



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus Jacarezinho

JÉSSICA AMANDA FACHIN

A NECESSIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL
OBRIGATÓRIO NO BRASIL: proposta de um sistema variável
de fontes e a exigência de um direito coerente

JACAREZINHO-PR
2016

JÉSSICA AMANDA FACHIN

**A NECESSIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL
OBRIGATÓRIO NO BRASIL: proposta de um sistema
variável de fontes e a exigência de um direito coerente**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica, da
Universidade Estadual do Norte do
Paraná, como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre, sob a
orientação do Professor Doutor Jaime
Domingues Brito.

**JACAREZINHO-PR
2016**

JÉSSICA FACHIN

**A NECESSIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL
OBRIGATÓRIO NO BRASIL: proposta de um sistema
variável de fontes e a exigência de um direito coerente**

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica, da
Universidade Estadual do Norte do
Paraná, como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre, sob a
orientação do Professor Doutor Jaime
Domingues Brito

COMISSÃO EXAMINADORA

Dr. Jaime Domingues Brito

Dr. Rento Bernardi

Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior

Jacarezinho/PR, 12 de fevereiro de 2016

**A meus pais, Zulmar e Jane, pela
força e exemplo.**

AGRADECIMENTOS

Atravesso o risco de ser injusta em deslembrar algum agradecimento momentoso. Mas igualmente o seria se não o fizesse diante dos mais variados aportes que recebi. De tal modo, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Jaime Domingues Brito, pelo magistral suporte acadêmico e zelo com o qual conduziu a orientação dessa dissertação. Ao meu pai, Zulmar, pela dedicação e cuidado de sempre. À minha mãe, Jane, pelo afeto e tranquilidade. Ao meu irmão Vinícius, pelo apoio, e ao pequeno Felipe, por tanta luz. Às especiais Mayara e Patrícia, pela amizade e esmero de tantos anos. Aos queridos professores do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, que com tanta dedicação e sabedoria transmitiram, nesse período de dois anos, tantas contribuições acadêmicas e pessoais, em especial, ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves e ao Prof. Dr. Gilberto Giacóia, os quais pela diligência e humildade transcendem seus saberes. De igual modo, aos colegas da turma XI do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, com os quais tive imenso prazer subtraído do convívio e marcante acréscimo, propiciados por tantas trocas. Ao fim, à Natalina, pela competência e primoroso trabalho à frente deste Programa.

*“De todas partes salta la semilla; todas
las ideas son exóticas; esperamos cada
día cambios inmensos; vivimos con
entusiasmo la mutación del orden
humano: la primavera es
insurreccional.”*

Pablo Neruda, 1974.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou em que nele é exposta.

FACHIN, Jéssica. *A Necessidade do Precedente Judicial Obrigatório no Brasil*: proposta de um sistema variável de fontes e a exigência de um direito coerente – área de Concentração: “Teorias da Justiça e Exclusão”, linha de pesquisa: “Função Política do Direito” – da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2016.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é refletir sobre a necessidade de se respeitar os precedentes judiciais no Brasil. A vertente do positivismo jurídico que concerne à teoria, conforme divisão didática que procede Norberto Bobbio, serve de base teórica para fundamentação do precedente judicial obrigatório. O trabalho discorre sobre a teoria das fontes, incursionando pelo Direito romano, pelo medievo e pelo Estado moderno, realçando que, na última década, tem-se dado ao estudo desse tema no Brasil. Após essa evolução histórica e destaque para a passagem da pluralidade de fontes para o absolutismo jurídico no Estado Moderno, o trabalho se dedica a conceituar o instituto do precedente judicial, perpassando pelo estudo do *common law* e do *civil law*, identificando suas origens, fontes e características. Ademais, aborda as mudanças ocorridas no *civil law*, ocasionadas pela expansão do Poder Judiciário, pela evolução da teoria hermenêutica e, no caso brasileiro em específico, pelo advento da Constituição de 1988, abrindo campo fértil para discutir-se a necessidade do precedente judicial. Depois de explorada a teoria precedentalista, o precedente judicial será analisado à luz do novo Código de Processo Civil brasileiro, a fazer as devidas análises e perspectivas. Por fim, reflete as questões sociológico-culturais brasileiras que justifiquem uma cultura resistente à adoção do precedente judicial obrigatório no Brasil.

PALAVRAS-CHEVE: Positivismo. Teoria das fontes. Precedentes judiciais.

FACHIN, Jéssica. *The Necessity of Compulsory Judicial Precedent in Brazil*: proposal of a variable system of sources and the requirement of a coherent legal system - Area of Concentration: "Theories of Justice and Exclusion", line of research: "State and Responsibility: Critical Issues" - the State University of Northern Paraná - UENP: Jacarezinho, 2016.

ABSTRACT

The aim of this present study is to reflect on the need to respect the judicial precedents in Brazil. The aspect of legal positivism that regards the theory, as Bobbio's didactic division, serves as a theoretical basis for the reasoning of the compulsory judicial precedent. The research discourses about the theory of sources of law, dabbling Roman law, the medieval and the modern state, highlighting the emphasis, that in the last decade, it has been given to study this issue in Brazil. After this historical evolution and especially the transition from the plurality of sources to the legal absolutism in the modern state, the work is dedicated to conceptualizing the institute of judicial proceeding, passing by the common law and civil law study, identifying their origins, sources and characteristics. In addition, it addresses the changes in civil law, caused by the expansion of the judiciary, the development of hermeneutical theory and, particularly in Brazil, the advent of the Constitution in 1988, opening fertile field to discuss the need for judicial precedent. After explored the theories of precedent, the judicial precedent will be examined in the light of the new Brazilian Civil Procedure Code, to do the necessary analysis and perspectives. Finally, the research reflects the Brazilian sociological and cultural issues that warrant a resistant crop adoption of binding judicial precedent in Brazil.

KEYWORDS: Positivism. Theory of Sources of Law. Judicial Precedent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. POSITIVISMO JURÍDICO	14
1.1. ASPECTOS (SIGNIFICADOS) DO POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO	16
1.1.1. O positivismo jurídico como modo de se aproximar ao estudo do direito	17
1.1.2. O positivismo jurídico como ideologia	18
1.1.3. O positivismo jurídico como teoria do direito	21
1.2. CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO	22
1.2.1. Críticas ao positivismo jurídico como modo de estudar o direito	22
1.2.2. Críticas ao positivismo como ideologia	24
1.2.3. Críticas ao positivismo jurídico como teoria do direito	26
2. TEORIA DAS FONTES	29
2.1. AS FONTES NO DIREITO ROMANO	30
2.2. A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL	35
2.3. O ESTADO MODERNO: A EMERSÃO DO INDIVIDUAL E O DIREITO COMPACTADO	43
3. PRECEDENTE JUDICIAL, COMMON LAW E CIVIL LAW	53
3.1. PRECEDENTE JUDICIAL	53
3.1.1. Noção	53
3.1.2. <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obter Dictum</i>	54
3.1.3. Precedente e decisão judicial	58
3.1.4. Precedente e súmula vinculante	59
3.1.5. <i>Distinguishing</i> e <i>Overruling</i>	65
3.2. Funções desempenhadas pelos precedentes judiciais no <i>Civil Law</i> e no <i>Common Law</i>	69
3.2.1. Função desempenhada pelos precedentes no <i>Common Law</i>	70
3.2.1.1. Origem e características históricas do <i>Common Law</i>	70
3.2.1.2. Fontes do <i>Common Law</i>	75
3.2.1.3. Common law e stare decisis	79
3.2.1.4. Força e eficácia do precedente judicial	80
3.2.2. Função desempenhada pelos precedentes no <i>Civil Law</i>	83
3.2.2.1. Origem e características históricas	84
3.2.2.2. Fontes	86
3.3. TRANSFORMAÇÕES DO <i>CIVIL LAW</i>	87
3.3.1. O constitucionalismo brasileiro pós 1988	89
3.3.1.1. A evolução da hermenêutica jurídica	90
3.3.1.2. A expansão do Poder Judiciário	92
3.4. CRÍTICAS À FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	93
3.5. PERSPECTIVAS ATUAIS: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	96
4. JUSTIFICATIVAS E RESISTÊNCIAS EM ADERIR O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL	100
4.1. SEGURANÇA JURÍDICA	100

4.2.	IGUALDADE.....	104
4.3.	COERÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA	107
4.4.	A RESISTÊNCIA À TEORIA DO PRECEDENTE NO BRASIL: RAZÕES HISTÓRICO-CULTURAIS	109
4.4.1.	A Ética Protestante, o Capitalismo e o Direito	110
4.4.2.	Cultura Personalista e Patrimonialista e a convivência com o um Direito irracional	117
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
	REFERENCIAS	124

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de demonstrar a necessidade e a possibilidade de se aderir, no direito brasileiro, ao precedente judicial.

Muitas vezes, quando se fala em precedente judicial no Brasil, inúmeras são as críticas e desconfianças dirigidas. Comumente, se vê com maus olhos as propostas nesse sentido e a elas são lançadas desqualificações a caracterizá-las como inocentes tentativas de importação de teorias e modelos estrangeiros.

O que se propôs nesse trabalho não foi uma importação do modelo do Direito inglês ou estadunidense ou a defesa pela adoção da teoria *stare decisis* em solo brasileiro. O que se pretendeu foi demonstrar que não é necessário haver uma teoria específica como essa para que se exija respeito ao precedente judicial, pois o nosso próprio sistema jurídico possibilita tal adoção.

Já disseram Cross e Harris que “es un principio básico de la administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 23). Ou seja, tratar casos similares de modo igual não é exigência e imposição de uma teoria bem elaborada, mas da própria ideia ligada à justiça e ao ordenamento jurídico de alguns países, como se faz no Brasil.

Insegurança jurídica, falta de previsibilidade, coerência, violação à igualdade e tantos outros prejuízos à nossa ordem democrática, são questões que precisam de atenção e soluções.

A ideia de que a lei é suficiente para propiciar certeza e segurança jurídica, emanando o direito exclusivamente do legislador e relegando o papel do juiz a mero reprodutor do texto legislativo constituem *mitos*, como denomina Paolo Grossi (GROSSI, 2007), legados da Modernidade que precisam ser, de vez, dissolvidos.

O judiciário tem assumido cada vez mais posição de destaque e não só no Brasil, mas configura tendência da Europa Continental e em grande parte dos países da América do Sul. Questões políticas, econômicas e sociais de grande envergadura têm tomado os bancos judiciais. Grande parte desse movimento atribui-se, pode-se dizer, à nossa era, a qual se identifica tendo como problema central não a reivindicação dos direitos ignorados, ou seja, “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 1992, p.24).

Diante desse cenário, inevitavelmente, vê-se mudanças estruturais, de forma que se exigem modificações também na teoria do direito, tais como, fazer com que a

nova atuação do Judiciário aja de forma a prover coerência ao sistema jurídico, segurança jurídica, previsibilidade e igualdade. Outra forma também de reconhecermos essa mudança é assumirmos o amplo papel prestado pelo Judiciário e nos permitir fazer uma releitura da teoria das fontes do direito.

Atravessamos outro tempo da história, em que, Antonio Pérez Luño aponta para “A relevância da função judicial como fonte do direito e sua repercussão para garantia da segurança jurídica constitui um capítulo inevitável das trajetórias mais recentes da cultura jurídica.”. (LUÑO, 2012, p.66).

