.

⁹⁴ Homem/mulher escolhido (a) por Deus para representá-lo e agir por sua vontade nos assuntos não espirituais.

⁹⁵ Conforme Babington, o termo Parlamento foi utilizado pela primeira vez na Inglaterra no século XIII, expressão originariamente retirada da língua francesa *Parlement*, tendo em vista a oportunidade de povo, através de seus representantes, poder “falar” com o rei para apresentar as suas demandas, op. Cit, p. 65.



Pode-se, por outro lado, afirmar que o início do processo de constitucionalização do Direito antecipou-se na Inglaterra, em relação aos demais países, com a Magna Carta, assinada em 1215, pelo rei João.

Nesse documento de natureza constitucionalista, foram impostos limites (ainda que teóricos) ao poder absoluto do rei. Nela afirmou-se politicamente uma das garantias do povo inglês: o rei estava obrigado a convocar todos os integrantes do Parlamento, sem exceção, incluindo os que não fossem seus favoritos e aqueles que não estivessem dispostos a votar favoravelmente às proposições do soberano. A convocação do Parlamento, quando realizada⁹⁶, não mais seria do exclusivo interesse do rei, mas também do interesse da nação, pois as matérias decididas na assembléia também afetavam aos interesses dos súditos, logo, o Parlamento teria constitucionalmente o direito de rejeitá-las se assim entendesse necessário.

A submissão do rei aos termos da Magna Carta representou o primeiro de muitos passos no longo caminho do constitucionalismo político e jurídico na Inglaterra. A Magna Carta propunha limites ao poder real, afirmando garantias políticas e jurídicas como:

- (1) a exigência ou aumento de impostos condicionado à concordância expressa do conselho político;
- (2) a convocação prévia e obrigatória de todos os arcebispos, bispos, abades, *lords*, *earls* e barões para as reuniões do conselho;
- (3) a ilegalidade de medidas como a prisão ou o confisco de propriedade de cidadãos livres, sem o devido processo legal;
- (4) a ampliação do Conselho Real e a sua divisão em câmaras de *upper* e *lower strata*⁹⁷ que em breve futuro seriam denominadas Câmara de *Lords* (nobres) e Câmara de Comuns (plebeus), a primeira formada por integrantes da nobreza com direito hereditário, a segunda, por representantes eleitos pelas comunidades.

Todavia, a postura dos reis, como a de João “Sem Terra” nunca foi a de submissão ou respeito a uma ordem constitucional que impusesse limites ao seu direito absoluto de origem divina.

Em 1258, já no reinado de Henrique III, os barões novamente mobilizados sob a liderança de Simon de Montfort proclamaram as Provisões de Oxford, que, ao reafirmar os termos da Magna Carta, exigiam um juramento do rei de dar cumprimento aos compromissos nela incluídos. O rei jurou

⁹⁶ Nesse momento histórico ainda se considerava a oportunidade de convocação do Parlamento, bem como a manutenção ativa, como uma prerrogativa real.

⁹⁷ Definições originárias em inglês, de acordo com o status social.



cumprir, mas obteve do Papa a dispensa de manter o seu juramento. Tal fato gerou dois levantes civis.

Com a vitória final do rei, a convocação dos membros do Parlamento novamente voltou a ser uma prerrogativa absoluta do soberano, ideia que se manteve incólume durante o período restante da dinastia plantageneta. Mais uma vez, o avanço de um passo era neutralizado pelo recuo de dois movimentos.

Nos períodos seguintes, de disputas entre dinastias Lancaster e York,⁹⁸ pode-se afirmar com toda segurança, não apenas supremacia do rei sobre o parlamento e seu controle absoluto sobre o sistema jurídico, mas a subserviência do Poder Legislativo e do Poder Judiciário aos interesses dos reis. A Inglaterra rumava em direção oposta ao constitucionalismo.

3.2 O acordo político entre o rei e o parlamento

“The King and the Parliament...”

O fim da Guerra das Rosas (1485) não trouxe, inicialmente, uma modificação no ambiente político de aplicação do sistema jurídico constitucional na Inglaterra. O povo esperava por um rei que tivesse autoridade e que pudesse governar o país. Uma liderança definitiva, mesmo que despótica. A necessidade de um “Senhor de Estado” que pudesse reorganizar o país, naquele momento, era mais importante que a necessidade da consolidação do constitucionalismo na Inglaterra.

