

**"AUX ORIGINES DE L'OPPOSITION ENTRE SYSTÈME DE COMMON LAW
ET DE DROIT CODIFIÉ: LES CONTROVERSES ANGLO-AMÉRICAINES
DES ANNÉES 1820-1835", POR SYLVAIN SOLEIL**

*"AUX ORIGINES DE L'OPPOSITION ENTRE SYSTÈME DE COMMON LAW
ET DE DROIT CODIFIÉ: LES CONTROVERSES ANGLO-AMÉRICAINES
DES ANNÉES 1820-1835", BY SYLVAIN SOLEIL*

ALAN WRUCK GARCIA RANGEL

Doutor em História do Direito e das Instituições pela Universidade de Estrasburgo. Pesquisador vinculado ao Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo (IEB-USP).
alan.wruck@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: SOLEIL, Sylvain. *Aux origines de l'opposition entre système de common law et de droit codifié: les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*. Paris: Société de législation comparée, 2021.

A clássica oposição entre *civil law* (direito codificado) e *common law* tem uma história que Sylvain Soleil se interessou em investigá-la, brindando com um trabalho que mescla as abordagens da história das ideias jurídicas com a da história comparada do direito. O livro *Aux origines de l'opposition entre système de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, publicado pela prestigiosa Société de législation comparée, é fruto de anos de pesquisa e ensino do autor no eixo história comparada do direito civil, penal e processual. O mérito do livro é o de situar a oposição clássica no movimento de codificação das primeiras décadas do século XIX, que atingiu as Américas, de norte a sul. Com um trabalho de pesquisa que exigiu a compulsão e o manuseio de fontes histórico-jurídicas em francês e em inglês, Soleil concluiu que a oposição teria nascido de uma controvérsia (*Codification Controversy*) sobre qual melhor sistema jurídico adotar para os Estados Unidos – *common law* ou *civil law* – que mobilizou os juristas dos dois lados do Atlântico.

Soleil estabelece uma premissa: a mobilização da controvérsia é mais política e legislativa do que doutrinária. Isto levou-o, forçosamente, a sofisticar a análise das fontes. Os argumentos pró e contra a codificação e aqueles pró e contra a *common law*, bem como

as referências europeias implicadas na controvérsia, compõem as peças-chave de um quebra-cabeça manuseado magistralmente através de um método aparentemente simples que se torna em seguida complexo: identificar a fonte disparadora do debate nos Estados Unidos para, em seguida, dissecar os elementos da controvérsia, e situá-los no contexto da circulação de modelos jurídicos do século XIX. Não se trata, portanto, de examinar a controvérsia apenas nas obras de doutrina, mas também de compreender como ela foi mobilizada nos jornais, nas revistas literárias, nas revistas jurídicas e – o que é mais interessante – nas resenhas produzidas, além de conhecer as principais personagens implicadas, identificar o público-alvo e o leitor concernido, bem como os argumentos, as estratégias discursivas e a interdiscursividade, o que confere ao trabalho de pesquisa uma dinâmica densa e rica de análise histórico-comparativa.

A cronologia curta, denominada pelo autor de “*momentum* 1820-1835”, é um dado trazido pelas fontes histórico-jurídicas trabalhadas. Os anos de 1820 marcam, segundo Soleil, o período de “americanização da *common law*”, de seu desenvolvimento autônomo e distanciamento dos moldes britânicos, sendo, igualmente, a década de elaboração de projetos de codificação para os Estados de Nova York e de Louisiana (p. 43-46). Nesse *momentum*, percebe-se mais amplitude da controvérsia que ultrapassa o meio restrito dos juristas para se tornar um verdadeiro debate público, e vir a se atenuar nos anos 1830, tanto nos Estados Unidos quanto no Reino Unido (p. 280).