O juiz já não é mais o “boca da lei”, não está limitado em apenas dizê-la, mas participa da própria construção e concretização da norma. Nesse seu atuar de construção do direito é preciso, assim como se exigiu da lei naqueles tempos burgueses-liberais, segurança e certeza jurídica.

Portanto, entendeu-se e defende-se que a observação ao precedente judicial configura forma de levar segurança jurídica e certeza, bem como igualdade, coerência, previsibilidade, uniformização, etc., às decisões do Poder Judiciário.

De tal modo, para defesa desse pensamento, o primeiro capítulo foi dedicado ao estudo do positivismo jurídico, a fim de demonstrar que, como teoria, respalda e até exige uma teoria precedentalista.

No segundo capítulo o que se propõe, com vistas em Manoel Hespanha e Paolo Grossi, é a retomada de uma *geometria variável das fontes*. É dizer, se buscará compreender que desde os primórdios da história do direito constava de uma pluralidade de fontes, a qual foi abandonada em razão do afloramento do individualismo em detrimento do coletivismo reinante, que culminaria nas teorias iluministas e na consequente criação de mitos, que tornaram a lei fonte quase exclusiva do direito e a identificaram como a única capaz de prover segurança jurídica e certeza às pessoas, o que tratou, como “legolatria”. (SIQUEIRA; BRITO, 2014).

O terceiro capítulo buscará tornar compreensível a teoria do precedente judicial obrigatório, se apegando ao direito Inglês, à formação do *common law* e a criação da doutrina do *stare decisis*. Analisar-se-á o conceito de precedente, bem como sua estrutura, forma de aplicação, revogação, dentre outros aspectos fundamentais para compreensão do instituto em questão.

Ademais, será abordado as mudanças no *civil law*, em especial, no Brasil, trazidas pela expansão do Poder Judiciário, pela promulgação da Constituição Cidadã e a nova teoria hermenêutica.

Diante disso, o quarto e último capítulo trará três das justificativas para a adoção do precedente judicial no Brasil que se entendeu como mais relevantes, tais quais a segurança jurídica, a igualdade e a coerência da ordem jurídica.

Feito o desenvolvimento da teoria do precedente judicial e apontado suas principais justificativas de adoção, restou o interesse em compreender porque existe certa resistência à cultura do precedente judicial no Brasil, pelo que se pousaram os olhos à sociologia e à história do Brasil, com base em Max Weber e em Sergio Buarque de Holanda, para perceber a questão.

Considerou-se que os valores constantes do catolicismo desde o Brasil colonial e o que chamou de *patrimonialismo*, confere grande significado ao modo do brasileiro em relacionar-se com a coisa pública, em aceitar a impessoalidade e irracionalidade. De igual modo, o *personalismo* é identificado como característica que pode atribuir à dificuldade cultural em ver o Judiciário, por exemplo, como instituição, uma, em que a visão pessoal, dotada de grande individualismo, não pode prevalecer como forma de operar.

1. POSITIVISMO JURÍDICO

O presente capítulo percorrerá o positivismo jurídico, com base no filósofo italiano, Norberto Bobbio. Nesse sentido, se buscará melhor compreensão deste tema, a fim de demonstrar que inclusive o positivismo jurídico harmoniza-se com uma teoria do precedente judicial obrigatório, ao contrário do que ela muitas vezes, erroneamente, nos remete.

Desse modo, primeiramente, deve-se lembrar, como aponta Hans Kelsen (KELSEN, 1965), que positivismo jurídico não advém de “positivismo” no seu sentido filosófico. Embora seja inegável, segundo Dimitri Dimoulis,

que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador. (DIMOULIS, 2006, p. 66)

ambos apresentam algumas aspirações diferentes, além de a história os separar geograficamente, tendo o primeiro surgido na Alemanha e o segundo na França, de modo que não devem ser confundidos.

Kelsen compreende o positivismo jurídico como uma teoria jurídica que concebe, unicamente, como “direito” o direito positivo, entendendo não ser válida qualquer outra ordem jurídica. (KELSEN, 1965, p. 131).

Norberto Bobbio, em seus ensinamentos, afirma que positivismo jurídico “deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.” (BOBBIO, 1995, p. 15). Desse modo, compreender a significação de direito positivo faz-se substancial para entender o tema.

A individualização do direito entre duas espécies, positivo e natural, permeia a história do direito desde o pensamento clássico (Platão e Aristóteles), o pensamento medieval até o pensamento dos jusnaturalistas no século XVII e XVIII.

A passagem da concepção jusnaturalista à positivista é marcada pelo surgimento do Estado moderno. Antes de tal advento, a sociedade medieval apresentava-se de forma pluralista, por meio de grupos sociais que contavam com seus

próprios ordenamentos jurídicos, como se verá no capítulo seguinte, dedicado ao estudo das fontes nesses períodos.

Era este o estado de natureza, em que vigorava o direito natural, que “não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa”, sendo um direito “permanente, racional e ideal” (BOBBIO, 1997, p. 86).

Após, então, o surgimento do Estado moderno, a sociedade passa a ser monista, constando um direito único estabelecido pelo Estado, através de lei ou do reconhecimento e controle de normas consuetudinárias. Ou seja, a formação do direito mudou, é posta pelo Estado, quando antes pela sociedade civil.

A constituição do Estado, chamado de Estado Civil por Emanuel Kant (KANT, 1993, p. 150) ¹, divide os jusnaturalistas quanto ao conteúdo jurídico. Uns, como Hobbes (HOBBS, 1998), e Rousseau (ROUSSEAU, 1996), admitem o surgimento do Estado com a necessária eliminação do estado de natureza, enquanto Locke (LOCKE, 1998), por exemplo, advoga que o estado civil deve possibilitar o exercício dos direitos naturais (por meio da coação), falando em conservação desses.

O direito natural foi perdendo terreno a partir de severas críticas ao jusnaturalismo, no século XIX, pelo movimento chamado historicismo (isso na Alemanha). Mencionado movimento teve origem na escola histórica do direito e foi difundido na Alemanha entre o século XVIII e começo do século XIX. Tendo como grande destaque o pensador Savigny, a escola instruiu o positivismo jurídico.

Na França, surgiram as ideias de codificação, apontadas como necessárias, pelo pensamento iluminista, para dar simplicidade e unidade ao direito, por meio de um legislador universal. Era o jusnaturalismo racionalista, que “considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história” (BOBBIO, 1995, p. 65).

Foi essa corrente filosófica que se apresentou como filosofia natural do direito, aproximou a lei da razão e pregou princípios de justiça universais, os quais instruíram as revoluções liberais, alcançando seu ponto alto com as codificações.

Agora, as leis antigas dariam espaço a um direito “simples e unitário, que seria ditado pela ciência da legislação, uma nova ciência que, interrogando a natureza

¹ “É preciso sair do estado natural, no qual cada um age em função de seus próprios caprichos, e convencionar com todos os demais (cujo comércio é inevitável) em submeter-se a uma limitação exterior; publicamente acordada, e por conseguinte entrar num estado em que tudo o que deve ser reconhecido como o Seu de cada qual é determinado pela lei e atribuído a cada um por um poder suficiente, que não é o do indivíduo e sim um poder exterior. Em outros termos, é preciso antes de tudo entrar num estado civil.”. (KANT, 1993, p. 150)

do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem” (BOBBIO, 1995, p. 65).

Desse modo, no final do século XIX, “el derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera” (BOBBIO, 1995, p. 8), de modo que, em linhas gerais, “equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico na primeira metade do século XX.”. (BARROSO, in: FACHIN, 2008, p. 105).

1.1. ASPECTOS (SIGNIFICADOS) DO POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO

Com o renascimento do jusnaturalismo, afirma Bobbio, torna-se fundamental conceituar e limitar historicamente o positivismo jurídico, doutrina que se opõe àquela, para que saibamos o que, dela, “se quiere destruir y por otro, qué se quiere conservar”. (BOBBIO, 1999, p. 91).

Baseado em escritos de M. A. Cattaneo, Bobbio sugere três aspectos do positivismo jurídico, tais qual o positivismo jurídico como modo de se aproximar do estudo do direito, o positivismo jurídico como teoria do direito e o positivismo jurídico como ideologia.

Partindo da consequência da influência do positivismo jurídico no campo do jurista, do juiz e do legislador, M. A. Cattaneo falou de três significados de positivismo jurídico.

No primeiro, situado no plano do conhecimento, o positivismo jurídico é a teoria que distingue o estudo do direito que *é* do estudo do direito que *deve ser*, sendo direito aquilo que é praticado na sociedade.

O segundo, situado no plano da aplicação, é a teoria que afirma um dever de obediência ao direito positivo, independente de normas morais, obedecendo-se a lei enquanto tais.

E, no terceiro significado, constante no plano da produção jurídica, o positivismo jurídico é a teoria que nega modelos absolutos de conduta e admite a impossibilidade de conhecer e determinar, de modo racional e objetivo, os valores, coincidindo, assim, com o relativismo ético.

Dizendo de outro modo, Bobbio vê a forma de apresentação do positivismo jurídico de M. A. Cattaneo como método para estudar o direito, como ideologia e como filosofia moral. No entanto, discorda da terceira forma apresentada pelo autor, ao afirmar que ser adepto a um relativismo ético não basta para caracterizar-se positivista, que o relativismo ético não serve para descrever, universalmente, o fenômeno do positivismo jurídico como os dois primeiros significados. (BOBBIO, 1965, p. 97).

Para tanto, ao discordar do terceiro significado de positivismo jurídico proposto por M. A. Cattaneo, Bobbio classifica-o em positivismo como modo de se aproximar do estudo do direito, como ideologia e, então, fala de positivismo jurídico como teoria do direito, não como filosofia moral ao tratar de relativismo ético.

Antes de adentrar ao estudo de cada um dos três aspectos do positivismo jurídico de Bobbio, cabe apontar que são “modos diversos de como se presenta la oposición al jusnaturalismo” (BOBBIO, 1965, p. 98) e que revelam, de certo modo, o significado do positivismo jurídico em dado momento histórico. São, então, modos ou aspectos em que o positivismo jurídico se apresenta e “la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión” (BOBBIO, 1965, p. 39).

Em especial, para esta pesquisa, compreender o positivismo jurídico em seus três aspectos permitirá notar quando se atribui um feito ou característica a ele, se se refere no que concerne como ideologia ou teoria, por exemplo. E, com vistas no positivismo jurídico como teoria se verá que a doutrina do precedente judicial é plenamente cabível e, até, exigível, o que justifica, ainda mais, a importância nesse estudo.

1.1.1. O positivismo jurídico como modo de se aproximar ao estudo do direito

Modo de se aproximar ao estudo do direito é diferente de método, como Bobbio mesmo aponta. Este se entende como meios e técnicas para investigação, enquanto o que se trata aqui, modo de se aproximar do estudo do direito, é da delimitação do objeto de estudo, orientando à direção do estudo de um problema e não de outro.

Esclarecendo, Bobbio faz clara distinção entre direito real e direito ideal (direito como fato e direito como valor), o direito que *é* e o direito que *deve ser*, elucidando que o jurista deve se ocupar do primeiro, que seria uma abordagem científica (descritiva, explicativa e demonstrativa) e não do segundo. Ou seja, o jurista, para o positivismo jurídico, deve se ocupar apenas com o estudo do direito positivo.