Henrique VII, fundador da Casa de Tudor, apresentava-se como este novo rei. Aclamado logo após a vitória sobre Ricardo III na batalha de Bosworth Field,⁹⁹ manteve toda a estrutura de Estado até então existente, como o Conselho Real, o Parlamento e as Cortes Judiciais. Entretanto, afirmou-se como um monarca absolutista com um rígido controle sobre as manifestações e posições adotadas pelo Parlamento e pelo Poder Judiciário, subordinando ambos à sua vontade e interesses.

Na sua sucessão, em virtude da morte prematura de seu primogênito, apresentou-se o seu segundo filho Henrique, aclamado como Henrique VIII e conhecido como o mais despótico dos monarcas ingleses. Notadamente, o despotismo, a crueldade, os excessos e a falta de escrúpulos do novo rei eram

⁹⁸ A guerra das Rosas que marca o período de disputa político-militar entre as Casas de Lancaster (Rosa Vermelha) e York (Rosa Branca). Tecnicamente, pode-se afirmar a vitória final da Casa de Lancaster com o êxito de Henrique VII sobre Ricardo III (Batalha de Bosworth Field). Contudo, tão logo a sua aclamação, Henrique VII casou com Elizabeth de York (filha de Eduardo IV) e fundou a Casa de Tudor (Rosa Vermelha e Branca), pondo fim às disputas dinásticas na Inglaterra.

⁹⁹ Também dramatizada por William Shakespeare na peça: “Ricardo III”.



por ele justificados em razões jurídicas e de interesse coletivo, subjugando o parlamento, cortes e juízes.

A partir do rompimento político com o Papa, em virtude da negativa deste em anular o seu casamento com Catarina de Aragão, Henrique VIII impôs ao Parlamento a aprovação de uma série de leis que lhe garantiam uma posição autônoma em relação ao Vaticano,¹⁰⁰ mesmo contrariando a vontade da imensa maioria da população inglesa. Ao mesmo tempo, tinha a garantida a submissão política por parte do Poder Judiciário de condenação a todos os que não adotassem a fé anglicana e/ou aos que expressassem críticas às suas decisões.¹⁰¹

Ao final de sua vida, conseguiu ainda fazer aprovar pelo Parlamento o *Act of Succession of 1544*, pelo qual redefinia a ordem de sua sucessão de seus filhos no trono da Inglaterra: Eduardo, Maria e Elizabeth, respectivamente, filho do terceiro casamento, filha do primeiro casamento, filha do segundo casamento, rompendo com a linha constitucional de sucessão.

Eduardo VI,¹⁰² por seu turno, resolveu também romper com a nova linha de sucessão imposta por seu pai, tendo em vista que a sucessão em favor de Maria I não garantiria a continuidade da fé anglicana como religião oficial na Inglaterra. Em lugar de Maria, indicou sua prima Jane Grey para assumir o trono após a sua morte a qual foi proclamada rainha pelo conselho real em 1553. O povo, dessa vez, não aceitou a ordem instituída pelo rei, optando pela ordem constitucional de sucessão aprovada pelo Parlamento, a qual acreditava estar acima da vontade real.

O povo colocou-se ao lado de Maria, a próxima na linha de sucessão conforme o *Act of Succession of 1544*. O reinado de Jane Grey durou apenas nove dias em virtude do amplo apoio dado pela nação à causa da herdeira constitucionalmente legítima, Maria, filha de Henrique VIII e Catarina de Aragão. Após uma sublevação popular, Jane Grey foi capturada e decapitada sete meses após.

A sociedade inglesa dava mais um entre tantos passos rumo ao princípio constitucionalista afirmando a ideia de que somente um governante constitucionalmente legítimo assumiria o compromisso de governar para o povo e respeitar as leis.

¹⁰⁰ *The Act of Supremacy of 1534* e *The Act of Preamunire* (represtinado em 1534).

¹⁰¹ Destacam-se, negativamente, as ações autoritárias em relação à prisão, julgamento e execução de Thomas More, John Fisher, por sua recusa ao ato de submissão, em 1535 e de Robert Aske no episódio da *Pilgrimage of Grace*, em 1536- 1537.

¹⁰² Filho de Henrique VIII e Jane Seymour.

Maria I, seguindo uma tradição Tudor, estabeleceu-se como rainha sob uma base formalmente constitucional, impondo ao Parlamento um ato de reconhecimento de sua condição de legítima herdeira do rei Henrique VIII, fruto do casamento válido deste com sua mãe, Catarina de Aragão.

O apoio da população à causa de Maria Tudor decorreu de um sentimento de justiça e de reconhecimento de legitimidade constitucional. Entretanto, no reinado estabeleceu-se o sentimento de vingança e perseguição perpetrado pela rainha.