O livro está, assim, dividido em seis capítulos precedidos de uma introdução explicativa dos principais termos e conceitos a serem utilizados, e a metodologia adotada. Desse modo, algumas noções, hoje consagradas pelo senso-comum, tiveram forçosamente que ser recolocadas no tempo histórico. Por exemplo: as cinco concepções de “código” explicadas pelo autor, desde aquela, mais antiga, que remete a um texto ou obra sem valor jurídico (sem “sanção legislativa”), passando pelo código como consolidação do direito vigente e depois como sinônimo de compilações de Justiniano, até chegar ao século XIX com o projeto benthamiano e a noção de código dada pelos liberais que conhecemos hoje. Aqui um ponto a ressaltar é a especificidade do termo “consolidação” como técnica de conhecimento do direito, que aparece no século XIX no movimento de codificação, ora como precedente necessário à codificação de todo o direito, ora apenas como trabalho de organização e enquadramento de um domínio específico do direito em vigor.

Nos dois primeiros capítulos, Soleil examina a fase inicial da controvérsia, seus momentos disparadores e como ultrapassou os quadros nacionais para mobilizar juristas na América do Norte e na Inglaterra. Do lado dos Estados Unidos, descobre-se, por exemplo, o uso da retórica por P. Du Ponceau, jurista de origem francesa, nacionalizado estadunidense, que apontou os “defeitos da *common law*” para, em seguida, ressaltar a sua superioridade face ao direito codificado devido à sua “capacidade... em se adaptar” (p. 57-62). Conhece-se, igualmente, a estratégia dos partidários da codificação em

descredenciar a autoridade de Blackstone e qualificá-lo como jurista antiquado e ultrapassado, escritor do tempo de “instituições tribais, feudais, régias e clericais”, em total oposição à América republicana e contemporânea, como fez Willian Sampson (p. 49). Argumentos e estratégias discursivas semelhantes foram empregados pelos contraditores no Reino Unido, muito embora a controvérsia não se tenha instalado nesse país como um movimento de ruptura à *common law*, mas como projeto de reforma. De acordo com Soleil, a querela abre-se nas ilhas britânicas após a publicação da obra de J. Humphreys, em 1826, na qual se apontavam os defeitos técnicos do sistema inglês para defender um “projeto de código original” (p. 81). J. Bentham, utilitarista e ferrenho defensor do direito codificado, era a primeira referência dos codificadores britânicos, e o principal alvo dos opositores à codificação. Soleil alerta que ele foi utilizado com muita precaução e cuidado até mesmo por aqueles que defendiam a codificação, porque neste início de século o velho Bentham aparecia desgastado e desacreditado, qualificado como um radical (p. 84). Neste mesmo ano de 1826 apareceu a réplica do juiz E. Sugden seguida, nos anos seguintes, de outras réplicas, como a do desconhecido G. Beaumont, do advogado inglês C. Cooper, e de J. Reddie. Todos, cada um à sua maneira, procuraram contraditar e desestabilizar os argumentos de Humphreys em favor da codificação do direito inglês. Com uma análise aprofundada dos textos publicados por cada um desses autores, Soleil tira da penumbra as estratégias discursivas e os mecanismos de persuasão dos contraditores, penetrando, assim, no pensamento jurídico deste início do século XIX sobre a codificação. Por exemplo, Cooper publica anonimamente uma resenha crítica em língua francesa para defender o melhoramento do sistema da *common law* – jamais a sua abolição –, promovendo ataques à Humphreys, depois à Bentham, além de “deslocar a controvérsia para o terreno político” ao citar Burke. Também, como bem anota Soleil, o advogado inglês toma emprestado da doutrina da Escola Histórica a ideia de que o direito inglês teria como fonte a “massa do povo”, ao contrário dos códigos que eram feitos e introduzidos por um soberano sob pretexto de terem sido promulgados para os povos (p. 119). Podemos, igualmente, citar a estratégia de Reddie, desvelada por nosso autor, ao situar o debate na história do direito e na ideologia do progresso, e encerrar o sistema da *common law* como único capaz de “se harmonizar... com as exigências e as flutuações da sociedade que ele deve regular” (p. 121).