Isso não quer dizer, como salienta Bobbio, que não exista outro direito que não o positivo, qual seja, ideal, natural e racional, mas que “el hecho de no ser vigente, es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.” (BOBBIO, 1965, p. 43).

Dessa forma, o jurista se posiciona frente ao objeto de investigação, o direito positivo, de modo a-valorativo, objetivo ou eticamente neutral. Se preocupando em analisar apenas fatos verificáveis, como se uma norma é jurídica ou não jurídica através de observação do procedimento de elaboração normativa estabelecido e não se corresponde a determinado sistema de valores.

Pode-se estabelecer relação com os escritos de Kelsen, quando também delimitou o estudo do direito para o direito positivo:

A Jurisprudência como ciência do Direito tem normas positivas por objeto. Apenas o Direito Positivo pode ser objeto de uma ciência do Direito. É o princípio do positivismo jurídico, em oposição à doutrina do Direito natural, que pretende apresentar normas jurídicas não criadas por atos de seres humanos, mas deduzidas a partir da natureza. (KELSEN, 1998, p. 359).

No entanto, para se fazer ciência, o estudo do direito deve se ocupar do direito positivo, aquele direito vigente em uma determinada sociedade, de modo que se assim não for, “não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito.”(BOBBIO, 1995, p. 238).

Esse aspecto está fundamentado pela história. Por meio de uma observação histórica verificou-se que o direito aplicado nos tribunais (que é o que interessa conhecer) é o direito posto e não um direito ideal.

1.1.2. O positivismo jurídico como ideologia

Diferentemente de teoria, ideologia é a “expressão do comportamento avaliativo que o homem assume em face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos e valores relativos a tal realidade” (BOBBIO, 1995, p. 223) , que estão

fundamentados em um sistema de valores adotados por aqueles que foram escolhidos para atuar sobre essa realidade. Pode-se falar aqui na figura do legislador, que em sua função típica, legiferante, dispõe de normas, fundamentadas em valores escolhidos, a serem obedecidas por todos.

Bobbio destaca uma questão elementar quanto à ideologia que merece destaque. Afirma que, ao contrário da teoria que permite afirmar que ela é falsa ou verdadeira, segundo tenha uma correspondência com a realidade ou não, na ideologia não é possível dita avaliação. Uma ideologia pode ser conservadora ou progressista, caso se avalie positivamente a realidade e se proponha a conservá-la, ou se se avalie negativamente a realidade propondo mudá-la, respectivamente (BOBBIO, 1995, p. 223).

O positivismo jurídico como ideologia nos coloca diante de uma doutrina ética e não diante de uma doutrina científica como o aspecto anterior.

É dizer, o sistema jurídico passa a ser interpretado de modo a recomendar o que é justo em um plano de valores e não apenas descrever, no plano dos fatos, o direito.

Nesse sentido, afirma Bobbio que

(...) o Estado não tem um puro valor técnico, não é um simples instrumento de realização dos fins dos indivíduos (como é no pensamento liberal), mas um valor ético, é a manifestação suprema do Espírito de seu devir histórico e portanto é ele mesmo o fim último ao qual os indivíduos estão subordinados. É evidente que tal modo de entender o Estado não é uma teoria, mas uma ideologia, visto que descreve não o Estado como ele é, mas como se desejaria que fosse. (BOBBIO, 1995, p. 224).

Nesse aspecto do positivismo, podemos recordar da teoria do direito de Jeremy Bentham (BENTHAM, 1979), que não tinha por finalidade descrever o direito, como notadamente se vê em John Austin (AUSTIN, 1998), mas a busca por reformas no sistema jurídico, a partir de sua teoria moral, o utilitarismo, a servir de norte para constituir e propor um ideal de direito.

Bobbio defendeu duas versões da ideologia juspositivista, a moderada e a extremista.

Para a versão moderada, a obediência à lei está relacionada com um valor, tal qual a ordem. Desse modo, a lei deve ser obedecida como meio para realizar dito valor, entendida como “o resultado da atuação de um sistema normativo” (BOBBIO, 1995, p. 231). E, se desejamos esse bem (a ordem na sociedade), devemos obedecer ao direito. Nota-se que se trata de um valor instrumental.

A versão extremista defende o dever absoluto e incondicionado de obediência à lei, pois é o único sistema que regulamenta o comportamento humano, tendo, o direito “estatal-legislativo se tornado o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem” (BOBBIO, 1995, p. 226).

Aqui se fala na obrigação de obediência à legislação não apenas por uma obrigação externa, por temor à sanção, mas por uma obrigação também interna, moral. Dito de outra forma, o homem deve obedecer não apenas as leis enquanto tais, mas porque “está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa”, daí falar-se em “obediência não por constrição, mas por convicção” e de um “dever de consciência de obedecer às leis.” (BOBBIO, 1995, p. 226).

No entender do positivismo, a justiça não se apresenta como requisito e sim a validade, de modo que uma lei não é válida se é justa, mas é justa se válida for. (BOBBIO, 1995, p. 227).

Vale dizer, que o positivismo jurídico foi e tem sido extremamente criticado pela doutrina jurídica e filosófica em razão, evidente, à sua vertente ideológica. Foi acusada como responsável das atrocidades cometidas, supostamente em seu nome, nos regimes totalitários do século XX.

Para evitar injustas acusações, Bobbio afirma que o movimento do positivismo jurídico não deve ser considerado como um “bloco monolítico”, mas que se deve saber distinguir neles aspectos fundamentalmente distintos.

Para ele, as críticas ao positivismo jurídico não devem ser formuladas de forma genérica. Devem-se considerar os momentos históricos diferentes, autores e aspectos adotados do positivismo também distintos.

No entanto, as maiores críticas tecidas ao positivismo jurídico foram direcionadas ao positivismo como ideologia, mais especificamente, em seu aspecto extremista, que, para Bobbio, raramente houve quem a sustentasse de modo coerente. (BOBBIO, 1995, p. 235).

O modo mais eficaz de criticar uma ideologia, segundo o filósofo, “consiste em demonstrar que ela dá lugar a uma realidade contrária aos valores comumente aceitos.”. (BOBBIO, 1995, p. 235).

No que tange o positivismo ético moderado, se sustentou valores como a ordem, a igualdade formal e a certeza, nutrindo uma ideologia a favor do Estado Liberal, e não totalitário.

1.1.3. O positivismo jurídico como teoria do direito

É a identificação do positivismo jurídico com a teoria do direito estatal. Historicamente, pode ser identificada com o surgimento do Estado Moderno, traduzido pelo momento em que o Estado monopolizou a produção das leis jurídicas.

A teoria do positivismo jurídico é constituída por três princípios básicos: (1) toda decisão judicial se embasa em uma norma preexistente; (2) a referida regra será dada, sempre, pelo Estado; e (3) as regras dadas pelo Estado compõe uma unidade. (BOBBIO, 1965, p. 44).

De mesmo modo, são conhecidas algumas teorias do direito vinculadas ao positivismo jurídico como teorias que merecem espaço.

Trata-se da teoria coativa do direito, a teoria imperativa, legislativa, a teoria da coerência do ordenamento jurídico, da completude do ordenamento jurídico e, por fim, a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito.

De modo a analisa-las brevemente, a teoria coativa do direito, que se refere à definição do direito, compreende o direito como um sistema de normas aplicadas por meio da força, coerção.

A teoria imperativa do direito, diz respeito à definição da norma jurídica, entende que todas as normas jurídicas são mandamentos, pessoais ou impessoais, categóricos ou hipotéticos, éticos ou técnicos, abstratos ou concretos, gerais ou individuais. (BOBBIO, 1965, p. 45).

No que se refere às fontes do direito, a teoria legislativa do direito fala em supremacia da lei sobre outras fontes do direito, reduzindo o direito consuetudinário, o direito que deriva da natureza, entre outros.

A teoria da coerência sustenta não haver antinomias no ordenamento jurídico, sendo a compatibilidade entre as leis um critério de validade.

Também fazendo referência ao ordenamento jurídico, a teoria da completude se refere à ordem jurídica e seu conjunto, considerando o sistema jurídico em caráter pleno, completo, ausente de lacunas.

E a última teoria diz respeito à interpretação jurídica. Atribui ao juiz uma atividade essencialmente lógica na interpretação e aplicação das normas.

As três primeiras teorias representam os pilares do positivismo jurídico como teoria, enquanto as três últimas têm valor secundário. As três últimas teorias

foram severamente criticadas, enquanto as três primeiras, segundo Bobbio (BOBBIO, 1995, p. 237), não sofreram críticas que se sustentassem.

O positivismo como modo de se aproximar do estudo do direito e o positivismo como teoria se relacionam. Primeiro historicamente, pois quando os juristas, no século XVIII, se afastaram do estudo do direito natural para o estudo do direito positivo, estudaram o direito unificado e apresentado pelas monarquias absolutistas da época, o direito estatal. Ou seja, nasceram em mesmo momento.

Outra forma que se relacionam não é possível realizar o estudo do positivismo como modo de se aproximar do direito (o direito que é e o direito que deve ser), sem uma mínima teoria elaborada em torno do direito.

1.2. CRÍTICAS AO POSITIVISMO JURÍDICO EM NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio, em várias de suas obras, enfatiza a inadequação de críticas ao positivismo jurídico considerado como uma única doutrina. Afirmar ser necessário “não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentalmente diferentes”. (BOBBIO, 1995, p. 233).

Há várias formas de entender o positivismo jurídico, de modo a não existir “una relación necesaria entre ellos ni en sentido recíproco ni en sentido unívoco” (BOBBIO, 1965, p. 40). No entanto, “individualizar a un jurista como juspositivista con respecto a la teoría del derecho, no significa que también lo sea con respecto a la ideología” (BOBBIO, 1965, p. 41).

Tornando claro, um jurista que defenda a supremacia da lei sobre outras fontes e se negue a compreender o estudo do direito como o estudo do direito como é e não como deve ser, é um positivista em relação à teoria do direito, mas não o é pelo aspecto do positivismo jurídico como modo de estudar o direito.

1.2.1. Críticas ao positivismo jurídico como modo de estudar o direito

Bobbio admite ser difícil sustentar que a ciência jurídica deve se ocupar de estudar o direito como deve ser, não o direito que é.

No entanto, alguns jusnaturalistas, supõe o filósofo, poderiam levantar a questão da justificação, em que compreender o direito a partir de considerações fáticas,

sendo um conjunto de fatos históricos, reduziria do direito à força, já que seria a única forma possível de justificação.

Por primeiro, o positivismo jurídico como modo de estudar o direito não se ocupa de qualquer justificação do direito, nem de qualquer outro fundamento do direito, apenas delimita seu alcance de estudo.

Bobbio admite que se quisermos “elaborar una ciencia jurídica es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas” (BOBBIO, 1965, p. 60). O que não quer dizer que essas regras tenham sua eficácia baseada na força, podendo ela derivar de adesão espontânea, nem mesmo que a coerção seja exercida pela força, podendo ela se apoiar no próprio consenso.

No entanto, ao entender o direito como um conjunto de regras existentes, independentemente do motivo da sua eficácia (força, consenso, etc.), depara-se com regras que tem eficácia tanto pela força, quanto pelo consenso.