Se a partir de Henrique VIII, professar a fé católica passava a ser crime, punível com prisão e confisco de bens, independentemente de julgamento. Em 1553, com Maria I, professar a fé anglicana passava a ser crime, punível com o confisco de bens, sem devido processo, e morte na fogueira, por vontade da rainha, mediante julgamento pela *Star Chamber*, onde conforme anteriormente visto, o acusado não tinha a garantia de ser plenamente informado sobre a acusação, nem acesso a todas as provas produzidas contra si, ademais, na busca da verdade real, era, invariavelmente, submetido a um processo doloroso de torturas. Mais uma vez na história inglesa, o avanço de um passo era neutralizado pelo recuo de dois.

O reinado de terror imposto por Maria I ao povo inglês durou apenas cinco anos¹⁰³ e lhe rendeu o apelido de Maria, “A Sanguinária”. A sucessão foi conduzida por sua meia-irmã Elizabeth Tudor, filha de Henrique VIII e Ana Bolena.

Elizabeth I assumiu o trono inglês, novamente sob uma condição de legitimidade constitucional, como a herdeira legítima do rei Henrique VIII.¹⁰⁴ Porém, diferentemente de todos os seus antecessores tinha como clara a ideia de uma nova organização social, entre Rainha, Povo e Parlamento, todos submetidos ao Estado de Direito.

Na sua visão política de Estado, a rainha executaria ações em benefício do povo, sob uma regra de Direito oficializada pelo Parlamento. O sistema judicial deveria novamente servir para a “A Paz do Rei”, o qual assumiria o compromisso político de conduzir a “Paz do Povo”.

O governo de Elizabeth baseava-se na manutenção das estruturas e a sua lenta transformação para melhoria dentro das expectativas sociais. Professar a fé católica voltava a ser crime, porém, não mais punido com morte, prisão ou confisco. Estabeleceu-se o princípio da liberdade religiosa, ainda condicionada ao pagamento de uma multa. Pouco na visão constitucionalista moderna, mas muito nas garantias individuais da época.

¹⁰³ Entre 1553-1558.

¹⁰⁴ Isto porque tanto Eduardo VI como Maria I não deixaram herdeiros.

Observa-se nesse reinado o lançamento das bases constitucionais de um Estado voltado ao bem-estar social (*welfare state*) a partir da liberdade de expressão e pensamento, liberdade religiosa, independência e equidistância entre os poderes constituídos.

Pode-se, ao examinar sucintamente o longo período elizabetano, identificar a configuração de um grande acordo nacional estabelecido na equidistância entre Monarquia, Igreja, Parlamento, comprometidos com o Estado de Direito e com absoluto respeito aos seus limites. No chamado “Acordo Elizabetano” pode-se identificar a ideia de *King and Parliament*.

3.3 A supremacia do parlamento e a independência do poder judiciário

“*King in Parliament and the Rule of Law...*”

A dinastia Tudor encerrou-se com a morte de Elizabeth I, em 1603, a qual não deixou descendentes. Diante disso, indicou para a sua sucessão James VI da Escócia. Imediatamente após receber a comunicação oficial, James VI da Escócia dirigiu-se para Londres assumindo como James I da Inglaterra, iniciando-se o reinado da casa de Stuart.

Reiniciava-se, também, uma discussão já superada no período Elizabetano, o absoluto controle do Poder Legislativo e do Poder Judiciário pelo rei, tese sustentada pelo princípio da divindade do monarca. Mais uma vez na histórica inglesa, os avanços constitucionais seriam neutralizados pela vontade do soberano.

James I, ferrenho adepto da tese do direito divino dos reis, a partir do princípio: “*The king could do no wrong*”, sustentava a sua condição de autoridade máxima do Estado sendo a sua vontade superior a de todos os cidadãos e a de todas as instituições. Nesse sentido, suas convicções deveriam prevalecer inclusive sobre as decisões judiciais que poderiam ser influenciadas pela vontade do monarca.

Em oposição a essas idéias, segmentos do Parlamento e do Poder Judiciário advogavam a tese separacionista pela qual a prerrogativa real seria divisível: absoluta no plano internacional para a formulação da política exterior, mas submetida a limites e controles na administração dos interesses do cidadão, do patrimônio e das instituições públicas.

O primeiro grande dissenso surge na questão relativa às garantias constitucionais reivindicadas pelos membros do Parlamento:

- (1) composição da Câmara dos Comuns através de processo eletivo;
- (2) decisões das casas mediante livre votação de seus membros;



- (3) imunidade de seus membros contra a prisão sem autorização do Parlamento;
- (4) a liberdade de expressão nos debates camerais.