No terceiro capítulo, Soleil lança-se ao estudo da controvérsia nos jornais e nas revistas literárias e jurídicas, fontes que são, nas suas palavras, “uma mina de informações, uma caixa de ressonância, ao mesmo tempo que um campo de batalha” (p. 131). Inicialmente, preocupa-se em desvelar o que denominou a “arte da controvérsia”, explicando os suportes em que se operou – “jornais, revistas literárias e revistas jurídicas” –, bem como a ferramenta empregada – “a resenha” –, e as principais características dos usos da controvérsia – “palavras, moderação e lealdade” – para, finalmente, alertar sobre certa propensão ao texto ultrajante, histérico, de determinados juristas da época. Em seguida, a “arte da controvérsia”, seus elementos, são examinados nas duas revistas britânicas

que tomaram lados opostos no debate, “com extrema tensão nos anos 1827-1832”: *The Jurist* e *The Law Magazine*. Um debate curioso, bastante ilustrativo do afrontamento nas duas revistas, foi aquele sobre a codificação civil nos Países-Baixos. A revista *The Jurist* tomou partido na querela ao publicar uma resposta de Humpheys que afirmava ter havido a codificação civil nos Países-Baixos, contra seus detratores Reddie e Cooper, os quais o acusavam de mentir sobre a existência de tal código naquele país. Esses dois últimos usaram, por sua vez, a *The Law Magazine* como plataforma de defesa de suas ideias para contraditar Humpheys ao afirmar que jamais viram o código civil holandês. Como bem sintetiza Soleil, pouco importava se estivesse ou não em preparação um código civil nos Países-Baixos – e, de fato, estava! – o embate demonstra uma “relação de força” não só entre os antagonistas como também entre as duas linhas editoriais cuja estratégia comum era expor e enfraquecer o outro lado e ganhar a opinião pública (p. 154-158). Essa “histeria coletiva”, conclui o autor do livro, contribuiu para colorir com tons quentes a oposição entre os dois sistemas, de modo que “...o endurecimento das linhas editoriais respectivas criaram um abismo entre os contraditores e, indiretamente, entre os dois modelos jurídicos” (p. 163). Ainda neste terceiro capítulo, Soleil examina a *The North American Review*, revista na qual o debate se desenvolveu “em tom apaziguado”, sem tomar partido na controvérsia, oferecendo aos seus leitores diversas opiniões e projetos, “procurando melhor conciliar os dois lados da alternativa” (p. 164). Desde E. Everett, um linguista e não jurista, passando pelos juristas N. Haven (de New-Hampshire), J. Story, H. Sedgwick, J. Porter e J. Park, todos contribuíram nessa revista, na sua maioria por intermédio de resenhas, nas quais a *Controversy Codification* aparecia de modo incidente. Algumas passagens interessantes merecem destaque: Haven, ferrenho defensor do *common law*, usou da metáfora para adjetivar o sistema de “roupa elástica”, ao contrário do direito codificado, apresentado por ele como uma malha que permitia apenas um “número reduzido de movimentos”; ele retomou, ainda, argumentos dos seus predecessores, tais como a definição da *common law* como “uma ciência filosófica”, e de que a “incerteza do direito derivaria dos casos concretos e não dos princípios”, rebatendo, assim, aqueles que viam no direito codificado um repositório seguro de regras (p. 168). Porter insistiu, igualmente, nas virtudes do *common law* ao considerar a codificação como “trabalho de déspotas”, e que a América do Norte, “país de liberdade e de igualdade de direitos”, estaria imune a qualquer tentação de códigos. Segundo ele, o código teria algumas vantagens, sua “simplicidade e consistência do direito”, mas não seria possível “codificar a integralidade do direito americano”, nem de se constituir como uma “pré-ciência” por causa das “necessidades crescentes de mudanças na sociedade” (p. 174-175). Story, por outro lado, postulou pelo caminho da codificação, e seus propósitos eram conhecidos à época: “americanização da *common law* de origem britânica, estudo do direito como ciência, recurso à legislação comparada, análise das compilações romanas e dos códigos franceses”, e na resenha publicada no *The North American Review* fez ressaltar “a importância dos compêndios para todas as ciências”, além de apontar o