Desse modo, se se constata que as regras estão fundadas apenas pela força,

no es posible comprender como (...) el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculcado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad. (BOBBIO, 1965, p. 61).

Diante de tal afirmação, questiona-se se o positivista, então, deixa de lado qualquer juízo de valor ao adentrar no campo científico do direito. E Bobbio responde que não, embora o positivista pense que sim. E mais, afirma que sua pretensão de ser eticamente neutro perfaz-se infundada. (BOBBIO, 1965, p. 61).

Cabe ao jurista mais do que descrever o direito constante em determinada sociedade em dado momento histórico. O jurista imbui-se da tarefa interpretativa do direito partindo, segundo Bobbio, das decisões dos tribunais. E, essa tarefa interpretativa não corresponde a mero silogismo, pois ninguém mais acredita “que la interpretación, aún llamada mecánica, sea una operación meramente lógica” (BOBBIO, 1965, p. 62).

Veja que, ainda para a vertente do positivismo jurídico que delimita o estudo do direito ao direito positivo, reconhece a ação interpretativa do juiz, não o conduzindo a ser mero reproduzidor da norma posta pelo legislador. De tal modo, o positivismo jurídico como modo de estudar o direito não nega o papel interpretativo do juiz e não reduz a sua tarefa a mero silogismo.

Ademais, ao afirmar que o positivista não é eticamente neutro em sua atuação não significa que abandona suas premissas iniciais de estudar somente o direito que é posto. O positivista admite que o direito deriva, inevitavelmente, de valorações morais, não só do legislador, mas também do jurista e do juiz, o que também merece destaque, pois além de reconhecer a tarefa interpretativa deste, não o considera como uma “máquina”, alheia às ideologias do ordenamento, mas ao contrário, as consideram em sua ação interpretativa.

A questão é que essas valorações e condutas eticamente conduzidas não são direito por serem mais justas, mais sábias ou melhores, como quer o jusnaturalismo, mas porque elas se convertem em regras válidas do sistema jurídico. (BOBBIO, 1965, p. 62).

É dizer:

La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es, no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez; significa simplemente que estas valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. (BOBBIO, 1965, p. 62).

A grande questão é saber diferenciar o momento em que o jurista se vale do direito como objeto de estudo do momento em que contribui para criá-lo e, neste último, se faz impossível negar o caráter valorativo de sua atuação.

1.2.2. Críticas ao positivismo como ideologia

As maiores críticas destinadas ao positivismo jurídico são concernentes a este aspecto.

Diferentemente quando se avalia uma teoria, apontando para sua verdade ou falsidade, quando analisamos a ideologia o mesmo não pode ser feito. De uma ideologia pode-se apenas dizer que ela é boa ou má, justa ou injusta, sendo válido dirigir-lhe críticas demonstrando que permite uma realidade contrária aos valores que comumente são aceitos. (BOBBIO, 1995, p. 235).

Nesse sentido, a primeira grande crítica se refere ao positivismo ético extremista, que defende a obediência absoluta e incondicionada à lei.

Primeiro, atribuir ao positivismo jurídico como ideologia a ideia de obrigação moral da lei por serem justas enquanto tais. Partindo do pensamento de que a lei reconhece os maiores valores, deve-se obedecê-las.

No entanto, para Bobbio, não houve quem sustentasse essa ideia e se houvesse que atribuir a alguma teoria do direito essas ideias, deveria ser atribuída ao jusnaturalismo tradicional. Porém, ainda assim, se toma as posições de Thomas Hobbes encontra-se um limite nesse dever absoluto de obediência às leis, que é o contrato social, veja:

“(...) o fim da obediência é a proteção (...) portanto, quando nossa recusa de obedecer prejudica o fim em vista do qual foi criada a soberania, não há liberdade de recusar; mas caso contrário, há essa liberdade” (HOBBS, 1999, p. 21 e 15)

No entanto, afirma Bobbio que a obrigação absoluta de obediência às leis não é teoria nem jusnaturalista nem positivista, pois nenhuma ordem jurídica se sustenta baseada unicamente pelo temor da sanção. (BOBBIO, 1999, p. 52).

Ademais, o juspositivismo aponta a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito, o que revela ser a ideologia positivista a favor do Estado liberal e não totalitário. (BOBBIO, 1995, p. 236). Por exemplo, no nazismo, quando conferiu ao juiz o poder de decidir conforme interesse político do Estado, considerando delitos aqueles atos que infringiam o “são sentimento popular alemão”, destoa do juspositivismo, que estabelece que o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei.

A ideia de legalidade era compreendida sob uma ótica de dever de obediência à lei não apenas aos cidadãos, mas ao poder político, a fim de evitar seus abusos, outrora tão contraditório nos governos absolutistas do século XVII e XVIII.

Ou seja, legalidade, ordem e certeza são atributos da doutrina liberal para se opor aos arbítrios do Estado e, então, se há alguma doutrina que conduz à ditadura, é a doutrina liberal. (BOBBIO, 1999, p. 54).

Concluindo esta parte, para o positivismo jurídico como ideologia obedecer cegamente à lei é recomendável quando os fins são bons e desaconselhável quando não o são.

1.2.3. Críticas ao positivismo jurídico como teoria do direito

As grandes críticas dirigidas ao positivismo jurídico como teoria advieram da sociologia jurídica - tendo como principal voz Eugen Ehrlich (EHRlich, 1986), o qual buscou demonstrar que os juristas tradicionais compreendiam mal a noção de direito, o papel do jurista e do juiz - e da Escola de Direito Livre.

A primeira crítica é concernente à questão da completude do ordenamento jurídico.

Primeiramente, Norberto Bobbio entende completude como uma “propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”, sendo a falta de uma norma chamada “lacuna”, completude é “a falta de lacunas”. (BOBBIO, 1997, p. 113).

Em outras palavras, um ordenamento jurídico incompleto é aquele em que não se encontra uma norma que proíba determinado comportamento, nem que o permita. (BOBBIO, 1997, p. 114).

Nesse sentido, em resposta às críticas, o positivismo jurídico, por Santi Romano, na Itália e Karl Bergbohm, na Alemanha, desenvolveram a doutrina do espaço jurídico vazio.

A fim de demonstrar que a completude era constitutiva de todo ordenamento jurídico e de que “não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a *certeza*” (BOBBIO, 1997, p. 128), entendeu-se que casos não regulados pelo direito não se tratavam de lacunas, mas demonstravam haver um fato juridicamente irrelevante.

Ou seja, “até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.”. (BOBBIO, 1997, p. 129).

Ademais, não prevendo o direito norma especial sobre determinada questão, pela teoria da norma jurídica exclusiva, aplica-se a norma geral àquele caso, não devendo, de igual forma, falar-se em lacunas.

Nesse sentido, Bobbio rebate alegando que as lacunas que apontam os sociólogos do direito são de um ponto de vista ideológico.

A principal crítica que a nós nos interessa neste trabalho diz respeito à teoria das fontes. O positivismo jurídico aponta a lei como fonte principal do direito e relega o

direito judicial ou os precedentes que advém de manifestações da Corte a segundo plano.

Atribui-se ao positivismo jurídico as ideias trazidas pelo *codicismo* e a interpretação mecânica do juiz, incorrendo em um silogismo, e sua proibição em atuar criativamente.

Porém, diante das críticas dirigidas a essas características, o positivismo jurídico voltou atrás e reviu grandes de seus pensamentos.

Nesse sentido, considerou-se então que de fato o juiz cria o direito, apesar da supremacia da lei e da obrigatoriedade de a decisão seguir estritamente o que dispõe ela dispõe (BOBBIO, 1999, p. 57).

E então, enfaticamente se afirmou que

la creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad (...) contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra la muralla. (BOBBIO, 1999, p. 57).

Aqueles defensores mais ferrenhos do positivismo jurídico não conseguiram sustentar a teoria mecanicista da interpretação e a abandonaram por completo.

É o caso, por exemplo, de Kelsen, ao afirmar que a decisão judicial não tem um simples caráter declaratório:

O preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela a função declarativa. (KELSEN, 1998, p. 167).

E, admite a possibilidade de o juiz ser competente para criar não só norma individual, mas normas gerais, como se expressa pelo precedente judicial, em que cria direito novo ou o torna norma geral por meio da interpretação. (KENSEN, 1998, p. 174).

No entanto, diante desse cenário, Bobbio levanta a seguinte questão: ao considerar essa atuação realista do juiz, distante da interpretação mecanicista, poderá haver modificação a teoria das fontes?

Para a questão levantada, Bobbio dá duas alternativas: (1) ou se considera fontes do direito apenas aquilo que a legislação dispõe como criadores de normas gerais, não permitindo, desse modo, que as decisões judiciais constituam fontes do direito, apenas em ordenamentos que seja previsto o instituto do precedente judicial; (2) ou se

aceita um significado mais amplo de fontes do direito, abarcando as decisões individuais, e aí a decisão judicial pode ser fonte do direito. (BOBBIO, 1999. p.58).

Nesse sentido, para que as decisões judiciais sejam fonte do direito deve haver uma teoria de precedente judicial, a criar norma geral, caso contrário, as “fontes do direito” devem ser entendidas num caráter muito mais amplo, fazendo com que a norma individual seja também fonte do direito.

Fontes do direito devem advir de normas gerais, de modo que em um ordenamento que não haja o precedente judicial a decisão judicial é mera norma individual, aplicada às partes do processo e não pode, assim, ser fonte do direito, pela ausência de seu caráter geral.

É dizer, a decisão judicial será fonte do direito quando constituir norma geral, ou seja, quando houver previsão do instituto do precedente judicial, ou se se reveja o significado da teoria das fontes, concebendo a decisão judicial individual, e não só geral, também o caráter de fonte do direito.

Por fim, o que se pretendeu demonstrar neste capítulo, em especial neste tópico, é que o positivismo jurídico, em especial pela sua vertente de teoria, admite o precedente judicial como fonte do direito e mais, exige esse instituto para que a decisão judicial seja fonte do direito.

2. TEORIA DAS FONTES

Agora, no entanto, a pretensão deste capítulo é historicizar a teoria das fontes, constando suas condições e mudanças desde o direito romano até a modernidade para, ao final, se propor uma teoria de fontes variáveis e inserir o precedente judicial neste contexto.

A iniciar, a Modernidade, período identificado a partir do século XVI, trouxe modos de pensar e atuar que mudariam completamente as sociedades europeias e mais tarde influenciariam todo o Ocidente.

Sendo o Direito produto histórico e cultural, os reflexos desse tempo também nele se perfizeram e, quem sabe, até se perpetuaram.

Dentre tantas mudanças no Direito, a que concerne o fetichismo legalista é a mais marcante e precursora de vicissitudes.

O apego exagerado à lei produz uma consequência direta à pluralidade das fontes, ao desprezar qualquer outra que não emane do parlamento.

No entanto, para se efetivar um sistema precedentalista – como se propõe fazer neste trabalho – faz-se necessário a existência de fontes variáveis e o desate da confusão entre lei e Direito, como se a mesma coisa fossem.

Para tanto, esse capítulo, como proposto, busca historicizar o direito, trazer à superfície histórica algumas das grandes características da Idade Média e da Modernidade, como as fontes do direito, para, ao fim, propor um sistema de fontes variáveis.