James I também deu início a um grande debate político sobre a legitimidade e poder de interferência do rei nas decisões judiciais. O rei via os magistrados como funcionários da coroa e dessa forma as suas decisões deveriam estar sempre de acordo com os interesses da monarquia.

Nesse debate, a reação à ideia de supremacia do rei e a proposição alternativa de supremacia do Parlamento e da independência do Poder Judiciário começavam a ganhar corpo a partir das manifestações de Edward Coke. O jurista e parlamentar inglês passou a questionar a noção de soberania, a qual, em sua visão, não poderia resumir-se a uma prerrogativa do rei, mas uma noção de Estado e de suas instituições.

A soberania, um poder pleno do Estado e do povo, somente pode ser vista na relação *King-in-Parliament*, significando a supremacia das leis votadas pelo Parlamento e não da supremacia da vontade do rei.

Essa concepção constitucionalista do Estado de Direito, que surge a partir do período Elizabetano, contrariava o conceito medieval de cunho jusnaturalista, profusamente adotada pelos reis, pela qual Deus seria o grande legislador e que seus princípios jurídicos e morais encontravam-se dispersos pela natureza, cabendo à humanidade apenas observá-los. As leis naturais faziam do rei, por ser escolhido por Deus, o melhor entre todos os cidadãos cujas condições perceptivas dos princípios de ética e justiça seriam mais qualificados do que dos próprios magistrados, e por força disso, deveriam prevalecer nas decisões judiciais¹⁰⁵.

Edward Coke afirmou que a soberania não se constituía em uma estrutura dúplice, mas tríplice: parlamento, sistema jurídico-judicial e rei, sem hierarquia e com uma absoluta independência e identificação das tarefas para a edificação do Estado. Se o Direito é também soberano, não poderia o rei controlá-lo. A evolução do sistema jurídico-judicial, dentro da estrutura organizacional, seria realizada através dos juízes legitimados pelo acordo social, para operarem as transformações através dos julgados, ou, eventualmente através de um ato formal legislativo proveniente do Parlamento, como poderes constituídos do Estado.

¹⁰⁵ Apresenta-se como interessante leitura o debate ocorrido entre Sir Edward Coke e o Rei James I sobre a noção de competência institucional e metodologia jurídica (in Posner, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. Chicago. Harvard University Press, 1ª Ed, p.10, 1990.



O tensionamento máximo das relações entre o rei e os demais poderes do Estado verificou-se no reinado de Carlos I. O argumento de independência do Parlamento começava a evoluir para um princípio político-constitucional de supremacia, baseada na legitimidade de seus membros.

O país era do povo e a sua vontade representada pelo Parlamento submetia a todos, inclusive ao rei. O estopim da crise surge a partir do fechamento do Parlamento, em virtude da rejeição do projeto de aumento de impostos, em 1627 por ordem do rei Carlos I.

De acordo com os termos da Magna Carta, a instituição de novos impostos somente seria válida se aprovada pelo Parlamento. Estando este fechado por ordem do rei, novos tributos não poderiam ser cobrados para atender as necessidades da coroa.

Diante disso, o rei Carlos I impôs aos súditos uma modalidade de empréstimo compulsório aos que possuíssem terra, sob pena de confisco e prisão. Em 1627, no caso *Darnel*¹⁰⁶, foi concedida ordem de *Habeas Corpvs* (*writ of Habeas Corpvs*) para que a autoridade real trouxesse os detidos perante um magistrado para justificar a prisão. A falta de justificativa por parte da coroa implicou a imediata libertação dos detidos. No caso *Darnel*, a Justiça inglesa, ao lançar a sua base de independência, definiu:

- (1) qualquer prisão, sem prévia ordem judicial, teria de ser imediatamente comunicada a uma autoridade judiciária com a apresentação do detido (*corpvs*);
- (2) os argumentos da prisão feita pelo Estado deveriam ser apresentados a um magistrado que examinaria a sua legalidade/constitucionalidade;
- (3) o ato prisional teria de ser ratificado pela autoridade judiciária.

O precedente criado a partir de uma interpretação dos artigos da Magna Carta consolidou-se como garantia constitucional contra a arbitrariedade do ato prisional não determinado por autoridade judiciária e sem respeito ao devido processo legal.

Sem alternativa, o rei foi obrigado a propor uma negociação com o Parlamento, cuja principal exigência seria a submissão do rei a uma *Petition of Rights* (1628). Essa Petição de Direito ao rei baseava-se nos termos originariamente aceitos na Magna Carta e proibia:

- (1) a instituição de tributos sem a prévia autorização do Parlamento;
- (2) a imposição de lei marcial em tempos de paz;

¹⁰⁶ Darnel e mais quatro outros cavaleiros recusaram-se a acatar a ordem de empréstimo compulsório, sendo presos por ordem do rei Carlos I.