estado da Louisiana como um lugar feliz onde “as leis civis foram reduzidas a um código sistemático com base nessa admirável performance que é o código Napoleão” (p. 169-170). Sedwick se posicionou, igualmente, pela codificação, sem recorrer à Bentham, e argumentou que a Constituição dos Estados Unidos estabeleceu três esferas distintas de organização política, sendo defeso aos juízes fazer leis, devendo-se seguir o exemplo de Louisiana, que enviava o litígio a um comitê de legislação toda vez que o código não previa uma regra de solução, “à fim que eles [os juízes] sejam, não as leis, mas os meios de melhorar as leis” (p. 171-172). Park defendeu uma terceira via, ao não concordar com a codificação e reconhecer a necessidade de reformas no *common law* (p. 176-177). Caminho semelhante tomado por Everett, que não atacou o sistema britânico, mas também não aderiu ao radicalismo de Bentham (p. 166).

No quarto capítulo, Soleil analisa os modelos europeus que serviram de referência aos anglo-americanos implicados na controvérsia. O recurso ao direito europeu seria um instrumento de retórica e teria, assim, uma dupla finalidade: “mobilizar as referências de autoridade” e “dar ao jurista que a mobiliza a estatura de um sábio” (p. 181-182). Neste período de “intensa reflexão doutrinária” e de acalorados debates sobre a reforma do direito, o código francês aparecia, naturalmente, para os codificadores, como um modelo a seguir, e para os defensores da *common law* como um modelo a ser refutado. Story, Sampson, Wilson, Grimke, Sedgwick, Watts, Cooper ou Workamn, todos ardentes defensores da codificação, integravam, uns em maior outros em menor grau, o modelo francês em seus discursos, com uso de “vocabulários e símbolos sugestivos”. Alguns exerciam verdadeira francófila, adoração ao Código Napoleão – Sampson e seus seguidores –, outros faziam profissão de fé, como Workamn, ao sacramentar que “não existe nação esclarecida da cristandade sem código, exceto a Grã-Bretanha e os Estados Unidos” (p. 192). Os defensores da codificação buscavam elementos não só no estrangeiro, mas também na história, e uma estratégia bastante comum era associar Justiniano e Napoleão e o “espírito de sistema” deles contra o caos jurídico de suas épocas (p. 193-194). O mais interessante nesse capítulo foi ter identificado o uso de autores franceses pelos *common lawyers* para descreditar a codificação. As obras de Dupin e Paillet, dois adoradores da codificação e, portanto, críticos da doutrina e da jurisprudência como fontes do direito, foram lidos de modo enviesado (p. 196). Du Ponceau, defensor do sistema inglês, apoiou-se na obra *La jurisprudence des arrêts* (1822) de Dupin para afirmar que na “França, ainda que esteja abarrotada de códigos, existem, entretanto, coleções volumosas de repertórios de decisões de justiça cujo conhecimento constitui uma parte importante da ciência jurídica...” (p. 197). Em julho de 1825, um artigo de autor anônimo, publicado no *Charleston Mercury*, reconheceu que “até mesmo o Código Napoleão, o grande modelo de todos os sistemas, começa a ser suplantado e perdido sob a múltiplas decisões de justiça proferidas com base nele. Em vinte ou trinta anos, sacramentava o autor anônimo do *Mercury*, sua autoridade estará provavelmente inteiramente perdida e os princípios de direito serão buscados apenas nas decisões de justiça” (p. 199).