Dar caráter histórico ao Direito, como se fará, não tem a pretensão de dar legitimidade ao mesmo – embora muitas vezes se valham da história unicamente como discurso legitimador –, até porque, como aponta António Hespanha, o Direito é em si mesmo o próprio elemento de legitimação (HESPANHA, 2005, p. 22). Historicizar o direito tem o intuito crítico, de “problematizar os pressupostos *implícitos* e *acríticos* (...) de que o direito de nossos dias é o *racional*, o *definitivo*, o *necessário*.” (HESPANHA, 2005, p. 21).

Em mesmo sentido, Paolo Grossi também aponta para importância da história do direito e destaca que

A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmitifica o presente, garante que essas sejam

analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro. (GROSSI, 2007, p.25).

Desse modo, faz-se necessário desamarra-nos das vestes dos tempos modernos, para que possamos, sem seus talantes e cortes duramente ajustados, enxergar o direito por uma ótica refeita, capaz de ser uma fiel manifestação social e cultural de nosso povo.

E então, António Hespanha exemplifica utilizando o direito romano, afirmando que suas melhores exposições são

aquelas que, liberando-se das categorias jurídicas actuais, conseguem dar uma visão, historicamente mais autêntica do direito romano como um sistema jurídico dominado por uma lógica alternativa, ou mesmo, oposta à actual. (HESPANHA, 2005, p. 137)

Adiante, seguimos para o estudo do direito medieval e do direito moderno.

2.1. AS FONTES NO DIREITO ROMANO

Vale lembrar, como atentam os historiadores do direito, que o direito romano foi uma das principais fontes do direito na Europa continental durante séculos e serviu de base para inúmeros ordenamentos jurídicos modernos.

Portanto, faz-se necessário um breve discorrer do direito Romano, até para melhor compreender o período medieval e moderno.

O direito romano perseverou cerca de sete séculos, identificado entre 753 a.C. até o século VI, aproximadamente no ano de 565, com seu abandono gradual, consequência direta da queda do Império, culminando, no período conhecido como época Justiniana.

“La historia del derecho romano y, en general, la de los derechos occidentales está estrechamente vinculado a sus fuentes de creación” (GRANDON, Javier Barrientos, 2000, p. 1), de modo que a partir delas, se pode fazer uma divisão do direito romano por três épocas: Pré-Clássica (ou época arcaica), Clássica e Pós-Clássica (ou época/direito tardio).

A origem do direito romano está no chamado *mores maiorum*, transpassado de geração a geração, representa tradições dos antepassados relativas ao que compreendiam como justo, sendo o próprio *ius civile*, o qual deveria ser eterno.

Desse modo, significa dizer que “el derecho romano fue en sus orígenes, un derecho no escrito, ni vinculado a la potestad pública, sino que a la autoridad de las tradiciones y costumbres de los mayores”. (GRANDON, Javier Barrientos, 2000, p. 4).

Ou seja, até o século V a.C., o direito existente era um direito não escrito, exclusivamente costumeiro.

No entanto, já no século V a.C. essa *tradição justa* não escrita resultou a conhecida Lei das XII Tábuas, feita por dez magistrados incumbidos de legislar, cujo texto fora gravado em doze placas de madeira e fixado diversos pontos da cidade de Roma.

A criação dessa obra é atribuída à possível influência grega, em que teria Roma, buscado seguir tendência constante na Grécia de fazer leis escritas, o que teria os levado a “de harmonia com a vontade do povo, nomeado decênviro ‘*decem viros*’ para irem investigar as leis às cidades gregas, a fim de que a cidade pudesse estabelecer assuas próprias leis.”. (VILLEY, 1991, p. 43).

A Lei das XII Tábuas teve o propósito de resolver conflitos entre plebeus e patrícios, tratando de diversos conteúdos como a proibição do matrimônio entre eles, as atuações judiciais e formas de executar sentença, sucessões, delitos, coisas sagradas, etc.

A Lei das XII Tábuas passou a ser a fonte de todo direito romano, tendo sido, para grande parte dos doutrinadores, o início do direito civil.

Bem lembra José Reinaldo de Lima Lopes, ao tratar da referida lei, que

O que determina o perfil do direito romano arcaico é que ele só se aplica aos romanos, cidadãos, descendentes dos *quirites*. Por ser direito dos cidadãos é que se dirá *ius civile*. Tem um papel destacado neste direito tudo aquilo que ajuda a preservar a cidade tradicional: o patrimônio da família, verdadeira unidade de produção, e aqueles bens essenciais para tal unidade, como a terra e os escravos. (LOPES, 2011, p. 32).

A desigualdade, à época, era latente. O direito escrito serviu para legitimar a estrutura social e econômica a qual vivia a cidade, excluindo de qualquer reconhecimento todos àqueles que cidadãos não fossem.

Nesse sentido, “Não bastava morar em uma cidade para se estar sujeito às suas leis, e ser protegido por elas; era necessário ser cidadão. A lei não existia para o

escravo, como não existia para o estrangeiro”. (COULANGES, 1961, p. 169). Vale lembrar que, assim como a religião, o direito nessa época era especial para cada cidade.

Desse modo, não participando da religião, ao estrangeiro lhe era negado uma série de direitos. Não podia ser proprietário.

Não podia contrair matrimônio, ou, pelo menos, seu casamento não era reconhecido, os filhos nascidos da união de um cidadão com uma estrangeira eram considerados bastardos(18). Não podia firmar contratos com cidadãos, ou, pelo menos a lei não lhes dava nenhum valor. A princípio, não teve o direito de exercer o comércio(19). A lei romana proibia-lhe herdar de um cidadão, e mesmo um cidadão herdar de um estrangeiro. (COULANGES, 1961, p. 173).

E mais,

Se cometesse algum crime, era tratado como escravo e punido sem processo, pois a cidade não lhe devia nenhuma justiça. Quando se sentiu a necessidade de uma justiça para o estrangeiro, foi necessário estabelecer um tribunal de exceção. Roma tinha um pretor para julgar o estrangeiro (*praetor peregrinus*). Em Atenas o juiz dos estrangeiros era o *polemarco*, isto é, o mesmo magistrado encarregado das guerras e de todas as relações como o inimigo. (COULANGES, 1961, p.173)

O Direito era aplicado e interpretado por pontífices, tendo surgido de um colegiado como este a primeira jurisprudência, conforme aponta Javier Grandon (GRANDON, Javier Barrientos, 2000, p. 4).

Fustel Coulanges assemelhou o caráter desses magistrados com os chefes de Estado das sociedades modernas, pois eram sacerdócio, justiça e comando concentrados em uma só pessoa: “Em determinados dias, via-se o censor, com a coroa na cabeça, oferecer sacrifício em nome da cidade, e ferir a vítima com suas mãos. Os pretores, os *edis curuis* presidiam às festas religiosas.” (COULANGES, 1961, p.160).

A lei das XII Tábuas foi o ponto de partida para uma intensa interpretação jurisprudencial, em que se “acomodaba sus preceptos a las necesidades y al mismo tiempo aumentaba el orden del *ius*, pues ya se ha dicho que de ella emanó el *ius civile*.” (GRANDON, 2000, p. 4).

Nota-se, nesse período, a atuação de um poder judiciário empenhado em adequar a lei à realidade social, sendo esta última um reflexo direto para o direito da época, que não emanava somente dos textos legais, mas dos costumes e da jurisprudência.

Fato interessante a se destacar é que em 253 a.C. um pontífice máximo, de origem plebeia, Tiberio Coruncanio, iniciou um feito hoje muito conhecido e que nos toma intenso trabalho em defender e dedicar estudos teóricos na atualidade. O pontífice iniciou a praxe de explicar publicamente aos seus discípulos as razões de suas decisões (GRANDON, 2000, p. 4). Pode-se arvorar que seria este o primórdio da obrigatoriedade da fundamentação do juiz nas decisões judiciais, hoje, exigida pelo art. 93, inciso IX² da Constituição Brasileira de 1988 ou a disposição agora contida nos vários incisos do § 1º do artigo 489 do novo Código de Processo Civil³.

Para encerrar esse período, cumpre registrar a existência das *leges*, que dispunha de uma característica também conhecida nos sistemas jurídicos modernos. Eram declarações que vinculavam tanto a quem conferia quanto os que aceitavam. Se dividia em *lex publica* e *lex privada*. A primeira - que nos interessa - era dita por um magistrado “en los comicios, donde se prestaba la autorización por parte del Pueblo para que vinculara a todos los ciudadanos.” (GRANDON, 2000, p. 5).

Ou seja, eram decisões proferidas por um magistrado, com a autorização de parte da população, que vinculavam a todos, tanto aos jurisdicionados quanto aos demais cidadãos. Embora não tenha sido uma fonte de fato para o direito, teve algum papel nesse sentido, ainda que não tão importantes para o *ius*. (GRANDON, 2000, p. 4).

Feita essas breves considerações do período arcaico do direito romano, prossegue-se para o que foi a chamada época clássica. A seguir.

²Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A Época Clássica do direito romano (130 a.C. – 230 d. C.) se consolidou como um direito de juristas, tendo como grande característica, principalmente entre 30 a. C. até 130 d. C., a resplandecência da jurisprudência.

Nesse sentido, o professor Catedrático de História do Direito da Universidade Diego Portales, em Santiago, no Chile, afirma que

La jurisprudencia fue la gran fuente del derecho romano durante la época clásica y, precisamente, su indiscutida primacía es la que permite caracterizarla como un derecho de juristas. (GRANDON, D. Javier Barrientos, 2000, p. 6)

E prossegue, explicando que esse *direito de juristas*, se caracterizava por “un estamento de jurisconsultos a quienes la sociedad reconocía la responsabilidad de elaborar el derecho” (GRANDON, D. Javier Barrientos, 2000, p. 6), tendo sido, tal atuação, atribuída a essas pessoas não pelo *poder público*, mas pelo reconhecimento de seus saberes.

A *iurisprudentes* se tornava um *respondere*, que era as decisões dadas a casos concretos. A jurisprudência foi uma grande fonte do direito nessa época, principalmente de dizer, frente ao caso concreto, o que era o justo.

A atividade desses jurisconsultos não estava vinculada, nem em conteúdo nem em validade, a qualquer poder. O direito de juristas era desenvolvido livremente, “legitimado” na sua própria autoridade, a qual a própria sociedade lhe conferia, pelo reconhecimento de seu saber, com a consciência da importância e responsabilidade de elaborar dito direito.

O Período Pós-Classico, também chamado de Baixo Império, é o período identificado entre o ano de 230 a 476. O Direito Romano nesse momento apresentou-se como um “direito de leis”, “se convirtió en un derecho legislado, esto es, en un derecho fundado en la potestad”. (GRANDON, 2000, p. 1).

O direito agora emana do legislador, que conferia validade e força ao direito por ser um poder socialmente reconhecido. Os conflitos passaram a ser resolvidos mediante normas preestabelecidas e o direito identificou a lei, ditada pelo Imperador, a principal fonte do Direito.

Foi mediante suas legislações que “os imperadores elucidaram, especificaram e interpretaram normas do direito; também deram uma nova direção à ordem jurídica”. (COENAGEM, 1999, p. 29).

Em especial, no período de Constantino (306-337) a vontade do Imperador, manifestada principalmente pelas constituições imperiais⁴, passou a ser fonte exclusiva do direito, inaugurando, pode-se dizer, o absolutismo legislativo, desinente, por suposto, do absolutismo imperial.