- (3) a prisão de qualquer súdito sem uma razão conhecida ou em virtude da soberania do rei, garantindo o direito à ordem de *Habeas Corpus* (trazer o detido perante o juiz e explicar motivos da prisão que somente seria mantida se esses encontrassem respaldo no ordenamento legal vigente).

O sentimento irreversível de independência das instituições de Estado e a pouca vontade do rei em reconhecê-la determinaram a ruptura entre rei e parlamento, que culminou na Revolução Puritana, tendo o Parlamento, após a vitória das tropas lideradas por Oliver Cromwell, julgado o rei como traidor do Estado inglês, condenando-o à morte.

Entretanto, nos doze anos que se seguiram à execução do rei, a república instalada promoveu uma ditadura ferrenha e um controle quase absoluto nas decisões do Poder Judiciário.

Ao final desse breve período, em que se observa um distanciamento entre regra positivada e expectativas sociais¹⁰⁷, o povo exigiu a restauração da monarquia em 1660 com ascensão de Carlos II, sob limites constitucionais e legais previamente demarcados.

Esses preceitos fundacionais do constitucionalismo inglês irão se consolidar com a Revolução Gloriosa, contra James II (1688) quando se estabeleceu, de forma definitiva, o Direito inglês sob a égide do constitucionalismo como uma regra fundacional do sistema político contratualista.

Em 1689, este acordo político foi transformado em ato jurídico aprovado formalmente pelo Parlamento, conhecido como *Bill of Rights*, onde se estabelecem garantias individuais e políticas:

- (1) independência do Poder Judiciário;
- (2) sistema parlamentar representativo e permanente;
- (3) instituição de impostos somente por ato parlamentar;
- (4) alistamento militar obrigatório somente em caso de guerra;
- (5) direito de petição;
- (6) liberdade religiosa (plena a partir do século XIX);
- (7) liberdade de expressão;
- (8) liberdade do uso de armas para a defesa individual e propriedade.

A monarquia constitucionalista inglesa estabelecida a partir de 1688/1689 fundamenta-se na relação *king in parliament* e pela supremacia do Estado de Direito (*the rule of Law*). O sistema jurídico-judicial formava-se pelo

¹⁰⁷ Ainda que possa parecer bizarro, durante a república puritana as pessoas foram proibidas de dançar, de ingerir bebidas alcoólicas, os pubs eram fechados aos fins de semana e foram proscritas festas como a Páscoa e o Natal.

precedente vinculativo (*stare decisis*) interpretativo da lei ou do costume e, diferentemente da proposição germânica que utiliza o Direito Romano como *ratio non scripta* do sistema, a adoção da regra do bom senso como elemento norteador das decisões judiciais.

No plano formal, o constitucionalismo na Inglaterra sustenta-se pela Magna Carta (1215), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689) e os atos Parlamentares de 1911 e 1949.

4 A modernização do sistema jurídico (1832-2005)

Durante os séculos XVI e XVII, observou-se um grande debate político sobre a configuração política do sistema de leis e justiça na Inglaterra, tendo como resultado final a estrutura contratual-constitucionalista, sob a égide do Estado de Direito.

No século XIX, um novo debate teve início, onde se procurava modernizar as instituições jurídicas há dois séculos afirmadas. Esse processo de reformas teve início a partir de 1832 com a edição do *Uniformity of Process Act*.

As três cortes de *Common Law*¹⁰⁸ que até então possuíam plena autonomia regulamentatória de seus ritos procedimentais, fato que gerava muitas incertezas e, em muitas vezes, armadilhas processuais, foram obrigadas a se submeter a um procedimento uniforme para o exercício da operação jurisdicional.

Essa primeira reforma foi complementada pelo *Civil Procedure Act of 1833* que estabeleceu prazos prescricionais (*limitations*) para o exercício do direito de ação: (1) vinte anos para as ações obrigacionais; (2) dois anos para as ações penais; (3) seis anos para as demais. Em todas as situações, o prazo seria contado a partir do fato gerador do direito de ação.

Em 1875 sobrevieram novas reforma através do *Common Law Procedure Act* que instituiu o procedimento de arbitragem sob a supervisão da Corte de *Common Law* para disputas provenientes de relações contratuais, bem como a reorganização do sistema de cortes judiciais para a Inglaterra e Gales¹⁰⁹, reunindo as cortes de aplicação de *common law* e as cortes de aplicação de *equity law* e formando um único sistema processual com uma configuração judicial organizada em cortes de jurisdição geral e cortes de jurisdição especial.