Os codificadores estadunidenses não deixaram por menos, e em abril de 1826 Sampson escreveu uma carta à Dupin na qual questionava as vantagens e as deficiências da codificação. Na sua resposta, Sampson afirmou que “não [era] verdade que a jurisprudência dos arestos tenha prevalecido... sobre o texto de nossos códigos; nem que tenhamos sido ameaçados... de ver nossas leis desaparecerem sob o fato de interpretações” (p. 200-201). Ao se esforçar para que a carta de Dupin fosse traduzida e publicada em uma revista de impacto da época, Sampson revelava sua estratégia, bem anotada por Soleil, em se apoiar na autoridade do jurista francês para o tornar um “arbitrio da querela” (p. 202). No Reino Unido, as referências aos juristas franceses (Dupin, Paillet e Portalis) foram um sintoma da querela que ocorreu nos Estados Unidos em torno dos escritos de Dupin. Nas ilhas britânicas, Cooper utilizou certas passagens de Paillet, tiradas de sua obra *Manuel de droit français contenant les cinq codes annotés* (1812), para afirmar que os “repertórios volumosos de arestos que apareceram na França desde a confecção do *Code* são provas convincentes de que o novo código não retirou os processos das pessoas de robe” [dos juízes]; e mais adiante afirmou que os repertórios de jurisprudência eram mais numerosos na França do que na Inglaterra (p. 205). E Park, por sua vez, recorreu a Portalis, Dupin e aos editores da revista *La Thémis* (Jourdan ou Lanjuinais) para “explorar da melhor forma possível a falha e mostrar aos seus leitores o fracasso dos codificadores franceses para simplificar o direito”. Esse jurista estadunidense chegou a contabilizar as obras e os repertórios de jurisprudência que um jurista francês deveria ter em mãos para conhecer o conteúdo do Código Napoleão, além de provar a existência de compradores dessas obras a venda nas livrarias parisienses (p. 206).

Na parte final desse quarto capítulo, Soleil estuda como foi feita a apropriação dos escritos de Savigny, Hugo e da Escola Histórica alemã pelos juristas implicados na *Controversy Codification*. Ele nota que raros eram aqueles que dominavam a língua alemã, e muitos conheciam o *Vom Beruf* por intermédio das revistas francesas (p. 208). Sublinha, igualmente, os equívocos aparentes nas interpretações e apropriações que eles faziam dos escritos alemães: se o projeto da Escola Histórica consistia em adotar um “método científico de estudo do direito romano, sua história, aplicação, seus troncos vivos e mortos”, qual interesse haveria àqueles que defendiam a *common law* de recorrer ao direito romano? Isto foi percebido pelos contemporâneos, e E. Everett, jurista estadunidense, alertava que a controvérsia que opunha ingleses e estadunidenses era “inaplicável à questão tal como [era] debatida na Alemanha”; e um autor anônimo, também estadunidense, fazia a distinção entre *ius commune* e *common law* para explicar que “o primeiro funciona como um direito supletivo..., enquanto o segundo é um sistema jurídico por si só” (p. 210-211). Por isto, ensina Soleil, a controvérsia sobre a codificação na Alemanha representou para britânicos e estadunidenses menos uma “conversão doutrinária” do que uma fonte argumentativa para moldar discursos e mobilizar aliados (p. 212). Do lado dos partidários da *common law*, Du Ponceau, Cooper, Reddie e Park, faziam referência a Savigny, e consideravam-no como um verdadeiro aliado de suas causas, mesmo