Frente ao numeroso conteúdo legislativo determinado pelo Imperador, houve a necessidade de reuni-los e organiza-los em um único texto, que foi denominado *Codex*. A princípio, etimologicamente significa “tronco de árvore”, fazendo referência ao material de escritura, que eram feitos em tablas de madeira. Posteriormente, quando substituído esse material por outro mais moderno, *códex* significava somente “livro” e, se estendendo ao âmbito jurídico, passou a significar um “livro com conteúdo jurídico”.

Houve nesse período uma latente tendência compiladora, representada por diversas obras, diversos *Codex*. Inevitavelmente, esse cenário, em especial, esses documentos foram responsáveis por restringir a jurisprudência, pois agora eram eles que conferiam validade formal às obras jurisprudenciais, ou seja, a vigência, validade e vinculação dessas obras derivam da autoridade legislativa e não de seus autores, perdendo sua independência.

Desse modo, afirma-se que

La jurisprudencia en la época postclásica (...) se caracterizó por la pérdida de su fuerza creadora, su burocratización definitiva, la tendencia a compendiar o resumir obras del período clásico (...) y la intervención de la potestad imperial en la limitación de la autoridad de las obras jurisprudenciales. (GRANDON, 2000, p. 14).

Caracterizado por um Estado absolutista, de igual modo o direito também apresentou certo absolutismo, o legislado, por meio da autoridade máxima estatal, o Imperador. Consequentemente, as fontes do direito sofreram transformações em que o pluralismo de fontes cedeu espaço ao absolutismo, depositando às mãos do Imperador a capacidade única de fazer e legitimar o direito. Agora, tem-se a lei, materializada em códigos, como a única fonte do direito.

2.2. A ORDEM JURÍDICA MEDIEVAL

⁴ As constituições imperiais foram medidas de ordem legislativas promulgadas pelo imperador e elaboradas pelo *consilium principis*, congregação formada pelos jurisconsultos mais importantes da época. Dentro dessas denominadas constituições imperiais formavam parte várias formas de decisões do Imperador, tais como o *espuluae*, os *decreta*, os *edicta*, os *mandata* e os *rescripta*, promulgados para consulta de magistrados ou funcionários, decisão sobre negócios, natureza de sentença judicial, ordens a funcionários e a forma genérica, respectivamente.

A Idade Média tem como marco inicial, por unanimidade dos historiadores, a queda do Império Romano do Ocidente, em 476, e como final, a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453.

Na presente abordagem, para tratar do Direito Medieval e dar o devido enfoque às fontes do direito, cumpre-nos dividir historicamente o denominado período em alta Idade Média, que corresponde do século V ao XI e baixa Idade Média, correspondente aos períodos do século VI a meados do século XV.⁵

Com a queda do Império Romano, então, três civilizações novas surgiram: o império bizantino greco-cristão, o mundo árabe-islâmico e o ocidente latino-cristão. Todas elas dominadas pela Igreja romana e falantes da língua latina, predominantemente agrícolas a nível somente de subsistência e pouco urbanizadas.

O Direito Romano não havia desaparecido, mas perdeu sua força de direito supremo, em razão da dissolução das grandes instituições, tais qual a tradição das escolas de direito, o saber dos juristas, a legislação imperial e a jurisprudência. (CAENEGEM, 2000, p. 24).

Agora, somente os descendentes das populações nativas romanas é que estavam sujeitas unicamente ao direito romano. Ele foi reduzido a um direito vulgar, consuetudinário provinciano, o qual prevalecia no Sul da França e na Itália.

Houve, como se sabe, tentativa de reestruturar o Império Romano, de modo que ocorreram inúmeras tentativas de reconquista de territórios invadidos pelos germânicos. Um grande símbolo dessa tentativa foi *Corpus iuris civilis*, que era uma compilação de obras jurídicas clássicas do tempo imperial organizadas sistematicamente por Justiniano, como forma de reconhecimento do Direito Romano. Esse compilado legislativo manifestou-se por quatro coleções, dentre elas, o *Digesto* ou *Pandecto*,⁶ e o *Codex*, há pouco abordado.

⁵ A saber, Paolo Grossi não adota tal divisão entre alta Idade Média e Baixa Idade Média. Entende não pelo equívoco, mas pelos riscos que tal divisão apresenta, sendo um deles, o de compreendê-los como dois momentos autônomos, passíveis de serem analisados isoladamente. (GROSSI, 2014, p. 35). No trabalho nos valemos dessa divisão por razão didática, mas com a total convicção da unidade histórica dos dois momentos.

⁶ Foi deste documento que se ocuparam de estudar os seguidores da Escola dos Pandectistas, no século XIX, na Alemanha. Sendo o nome *Pandecto*, a origem do nome da escola, que, com base nos usos e costumes, pretendia uma interpretação mais elástica dos textos legais, afastando-se um pouco dos preceitos da Escola da Exegese, no que concerne esse ponto. Criaram uma técnica, analítica e sistemática, e remontaram, de forma mais criativa, os ensinamentos desses textos. Propositou-se uma interpretação que buscasse não a vontade do legislador à época, mas sua vontade no tempo atual do intérprete. É como se indagasse: “o que o legislador pretendia com a promulgação deste dispositivo hoje, em meados do século XIX, diante do atual contexto histórico-social?”. Era a “intenção possível do legislador”, planeada por Bernhard Windscheid, naquela época.

Por outro lado, as tribos germânicas conservavam e se submetiam ao direito consuetudinário próprio, de suas próprias tribos. De conteúdo costumeiro e imemorial, o transmitiam oralmente às novas gerações e às vezes registrado pela via escrita.

No que tange às normas escritas, “que refletiam a sociedade agrária e arcaica da qual derivavam” (CAENEGEM, 2000, p. 26), houve importantes compilações por volta do século VII, fora do reino franco e também na Inglaterra.

No entanto, o mais importante a se destacar nesse período medieval (alta Idade Média) é a ausência de um poder político unificador, como a figura do Estado Moderno, ademais da pluralidade de ordenamento jurídico e a proeminência do costume.

“A sociedade medieval é uma sociedade sem Estado” (GROSSI, 2014, p. 34), afirma Paolo Grossi, apontando para o vazio político existente na época. Com a crise do Estado imperial, no final do século V, não houve no presente período o preenchimento desse vazio – a não ser que parcial – o que ocorrerá, por completo, somente na modernidade com o surgimento do Estado.

Esse mesmo vazio político é constatado por Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Carnio: “Na realidade, as sociedades primitivas são as sociedades sem Estado, são as sociedades cujo corpo não possui órgão separado do poder político”. (GUERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 28).

Nesse sentido, foi uma opção política não suprimir a autonomia dos grupos e das famílias no cenário social. Ademais, a Igreja temia a volta de um estado fortemente unificado que favorecesse o individualismo, algo que era visto com muita desconfiança, até porque, a salvação por ela pregada está num plano superior, atrelado à vida em comunidade.

Em passagem de Santo Tomás de Aquino, a defesa da pluralidade em detrimento de certo individualismo transparece:

(...) Ora, o bem da ordem de diversos é melhor do que cada um dos ordenados considerados em si mesmo, pois, ele é formal em relação aos singulares, como a perfeição do todo o é em relação às partes. Por conseguinte, não devia faltar o bem da ordem na obra de Deus. Mas este bem não poderia haver se não houvesse a diversidade e a pluralidade das criaturas. (AQUINO, 1990, cap. XLV, p. 243).

Diante desse cenário pós-queda do Império romano, tem-se, então, um direito plural. Um direito não atrelado a qualquer vontade política em específico, florescendo da factualidade social, sendo o fiel porta-voz daquela civilização.

Veja que a produção do direito não está ligada a nenhuma vontade política, da qual detém um único sujeito ou um pequeno grupo, mas a um nascimento natural no seio da civilização, por questões étnicas, naturais, econômicas. É o que chamou, Paolo Grossi, de *naturalismo jurídico* - diametralmente oposto ao formalismo jurídico - que se caracteriza por um direito “incapaz de se distanciar dos fatos, efetivando uma forma elementar que a eles se adapta, a eles se molda e neles se fundamenta” (GROSSI, 2014, p. 80).

Desse modo, o direito emana de profundas forças sociais, além de qualquer poder de cunho organizatório e unificador. Está

(...) ligado à sociedade, da qual não se tornava coerção, mas dimensão vital; resgatado inteiramente ao social, o próprio direito recuperava um caráter ôntico mais profundo, tornava-se inerente aos alicerces mais recônditos do social e inevitavelmente conquistava nele um primado inquestionável. (GROSSI, 2014, p. 38).

A relação homem-natureza revelou-se tão bem nesse período da Idade Média que o ordenamento

se desloca *do* sujeito *para as* coisas, e as coisas, nas suas exigências primordiais, em sua factualidade não condicionada, não mortificada nem filtrada, torna-se sua protagonista e a fonte em sentido substancial de todo o devir jurídico. (GROSSI, 2014, p. 70)

Numa ordem social em que os fatos sociais e naturais são protagonistas, soma-se a isso a ausência de um poder político organizador do plano jurídico, inevitavelmente, “a esfera do jurídico e a do factual tendem a se fundir; a dimensão de ‘validade’ cede lugar à da ‘efetividade’”. (GROSSI, 2014, p. 70).

Em sentido semelhante, Tercio Sampaio Ferras Junior constatou que a

Idade Média havia traduzido o *zoon politikon* por *animal sociale*, ampliando o conceito de sociedade, que de comunidade política passava a comunidade ética, ainda a concepção de *societas* continuava a tradição de entendê-la como corpo social, sede nominal de todas as vinculações humanas. (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 25).

De todo modo, a base de validade da ordem jurídica medieval não se encontra em nenhum procedimento formal, por exemplo, calcada em arquétipos, mas na capacidade que tem de incidir na experiência social. O fato apresenta-se como “autenticamente normativo, revelando a capacidade inata de ser por si só protagonista

dos vários ordenamentos, em que chega a ser fonte em sentido formal.”. (GROSSI, 2014, p. 70).

Desse modo, tem-se a revelar, que o costume é a fonte primária do direito medieval. É normativo em razão de sua repetição e duração no tempo, perpetuada na memória social. Por isso, fala-se que o costume é *lex non escripta* e que a *lex scriptae* nada mais é que o reconhecimento do primeiro, feito por um príncipe, tendo este a função de intérprete dos fatos sociais, aos quais encontra-se subordinado nesta tarefa.

Veja, o caminho do direito é traçado da seguinte forma: nasce nas famílias, é reproduzido por grupos de modo reiterado e permanente, de modo a compor a consciência social, seguido de um reconhecimento - que é uma espécie de sistematização - do príncipe, em forma de lei escrita.

Contemplado o caráter costumeiro do direito medieval, ausente de um poder político forte, atina-se para uma ordem jurídica constituída por pluralidade de forças.

Ocorre, nesse sentido, a ascendência de uma sociedade complexa, plural “que significa pluralidade de valores e, no plano jurídico, pluralidade de tradições e de fontes de produção no interior de um mesmo ordenamento político.”. (GROSSI, 2014, p. 65).

Lembremos, à época, que vigorava o princípio da personalidade do direito, que garantia a cada tribo submeter-se a seu próprio direito. Isso não significa que cada pessoa, em sua individualidade, rogava por um direito próprio, mas, precisamente, aponta a ausência de um direito unitário a vincular a todos pela razão territorial. Ou seja, em um mesmo território há vários ordenamentos jurídicos igualmente válidos que não se sobrepõem, tampouco se anulam ou se ignoram, mas coexistem e se respeitam, de modo a completar-se muitas vezes.