¹⁰⁸ Vide notas n.º 65, n.º 66 e n.º 67.

¹⁰⁹ É importante observar que o sistema jurídico inglês não prevalece em toda a Grã-Bretanha, havendo sistemas jurídico-judiciais próprios na Escócia e Irlanda do Norte, salvo no Direito de Imigração e nas regras de concessão de asilo político e Direito do Trabalho, menos para a Escócia.

Dentro da jurisdição geral existem as cortes civis e criminais exercidas pelas cortes de Direito Comum que poderão julgar indistintamente as matérias originariamente de *Common Law* e de *Equity Law*.

Na jurisdição criminal, os delitos de maior gravidade são processados e julgados em primeira instância na *Crown Court* que se estrutura na forma tradicional da *Common Law*: juízes profissionais presidem o processo e examinam a matéria de Direito e jurados leigos examinam a matéria de fato. A Promotoria de Justiça, *Crown Prosecution*, formaliza a acusação através de um *indictment* que demonstre os elementos essenciais de tipo penal *actus reus* e *mens rea*, pesando-lhe o ônus da prova de culpa do acusado (*defendant*) que ultrapasse o limite de dúvida (*beyond reasonable doubt*). Os recursos interpostos¹¹⁰ contra as decisões da *Crown Court* serão examinados pela Divisão Criminal da *Court of Appeals*.

Os casos de menor potencial ofensivo serão julgados pela *Magistrates¹¹¹ Court*, através de um rito sumário por um colegiado de juízes que poderão ser leigos ou advogados. Os recursos (*appeals*) contra as decisões da *Magistrate Court* serão examinados por um juiz da *Crown Court*.

A jurisdição civil trata, em regra, da matéria relativa à responsabilidade contratual (*contracts*) e extracontratual (*torts*), direitos reais - especialmente sobre a propriedade imóvel (*land Law*), falências (*bankruptcy*) e Direito de Família.

Os litígios de menor valor econômico são julgados pela *County Court¹¹²*, em procedimento sumário para pequenas demandas. Nesse procedimento as partes comparecem perante um juiz distrital sem a presença de advogados. As decisões das *County Courts* poderão ser reexaminadas pelas Cortes Regionais (*District Courts*) através de uma apelação.

As demandas civis de maior valor econômico são processadas e julgadas pela *High Court* que se divide em três grandes seções:

- (1) *The Family Division* – com jurisdição sobre divórcio¹¹³, proteção à criança e execução testamentária;

¹¹⁰ De acordo com o sistema processual penal inglês, o réu poderá interpor recurso que vise a reexaminar a matéria de Direito e a matéria de fato, enquanto que a promotoria somente poderá recorrer contra a análise e medidas tomadas pelo juiz em relação à matéria de Direito.

¹¹¹ É importante notar que o termo *Magistrate* não tem a mesma conotação que é dada ao termo magistrado. O *Magistrate*, no Direito inglês e no Direito norte-americano, é um juiz de menor hierarquia para os quais não são contempladas as garantias básicas da carreira judicial. Nos dois países as suas decisões, por exemplo, poderão ser revistas por um juiz de carreira (*judge*).

¹¹² Até o valor máximo de £ 3,000.

¹¹³ Também poderá tramitar na *County Court*.

- (2) *The Chancery Division* – com jurisdição sobre a validade das disposições testametárias, *trusts*, falência, propriedade intelectual, patrimônio imobiliário (*land Law*) e Direito Societário;
- (3) *The Queen's Bench Division* – com jurisdição sobre responsabilidade contratual e extracontratual e jurisdição residual.

A ação cível inicia a partir de um *writ* acompanhado pela petição de início (*statement of claim*) que na grande maioria das vezes será julgada por um juiz singular. Diferentemente do procedimento norte-americano, os júris civis não são freqüentes no Direito inglês.

Os recursos interpostos na jurisdição civil (*County Court* ou *High Court*) serão examinadas pela Divisão Cível da *Court of Appeals*.

Por fim, recursos interpostos contra as Divisões Criminal e Cível da *Court of Appeals* serão examinados pela *House of Lords*, não pelo seu corpo político, mas por um conselho de juristas: *The Privy Council of the Judicial Committee of the House of Lords*¹¹⁴ que representa a corte de última instância no país, equiparada ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

A partir de 2005, a *House of Lords* foi transformada em *Supreme Court of the United Kingdom*. As suas decisões são vinculativas para todas as demais cortes do território da Inglaterra, Gales, Irlanda do Norte e Escócia¹¹⁵.