quando o principal representante da Escola Histórica não era mencionado: a defesa do estudo científico do direito para repudiar a tentação da codificação (Du Ponceau); o recurso à “história de todos os povos..., [de modo que] as leis de uma nação nascem e se desenvolvem com os costumes e sua literatura, e que eles constituem uma parte de seu caráter nacional” (Cooper); “o direito de toda nação...[como] parte do caráter nacional do povo” (Reddie) são termos e expressões que encontramos nos escritos da Escola Histórica. Do lado dos codificadores, o recurso a Savigny operou-se de duas maneiras: inicialmente de modo ardiloso e cuidadoso para não descreditar a autoridade do jurista alemão, depois em franco combate a suas ideias. Foi, assim, que um autor anônimo mobilizou o *Vom Beruf* para situá-lo no contexto da ocupação francesa, da transposição do Código Napoleão no estrangeiro, da febre patriótica dos alemães, da proposta de codificação por Thibaut e a réplica de Savigny para, ao final, defender que o líder da Escola Histórica estava “mais próximo dos partidários britânicos dos códigos do que de seus adversários” (p. 225-226). Com relação à estratégia do combate, E. Dumont, amigo, discípulo e tradutor de Bentham, além do inglês J. Austin e do holandês J. Meyer, todos defensores da codificação, adotaram uma postura de ataque aos princípios e ideais da Escola Histórica. Austin, que estudou na Alemanha, e se colocou, ao regressar a Londres em 1829, como partidário de Thibaut, opinou que Savigny exagerou, grosseiramente, ao atribuir fracasso aos códigos francês e prussiano (p. 230-231). Meyer refinou a crítica em um texto publicado na revista *The American Jurist* (1831) para afirmar, sob argumentos poderosos, que Savigny e seus êmulos estavam categoricamente errados. Ele procurava demonstrar “os vícios da escola histórica e a ilusão que o direito romano pudesse servir de fundamento positivo ao direito atual”, porque isto seria, para ele, “confundir o estudo do direito com o da história do direito” (p. 232). Em seguida, Meyer desenvolveu a ideia de que “somente a lei pode servir de base jurídica fixa e invariável, em detrimento da jurisprudência, dos tratados e dos costumes” (*Ibid.*). Ele propunha ainda um método para codificar o direito britânico: “ler, compreender e classificar o direito inglês, segundo o modelo de Justiniano, para obter duas compilações: um *digest* que compilaria o *common law*, e um *codex* que compilaria o *statute law*” (p. 233). Com a tradução para o inglês do *Vom Beruf* em 1831, e com o petítório de Meyer, os campos apareciam bem definidos nas revistas quando estas se referiam à controvérsia: de um lado Savigny, e do outro Bentham e Meyer (p. 235).

No quinto capítulo, dedicado ao estudo das interpretações francesas do *common law*, Soleil propõe três níveis de análise: as fontes nas quais os autores franceses conheceram o direito inglês, o modo como eles fizeram a comparação entre os dois sistemas, e o acirramento do antagonismo neles. Trata-se, em suma, de analisar o nascimento da oposição a partir do ponto de vista dos autores franceses. O estudo revela que, entre os principais comparatistas lidos na França, o magistrado holandês J. Meyer foi a principal fonte de inspiração nas análises críticas acerca do *common law* (p. 242). Embora tenham apontado algumas raras vantagens, notadamente o júri e as liberdades públicas,

os juristas franceses procuravam geralmente glorificar a codificação e sublinhar os vícios e os defeitos do sistema inglês. Isto era compreensível, como bem anota Soleil, numa época de rompimento com a anglofilia do século XVIII, e de expansão do modelo jurídico francês no mundo (p. 253-255). Os elogios eram apenas pontuais, sobre o conteúdo de algumas regras, e a principal crítica recaía sobre o *common law* como sistema (p. 262-263).

Nesse capítulo descobre-se também que a revista *La Thémis*, representante das ideias da Escola Histórica na França, fez-se conhecer por intermédio de publicações daqueles que eram a favor da codificação nos Estados Unidos e na Inglaterra (p. 258). As publicações dessa revista contribuíram, sobremaneira, para sublinhar entre os seus leitores a nascente oposição entre *common law* e direito codificado (p. 260). A *Revue Encyclopédique* foi, igualmente, porta-voz da controvérsia entre os leitores franceses quando publicou relatos sobre a codificação nos Estados Unidos (p. 260-262). A crítica ao sistema inglês emergia aqui como um produto da atividade de comparação entre os dois sistemas, na qual o direito francês foi abordado como modelo a seguir, e o *common law* como um sistema a ser reformado, codificado ou eternamente fadado às suas incoerências (p. 266).