Quando se falou que com a queda do Império Romano prevaleceu um “direito vulgar”, refere-se a um direito alheio a qualquer força política, à atividade estatal, sendo representante de “forças alternativas para preencher o vazio deixado (...) substituindo-se ao direito oficial na tentativa de dar uma resposta adequada às novas idealidades e necessidades”. (GROSSI, 2014, p. 64).

No entanto, esse direito surgido é, como dito, complexo e plural – reflexo natural dos tão diferentes povos autônomos que se formaram com o fim do império romano. Mas não se refere somente à pluralidade de culturas jurídicas, mas “(...) num plano tipicamente técnico, em um conjunto de fontes de produção”. (GROSSI, 2014, p. 67).

Desse modo, fala-se em uma sociedade plural no que concerne a cultura, o ordenamento jurídico e às de fontes do direito.

Com o caminhar dos séculos a sociedade medieval experimentou significativas mudanças. Nos séculos XI e XII – onde se identifica, neste trabalho, o início da baixa Idade Média - houve radical mudança cultural que viu as estáticas relações agrárias cederem espaços às relações dinâmicas dos comércios.

A sociedade tornara-se mais complexa e, inevitavelmente, o direito costumeiro como se apresentava já não tinha a mesma serventia. Era preciso organização. Sociedades complexas clamam por esquemas gerais que as sustentem e disciplinem, principalmente, a vida econômica.

De modo implacável essas exigências se estenderam ao direito, exigindo o desenvolvimento de uma ciência jurídica que “sem trair os fatos, se posicionasse acima deles e os organizasse em esquemas universais”. (GROSSI, 2014, p. 192).

Nesse sentido, para desenvolvimento das relações econômicas que ora eclodiam era necessário

um direito estável, que garantisse a segurança jurídica e institucional necessária à previsão e ao cálculo mercantil, um direito único, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio inter-europeu, e um direito individualista, que fornecesse uma base jurídica adequada à actividade dos empresários (...). (HESPANHA, 2005, p. 144).

No direito moderno essas exigências foram resolvidas de modo a conceder a um poder político forte, o Estado, o monopólio de produção do direito, materializando na lei escrita a vontade soberana, fazendo nascer um totalitarismo jurídico, como se verá adiante.

Diferentemente, no presente período medieval, a orientação foi outra. Foi a *redescoberta* do direito romano. Este que, durante a alta Idade Média continuou a ser alimentado em algumas localidades, bem como pela Igreja.

Desse modo, o direito romano foi apresentado como direito utilizável à prática jurídica daquele momento histórico, dando aos “Glosadores” e aos “Comentadores” a tarefa científica de tornar os textos romanos compreensíveis e atuais àquele novo contexto.

No entanto, “Os resíduos de direito romano então conhecidos e, sobretudo, os seus principais livros, redescobertos no Norte da Itália no século XII, são então tidos como direito do Império, de vocação universal; logo, como direito comum.” (HESPANHA, 2005, p. 141).

Desvinculado de espaço territorial específico, bem como de um corpo social em destaque, o *ius commune* foi

(...) elaborado por uma comunidade científica de mestres através de uma atividade de interpretação formalmente obsequiosa dos respeitáveis textos normativos romanos e canônicos, mas substancialmente criadora de princípios e regras necessários à sociedade medieval para um adequado ordenamento. (GROSSI, 2010, p. 36).

O direito comum é um direito fundado na razão e, em virtude disso, era dotado de uma vigência geral. No entanto, é importante destacar, como bem fazem Jaime Brito e Dirceu Siqueira

que a ordem do direito romano do *ius commune*, apesar de desejar uma unicidade, não se constituía como a única fonte de direito efetivamente aplicada a toda Europa, haja vista que (...) havia a existência dos ditos direitos tradicionais que eram utilizados quando não estavam em conflito, além da atuação do direito canônico para regular a ordem espiritual e familiar. (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 5)

Trata-se de um direito a ser aplicado subsidiariamente, pois coexistia, ademais dos direitos especializados (canônico, relativo à atividade mercantil, etc.), com os direitos próprios. Era dotado de elasticidade, em que “contraía-se (...), dando lugar a um direito local mais concreto e especial, ainda que destinado a mudar rapidamente conforme a mudança dos detentores do poder comunal”. (GROSSI, 2014, p. 285).

Ainda pelas palavras de Paolo Grossi, em outro magistral escrito:

“(...) ao lado das manifestações particulares, convive um *ius commune* que, justamente por ser fruto sapiencial de mestres e cientistas tendo bases romanas e canônicas, pode somente ter uma projeção universal, pode somente levar nas muralhas fechadas das cidades ou no estrito âmbito de um vale campestre o *seu* respiro global, dando vida a uma singular experiência de harmonia entre forças e valores diferentes ou mesmo opostos.”. (GROSSI, 2007, p. 17).

Pois bem. O dado aqui crucial que se pretende dar relevo é o caráter ainda plural das fontes do direito. Desafiada por desejos de previsibilidade, racionalidade e unicidade, a ordem jurídica medieval convivia, harmônica e complementarmente, com a pluralidade de fontes.

Adiante, como veremos, os semelhantes anseios que levaram a convivência harmônica de várias fontes do direito na Idade Média, mais tarde, conduziram a um absolutismo jurídico, condicionando toda ordem jurídica a emanar de uma única fonte, tal qual, a lei.

No entanto, antes de exaurir o caminho até a modernidade, cumpre estudar, com pouco mais reparo, esse pluralismo de fontes.

O direito comum, *ius commune*, apresentava diferentes tipos de fontes: lei, costume, jurisprudência e doutrina, todas influenciando na criação do direito. É o que chamou, Antônio Manuel Hespanha, de *constelação normativa*. (HESPANHA, 2005, p. 163-166).

No mais, essa *constelação normativa* não tinha uma hierarquia pré-determinada, pois dependiam do contexto a ser aplicado, haja vista derivarem de transferências que não eram fixas. Daí o que chamou de *geometria variável* das fontes, em que

em vez de um sistema fechado de níveis normativos, cujas relações esperavam definidas uma vez por todas (como os sistemas de fontes de direito do legalismo contemporâneo), o direito comum constituía uma constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitetura só podia ser fixada em face de um caso concreto. (HESPANHA, 2005, p. 166).

Nesse mesmo sentido, entende, Paolo Grossi, também pela inexistência de uma hierarquia de fontes, tratando-se de “um jogo de relações entre ordenamentos que, convivendo e convigendo, comprimem-se na relatividade da vida jurídica”. (GROSSI, 2014, p. 286).

Em verdade, hierarquia de fontes está atrelada a ideia de legalismo e é algo próprio de uma época moderna, pois

A hierarquia das fontes pressupõe um Estado, ou seja, uma entidade politicamente e juridicamente unitária e compacta, que encontra no expediente hierárquico o instrumento adequado para impor e salvaguardar a unidade e a compactação. (GROSSI, 2010, p. 33).

A partir do século XIV, houve um crescente movimento de centralização política, que, embora não tivesse essa intenção centralizadora - correspondia ao desejo do povo de tornar escrito o direito consuetudinário - culminou na centralização do poder real e em relativo afastamento das regras gerais no direito comum (a partir do século XV).

Desse modo, vê-se, na França (1454), nos Países Baixos (1531), na Bélgica (1611) e em Portugal (1446), um movimento de codificação da legislação real. Ainda assim, nesse momento histórico, como mesmo afirma Antônio Hespanha, “este movimento de promoção da legislação real não significa o caso do pluralismo medieval” (HESPANHA, 2005, p. 217). A pluralidade de fontes, não obstante, ainda era a

realidade do período medieval, que permitiu que o rei apenas tornasse escrito o direito *não escrito* e não que detivesse o monopólio da produção do direito.

A partir desse movimento, contempla-se, em toda Europa, grande destaque da jurisprudência dos tribunais, cuja atuação contava com respeito ao precedente.

Desse modo, esse destaque se deu pela grande atenção que a doutrina passou a dedicar às decisões judiciais, se voltando a comentá-las e a promover compilações. E, esse trabalho passou a ser feito, principalmente porque agora os juízes, além de letrados, eram designados pelo próprio rei e porque “a regra do precedente conduz a uma maior certeza do que o funcionamento do critério *opinio communis*” (HESPANHA, 2005, p. 261).

Neste momento, com essas grandes compilações, os tribunais (que são atrelados ao poder real) se ocupam, além dos direitos dos reinos e do direito comum, desse direito real. Sua tarefa jurisdicional, mediante o respeito ao precedente, promovia certeza jurídica que as atividades da época exigiam e, também por dita característica, foi material de organização do direito.

Nota-se, desse modo, que os precedentes eram fontes do direito, bem como a lei. Porém, a partir do século XVI a legislação passa a ser dotada de maior força, ocorrendo – daí sim - uma verdadeira centralização do poder político e do direito. A essa época se identificou *modernidade*.

2.3. O ESTADO MODERNO: A EMERSÃO DO INDIVIDUAL E O DIREITO COMPACTADO

O século XIV foi um século de crise, decisivo para passagem de uma época a outra, é dizer, do período medieval ao moderno.

Porém, como toda transição, ela é lenta. Não se deu de forma voraz e facilmente identificada em alguns poucos motivos ou cenários da história. As mudanças dão-se de modo que

O velho traz em si o gêmio do novo, nutre sua morte; em um processo que nós desenvoltamente sejamos avessos a liquidar com uma palavra, a identificar em um só fato, em uma monocausa, mas que na realidade histórica é sempre o fruto de uma faixa de motivos, os quais se acumulando um sobre o outro, no final rompem e transtornam. (GROSSI, 2007 (2), 20).

Esse período de transição é identificado entre o século XIV ao século XVIII, quando se denomina o período moderno, que perdurou até o século XX, início da então

chamada, para alguns pensadores, *globalização*. Veja que a modernidade tem um período muito curto, cerca de apenas três séculos, enquanto a idade média percorreu quase um milênio.

Muito difícil, no entanto, como se apercebe, apontar os fatores e em que exato tempo se deu a transição da Idade Média para Modernidade. Salienta-se que se fala em transição por entender haver um rompimento com o momento anterior, diferentemente do que houve entre a alta e baixa Idade Média, abordada anteriormente, em que impõe, naturalmente, uma ideia de continuidade.

Enfim, a partir do século XIV as leis tomavam proporções crescentes, junto à ideia de um direito organizado e unitário. Aos poucos, e de modo progressivo, o direito romano reestruturado ia cedendo espaço aos direitos nacionais, elaborados por um poder real centralizado e materializado, cada vez mais, em forma de códigos (séc. XV).

Todo aquele trabalho de reinterpretação dos textos romanos já não fazia sentido diante das novas disposições providas pelo poder real, distantes, a cada passo, da factualidade, do *Corpus Iuris*.

O anseio que a princípio era somente de tornar certo – no caso, escrito - o direito consuetudinário da época, conduzirá a uma drástica mudança nas fontes do direito e incorrerá no surgimento do Estado Moderno.