O sistema de decisões vinculantes (*stare decisis*) funciona de forma semelhante ao modelo norte-americano, de vinculação horizontal e vertical. As decisões da corte de maior hierarquia, a *House of Lords*, vinculam todas as demais (hierarquia vertical), mas, não estão obrigatoriamente vinculadas às suas próprias decisões (hierarquia horizontal), porém está verticalmente vinculada às decisões da Corte de Justiça Europeia em Direitos Humanos.

A *Court of Appeals* submete-se às posições da *House of Lords*, ao mesmo tempo em que hierarquicamente vincula as demais cortes inferiores: *High Court*, *Crown Court*, *County Court*, *Magistrates' Court*. A partir do caso *Young v. Bristol Airplane Co.* [1944] 1 KB 718, é possível a revisão do posicionamento (nível horizontal) da *Court of Appeals* se:

- (1) identificado equívoco da posição frente ao ordenamento jurídico;
- (2) decisão que contraria anterior posicionamento da corte;
- (3) novo posicionamento da corte.

Por outro lado, a Divisão Criminal da *Court of Appeals* não está vinculada às suas próprias decisões (nível horizontal) pelo princípio garantista de uma justiça individual em detrimento de um interesse coletivo nas matérias

¹¹⁴ Instituída pelo *Appellate Jurisdiction Act of 1876*.

¹¹⁵ A *Supreme Court* não tem jurisdição sobre matéria criminal na Escócia.

que tratam da potencial restrição da liberdade (caso *R v. R* [1992] 4 All ER 481, *House of Lords*).

No ano de 1972, através do *European Communities Act*, a Corte de Justiça da Comunidade Européia passou a integrar o sistema judicial inglês. A sua jurisdição se concretiza em matéria relativa à interpretação dos conceitos e eficácia dos termos do Tratado de Roma¹¹⁶ quando (a) a questão for submetida à corte judicial de um dos países-membros e se esta corte nacional entender necessária a manifestação da Corte Europeia de reconhecimento de legitimidade da corte nacional para decidir a questão; (b) quando uma questão submetida a uma corte nacional não tiver previsão no ordenamento jurídico do país, a corte nacional deverá submeter à Corte de Justiça Européia.

A promulgação do *Human Rights Act (HRA)* 1998 determina a todos os magistrados do Reino Unido a aplicação da *European Convention on Human Rights (ECHR)* 1953, não como fonte subsidiária, mas como fonte primária das decisões judiciais em todas as cortes de *Common Law*. Consequentemente, o Estado britânico através de seus representantes deverá atuar e consonância com as diretivas normativas recomendadas pela Convenção. Decisões judiciais consideradas incompatíveis com os enunciados principiológicos da Convenção serão examinadas pela *European Court of Human Rights*.

Considerações finais e conclusões

Este estudo procurou abordar o Direito inglês sob duas perspectivas científicas: (a) o historicismo jurídico; (b) o constitucionalismo, pois se observa no estudo do Direito inglês uma forte tendência à tradição histórica e constitucional. Dessa forma, estudar o Direito inglês significa obrigatoriamente estudar a história do Direito inglês, que leva a estudar a história do povo inglês e sua luta pela instituição de um Estado fundado na ideia constitucionalista de Estado de Direito, voltado ao bem-estar social com absoluto respeito aos direitos e garantias individuais.

Somente a pesquisa histórica pode demonstrar que a partir da evolução do Direito inglês da chamada pré-história para a história jurídica, sua estrutura sempre foi *leges et consvetvdines*, com ênfases maiores para uma ou outra fonte jurídica de acordo com o período histórico-político vivenciado e que a partir do século XVI, o precedente (interpretativo da lei ou do costume- fonte secundária residual) consolidou-se como a fonte primária de afirmação e criação do Direito e o bom senso como a sua *ratio non scripta*.

Por outro lado, o constitucionalismo inglês, construído ao longo de seiscentos anos, não pela mão mágica de um único legislador ou pela vaidosa

¹¹⁶ Assinado no de 1957.

genialidade de um pensador, consolidou-se há mais trezentos anos na Inglaterra, por um processo lento e contínuo de transformação das instituições de Estado em instituições voltadas ao bem-estar e proteção aos direitos do cidadão.

Conquistas afirmadas de forma tão clara que dispensam a existência de um documento escrito cuja função seria apenas descrever o que para os cidadãos (ãs) ingleses seriam os termos de um acordo que aos olhos de todos apresenta-se como óbvio.