No sexto e último capítulo, Soleil preocupa-se em examinar como ocorreu a estruturação do antagonismo dos dois modelos, isto é, o resultado obtido com a dinâmica da controvérsia. Uma primeira constatação: “a controvérsia contribui para transformar os dois sistemas jurídicos em modelos jurídicos” (p. 280). Neste momento todo o trabalho de Soleil revela-se como estudo sobre a história do processo de modelização, isto é, de como a dinâmica da controvérsia “materializou dois conjuntos de traços não somente distintos, mas também antinômicos” (p. 280). Os temas formação e circulação de modelos jurídicos e *Controversy Codification* integram-se. Todo o capítulo é, portanto, consagrado a identificar, de modo racional, nos contraditores franceses, britânicos e estadunidenses, os elementos desta modelização: a função representativa dos dois sistemas dentro da sua realidade, história, espírito; a integração de certas propriedades dos dois sistemas representados; e a dupla função instrumental de “comparar e provar a superioridade das características de um com relação ao outro” (p. 282). A função representativa de cada sistema nasce da diversidade de projetos jurídicos, tanto sob a pluma dos *common lawyers* como dos codificadores. Soleil expõe essa diversidade para demonstrar que não havia unanimidade nos dois grupos que se contrapuseram: entre os codificadores, “Sampson contradiz gentilmente Cooper quando este último estima que um bom código, se engessa o direito em um momento dado, deveria ser revisto a cada cinquenta anos mais ou menos” (p. 283); entre os *common lawyers* a ideia de reforma nunca esteve proscrita, e alguns acreditavam que não poderia ser feita por outro meio senão aquela por intermédio dos juízes e suas decisões (p. 285). Embora tenha havido múltiplas tendências no conjunto de juristas que representava e defendia determinado sistema jurídico, operou-se, no *momentum* 1820-1835, a divisão deles em dois

grupos bem distintos, como resultado da dinâmica da controvérsia. Essa dinâmica produziu unidade no interior de cada grupo por causa da “identificação de um adversário comum”, da “violência do conflito, e da “mobilização de autores europeus” (p. 288). A dinâmica da controvérsia, envolvendo “suportes editoriais, seus autores e discursos, réplicas e trélicas” (p. 289) aparentava-se a uma verdadeira luta, combate, com perdedores e vencedores dos dois lados, o que comoveu não apenas os juristas, mas também a opinião pública. Pelo conjunto de metáforas identificado nos escritos dos contraditores não seria exagerado, segundo Soleil, fazer um “paralelo entre a controvérsia, o duelo judiciário e o processo contraditório (este último sendo a continuidade daquele)”, ou um paralelo entre a “arte militar e a arte da controvérsia”.

A estruturação do antagonismo estabeleceu, igualmente, uma clivagem quanto à percepção filosófica, política e cultural. De um lado, os codificadores, privilegiavam “a modernidade sobre o passado medieval” e, do outro, os *common lawyers* acentuavam “o valor do século sobre as modas do momento” (p. 302). Sampson interpretou a “sobrevivência do *common law* como a materialização de uma luta secular entre a Idade Média e a Modernidade”; e Reddie alertava sobre os riscos de uma “sweeping revolution” para lembrar aos seus leitores “o reconforto de instituições bem estabelecidas” (p. 299). Tudo se resumia a escolher um lado, a tomar um partido (*on side or the other*), de modo que a controvérsia demarcou uma bipolarização. Outro aspecto da estruturação do antagonismo, ressaltado por Soleil, foi a oposição entre duas concepções do direito. Os codificadores utilizavam-se da famosa afirmação de Blackstone para explicar que o direito não escrito se desenvolveu a partir da sua prática, e por isto é encarado mais como uma arte do que como uma ciência e, neste sentido, somente o direito escrito poderia ser considerado como científico porque conseguia reduzir as complexidades do real em alguns princípios claros e inteligíveis, porque conseguiu traduzir regras complexas com emprego de uma linguagem compreensível, de organizá-las metodicamente e oferecer definições exatas e seguras. Já os opositores do direito codificado buscavam definir o *common law* para afastar qualquer oposição à sua cientificidade, revelando, assim, outra concepção do direito. Um autor anônimo definiu-o como um “sistema não escrito de princípios e regras reconhecidas e aplicadas como obrigatórias..., e que são atestadas por ter sido reconhecidas como tais nos tratados e nos repertórios de jurisprudência tendo autoridade” (p. 309). Haven considerava o *common law* como uma “ciência filosófica, que não decorre de simples consideração abstrata da natureza do espírito humano, mas que adapta as regras da ação ao caráter, à situação e às necessidades daqueles que ela rege” (p. 310). Na realidade, como conclui Soleil, essas duas tentativas de se definir e aclarar os dois sistemas foram pensadas “em função da definição do sistema de direito codificado”, mas também em oposição a este.

Por fim, Soleil aborda as antinomias existentes nos autores da controvérsia por intermédio de alguns temas, tais como fontes do direito, separação de poderes, clareza e certeza do direito, e “capacidade de adaptação do direito às mudanças nas relações

humanas”. Os codificadores não hesitaram em macular a fonte do *common law*, fundada, segundo eles, no arbítrio dos juízes, e não em uma lei editada pelo Poder Legislativo, o que consolidaria, no regime democrático, o mais pernicioso dos vícios, a confusão entre os poderes. Os *common lawyers*, por sua vez, ressaltavam a razoabilidade de um direito feito por juízes, a partir de costumes e de decisões precedentes, e deploravam o automatismo na aplicação de uma lei malfeita por legisladores sem que os juízes pudessem melhorá-las. Em síntese, um lado exaltava o poder dos juízes como fonte do direito e refúgio dos direitos dos cidadãos contra o despotismo de príncipes e assembleias, ao passo em que o outro lado ressaltava o direito editado pelo legislador como garantidor da via democrática e contra o arbítrio dos juízes. Outro tema ventilado foi o da clareza e certeza do direito, atributos associados à codificação. Aqui os defensores do *common law* se esforçaram em demonstrar que o sistema era seguro, apesar de não ser escrito, pois bastava o juiz seguir as decisões precedentes. Um código possuía apenas uma “aparência de certeza”, pois mesmo o mais completo, o mais preciso, não oferecia uma garantia às partes enquanto os juízes não proferissem uma decisão. Tudo dependia da interpretação que os juízes davam aos fatos, e com o tempo os códigos estariam “enterrados sob uma montanha de decisões e de comentários” (p. 325). A antinomia desvendada por Soleil na controvérsia continuava a propósito da capacidade de adaptação do direito. Os detratores da *common law* consideravam-na como um entrave à modernidade e aos avanços na vida social, e era constantemente associada ao direito feudal, à aristocracia e aos velhos costumes (p. 326-327). Seus defensores, ao contrário, ressaltavam a sua flexibilidade, a sua elasticidade, para se adaptar à vida social, e apontavam a inflexibilidade de um direito codificado que necessitaria de revisões continuadas por um complexo processo legislativo (p. 328). Pela simplificação, pelo pragmatismo, pela modelização, os dois sistemas distinguiram-se e assumiam características próprias a partir da oposição, negação do outro sistema.

Como se pode deduzir do estudo de Soleil, a controvérsia sobre a codificação ou não do direito estadunidense mobilizou juristas dos dois lados do Atlântico, e o mérito da pesquisa foi o de jogar luz nos debates e oferecer uma contribuição importante aos estudos sobre a história da codificação. Embora o texto tenha, em algumas passagens, se apresentado em tom repetitivo, dado que os temas e os argumentos encontrados nas fontes se duplicavam, o que parece ter forçado Soleil a extrair o máximo possível das suas entrelinhas, deixando alguns capítulos densos, e com uma aparência de escritos em tom elíptico, isto não foi capaz de retirar o brilho de um trabalho de pesquisa bastante original.