O constitucionalismo na Inglaterra, diferentemente do que ocorre em alguns países, não se consolidou por meras concessões da classe política, e como tal apenas compreendidas em ambientes da intelectualidade elitizada. Por sua história ligada à conquista social, o constitucionalismo inglês prospera por tráfegar na cultura social civilizatória subordinando o Estado aos compromissos políticos constitucionalmente contratados com o povo, na forma de um “*Welfare State*” e subordinando os indivíduos aos compromissos com sua coletividade, na conformidade da expressão do jurista norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr: “*Duties Precede Rights*”¹¹⁷. Conta-se uma História, que se encontra muito longe de seu fim...

Bibliografia

Ashton, Peter Walter. **A Common Law e a Equidade do Direito Anglo-Saxônico**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Vol. 64, 2009.

Babington, Anthony. **The Rule of Law in England**. Londres. Barry Rose Publishers, 2ª edição, 1995.

Bede. **The Ecclesiastical History of the English People**. Penguin Books Ltd, revised edition 1990.

Bennion, Francis. **Understanding Common Law – Drafting and Interpretation**. Oxford. Oxford University Press, 2ª Ed. 2009.

Caenegam, RC van. **An Historical Introduction to Private law**. Cambridge. Cambridge University Press, 2ª Ed., 1994.

_____. **The Birth of Common Law**. Cambridge. Cambridge University Press, 1ª Ed, 1998.

David, René. **O Direito Inglês**. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2000.

Duxbury, Neil. **The Nature and the Authority of the Precedent**. Manchester. Cambridge University Press, 1ª Ed, 2008.

Fraser, Rebecca. **The Story of Britain**. London. WW Norton & Company Ltd. 1ª Edição, 2003.

Gilissen, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª Ed., 2003.

¹¹⁷ Holmes Jr, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston. Harvard University Press, p. XIX, 2009.



Hallan, Henry. **The Constitutional History of England, from the Accession of Henry VII to the Death of George II – vol I.** New York. Sheldon and Company, 1862.

Hart, HLA. **The Concept of Law.** Oxford University Press. Oxford, 1961

Helmholz, R.H. **Roman Canon Law in Reformation England.** Cambridge. Cambridge University Press, 3ª Ed, 2004.

Holmes Jr, Oliver Wendell. **The Common Law.** Boston. Harvard University Press, p. XIX, 2009.

Jenks, Edward. **A Short History of English Law.** London. Elibron Classics, 2005.

Kelly, JM. **A Short History of Western Legal Theory.** Oxford. Oxford University Press, 2ª Ed, 1993.

Maitland Frederick W, and Montague, Francis. **A Sketch of English Legal History.** London. Elibron Classics, 2005.

Marshall, H.E. **Scotland's Story.** Edimburgh. Yesterday Classics Chapel Hill, 2006.

Mattingly, David. **An Imperial Possession – Britain in the Roman Empire.** Leicester. Penguin Books, 1ª Ed, 2007.

Morgan, Kenneth *et al.* **The Anglo-Saxon Period – The Oxford History of Britain.** Oxford. 4ª Edição, 2001.

Posner, Richard. **The Problems of Jurisprudence.** Chicago. Harvard University Press, 1ª Ed, 1990.

Prall, Stuart. **The Puritan Revolution.** Krieger Publishing Company, Malabar, Florida, 2002.

Santos Justo, Antonio. **Direito Privado Romano vol. I.** Coimbra. *Svvdia Iuridica* – Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra Editora, 2002.

Simester, A. P., and Sullivan G.R.. **Criminal Law – Theory and Doctrine.** Oxford. Hart Publishing, 3ª Ed, 2007.

Snyder, Christopher. **An Age of Tyrants – Britain and the Britons.** The Pennsylvania State University Press, 1ª ed, 1998.

Stein, Peter. **Roman Law in the European History.** Cambridge. Cambridge University Press, 7ª Ed, 2003.

Stoner Jr, James R.. **Common Law & Liberal Theory – Coke, Hobbes & the Origins of American Constitutionalism.** Kansas City. University Press of Kansas, 1ª Ed, 1992.

Wormald, Patrick. **The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century.** Oxford, 3ª Ed, 2001.

Tubbs, J.W. **The Common Law Mind.** Baltimore. The John Hopkins University Press, 2000.

Vigil Neto, Luiz Inácio e Hickel, Eric. **Petite Histoire du Droit du Peuple Français.** Porto Alegre. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 112, pp. 330 e 331, 2008.

Vigil Neto, Luiz Inácio. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios.** Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 1ª Ed., 2008.