O príncipe agora saíra da inércia que o programava. Passa a ter um papel político e ser o incumbido de promover a libertação do indivíduo, a protegê-lo. Trata-se da gênese do individualismo moderno, de um momento em que a sociedade medieval passa a ser vista com pessimismo e se fazia necessário libertar o homem (como ser individual) de seu manto.

Eram as ideias do direito natural que circulavam nesses quase cinco séculos de transição.

Sob aurora dos tempos gregos, o direito natural sobrevoou os tempos medievais e volveu à era moderna. São Tomás de Aquino, bem como Aristóteles, vale lembrar, entendiam pela existência de uma ordem natural das coisas que, em São Tomás de Aquino, por exemplo, é demonstrado pela crença de um Deus que ordena as coisas, o mundo.

Para esse pensador, o papel do homem na produção das regras devia estar coerente à vontade de Deus, pois, “Deus é o princípio do ser de algumas coisas, deve-se

a seguir demonstrar que nenhuma coisa há fora de Deus que dele não provenha”. (AQUINO, 1990, livro II, p. 183).

Assim, o mundo devia ser ordenado por uma vontade superior (divina), a qual não era possível identificar através de processos racionais, mas pela observação dos fatos da vida acrescida de um trabalho intelectual.

Desse modo, identifica a lei como sendo “(...) aquilo pelo qual os atos das outras coisas são governados (...). Por isso, foi conveniente que Deus desse lei aos homens”. E mais, “sendo que a lei nada mais é que razão (...) foi conveniente que a lei fosse dada somente para a criatura racional”.(AQUINO, 1996, p. 597).

Por outro lado, para o jusnaturalismo racionalista - de raiz estóica - é a razão que cria e ordena o mundo. Constante em todas as coisas, a razão é a própria natureza do homem. Por outras palavras, a lei natural ordena o mundo, a qual está presente em todos os homens e tem como caminho natural concretizar-se nas normas positivas, o que revela não serem, o direito positivo e natural, opostos, segundo pensamentos de São Tomás de Aquino, Aristóteles e Cícero.

Nota-se que agora - e a Reforma na Europa serviu de grande influência - o pensamento jurídico tornou-se laico, comum a todos os homens de todas as religiões, pois seu principal fundamento alcançava a todos os homens por sua natureza e não unicamente pela crença catolicista. Encontrar as regras justas depende de um "olhar para si", para sua natureza, e não na fé ou crença em Deus.

Em síntese, o direito natural racional pode ser resumido em três principais pontos, como o faz António Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 294-295): (i) existência de uma lei natural, eterna e imutável feita por um ente superior; (ii) essa lei está presente em todos, que a podem encontrar mediante o uso da boa razão; e (iii) o direito natural é constituído por normas precisas, gerais, certas e claras, sendo assim, indispensável a interpretação. O direito é mera extração de regras que a boa razão sugere.

Partindo desses pensamentos, a doutrina do direito natural vai construir um arcabouço de ideias que permeariam a modernidade e instruíram as grandes revoluções do século XVIII. No século XVII, foi o jusracionalismo moderno que confortou as ideias do direito natural para tanto.

Grande influenciador desse movimento filosófico, Rene Descartes (DESCARTES, 1996) propunha assentar as ciências em base eminentemente sólidas como a matemática, calculável, em que por um trabalho lógico, racional, pudesse

evidenciar suas verdades. Extremamente confortável aos ouvidos de quem procurava certezas e segurança jurídica, as ideias vieram logo a influenciar o campo do direito.

Descartes propôs um método para se chegar ao conhecimento verdadeiro, dispondo de quatro regras, das quais a primeira sugere que “A finalidade dos estudos deve ser a orientação do espírito para emitir juízos sólidos e verdadeiros sobre tudo o que se lhe depara.” (DESCARTES, 1989, p. 4).

Em outras palavras, o conhecimento verdadeiro deveria ser reconhecido pela evidência racional, num questionar individual a desconsiderar o ambiente externo. O “penso, logo existo” - o primeiro princípio da filosofia, segundo Descartes – representa esse pensamento, que conduzia a extração da verdade suprema, mediante a racionalidade individual. (DESCARTES, 1989, p. 11-12).

Portanto, sob essas ideias, as regras justas podem ser extraídas do próprio indivíduo como ser racional e, então, bastaria mera dedução para encontrá-las, já que prescindem de qualquer auxílio externo, mas de sua razão individual. São esses pensamentos que culminarão nas exigências de um direito certo por meio de longos e engessados textos escritos.

O direito natural decorre do instinto humano, seja para preservá-lo (HOBBS, 1998, p. 32-35), para garantir-lhe a propriedade (LOCKE, 1998, p. 45) ou a liberdade (ROUSSEAU, 1996, p. 20-21). Desse modo, a sociedade segue de modo a não se estabelecer mais naturalmente como na Idade Média, pois "os vínculos e a disciplina social são factos artificiais, correspondentes à criação da ordem política por um acordo de vontades. A vontade passa a ser, assim, única a fonte da disciplina política e civil." (HESPANHA, 2005, p. 301).

Trata-se do surgimento de uma organização política a garantir os impulsos individuais do homem na sua singularidade, pois, diante da impulsão dos instintos e desejos individuais de todas as pessoas num mesmo espaço, sem qualquer ordenação, seguiria a construir o caos. O homem em seu agir racional às vezes se chocava com o agir de outros, de modo a impedir o seu livre exercício. Era preciso organização.

Diante disso é que o homem busca um pacto e por meio de um contrato social confere a um ente, centralizado e bem organizado, o poder de fazer regras para o convívio de todos, com vistas a permitir que cada um, em sua individualidade, satisfaça seus instintos. Inaugurava-se, no século XVIII, o Estado Moderno, a centralização do poder político e, definitivamente, da produção do direito.

O pressuposto do Estado Moderno está, como assevera Tercio Sampaio Ferraz Junior, “no reconhecimento do governo como uma unidade de ordem permanente, não obstante as transformações e as mudanças que se operam no seio da sociedade e cujo núcleo organizador está na soberania”. (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 14).

Cumpre salientar que o contratualismo não serviu de fundamentos apenas a Estados democráticos. Ao contrário, serviu também de arcabouço teórico para ascensão de poderes políticos déspotas.

Desse modo, foi em Thomas Hobbes que os anseios déspotas se viram confortado, pois, para ele, atentando aos perigos do Estado de natureza, os homens colocariam nas mãos de uma pessoa a totalidade de seus direitos para que os garantisse, de modo que a única limitação para sua atuação era a racionalidade, ou seja, assegurar o bem e a paz comum. De tal forma, o direito natural já não existe, o único direito existente era aquele posto pelo Estado, o direito positivo.

Fora Hobbes um dos teóricos do absolutismo “que concebia o Estado como um Deus Mortal, acima do qual somente existia outro Deus: o Imortal”. (FACHIN; SAMPAR, 2016, p. 13).

Por outro lado, John Locke apresenta ideias tendentes a respaldar governos democráticos, o surgimento do Estado, o pacto, surgira com o intuito de garantir os direitos naturais, organizá-los de tal modo que o exercício do poder do soberano estava limitado pelo direito natural. Ou seja, a sociedade, que delegou a organização do direito natural a outrem detém o poder de contrariar o soberano, se suas regras e ordem o contrariarem, de modo que “o contrato é uma necessidade para a preservação da própria sociedade e para a legitimação do Estado”. (FACHIN; SAMPAR, 2016, p. 34-35).

Com o surgimento do Estado, então, desaparece o direito natural e há, agora, o monopólio do direito, emanando de um único lugar, tal qual, a lei.

Inaugura-se o direito europeu continental, que goteja nos tempos atuais seus rompimentos e anseios de um direito universal, de cunho individual, certo, determinado, presente em grandes códigos, etc.

O direito emana não mais da sociedade como antes, mas de um ente superior, tal qual o Estado, exigência da razão individual emergente:

A separação entre Estado e sociedade civil, o monopólios das competências deliberativas do poder central e, portanto a atribuição à periferia de competências meramente executivas, constituíam inelutáveis factores de um

processo histórico necessário – e desejável – de desenvolvimento de uma razão natural no domínio da organização político-administrativa.”. (HESPANHA, 2005 (2), p. 50).

Desse modo, o direito emerge não mais da relação entre sociedade e cidadão, mas da relação entre Estado e cidadão (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 10), consubstanciando sua natureza fictícia, oposta à manifestação contida na Idade Média, confusa com os próprios fatos sociais.

Inevitavelmente, o costume perde a posição que tinha como fonte do direito. Até porque “as tradições imemoriais poderiam carregar em seu bojo uma tendência a se violar direito naturais, já que não foram construída sob a égide da racionalidade”. (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 10).

Paolo Grossi aponta para as principais ideias que permearam os séculos XVII e XVIII, tal qual o estado de natureza, o contrato social, a representação política, a igualdade jurídica, a vontade geral, dentre outras, como um

conjunto de ideias que compõe e une em si mesmo a desinibição metodológica e, ao mesmo tempo, é busca de uma fundamentação mítica, oferecendo a desconcertante visão de um estamento intelectual que considera irrenunciável aquela operação fundadora. (GROSSI, 2007, p. 51).

Em especial, no século XVII, ganha força o movimento “Iluminista”, principalmente pela nobreza, que assimila as ideias do jusnaturalismo racional e assumem propostas libertárias.

Foi quando iniciaram os grandes movimentos de codificação na Europa, que acabaram por racionalizar não apenas formalmente o direito, compilando textos jurídicos em grandes Códigos, mas também se atreveu a simplificar o conteúdo material, a fim de uma nivelção do próprio conteúdo social.

Nesse sentido,

a proposta da codificação sugeria a construção de um complexo de normas jurídicas que se atingisse uma capacidade racional tamanha que poderia ser um sistema independente de outras fontes e capaz de responder a todos os problemas que viessem a surgir. (SIQUEIRA; BRITO, 2014, p. 11).

As codificações e o enorme apreço a elas se engrandeceram, sobremaneira, com as revoluções liberais do século XVIII, em especial, a dos Estados Unidos da América, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

Os ideais iluministas ali eclodidos tiveram como consequência direta, na França, o Código Civil Napoleônico, em 1804. Esse documento jurídico buscou

distanciá-la do antigo regime, e fundou-se “em uma hipotética *razão universal*, consagrou o princípio da igualdade, abolindo privilégios estamentais (...)” exigindo, assim, “um direito único, válido para todas as pessoas, que deveria ser *geral e abstrato*, para garantir a segurança jurídica e moldar-se a economia capitalista em processo de expansão”. (CAMBI, 2011, p.81).

De merecido destaque, convém rememorar o Código Prussiano que continha mais de dezessete (dezessete!) mil artigos. De nítido desejo em abordar o maior número possível de fatos da vida cotidiana, os códigos da época acabaram por identificar o direito na lei, a qual era aplicada por mero silogismo – já que a lei era dotada de suficiente racionalidade -, cabendo ao juiz somente pronunciar o que nela continha.

As consequências do codicismo foram apontadas por François Ost (OST, 2007, p. 107-108) que identificou o *monismo jurídico*, que é a preponderância da lei materializada nos códigos; o *monismo político*, o qual supõe a ideia de nacionalidade e é por ela que o soberano se exprime; e a *racionalidade dedutiva*, em que as soluções jurídicas são extraídas de normas gerais e hierarquizadas, produto de suficiente racionalidade do legislador a ponto de prescindir da racionalidade do juiz.

Em verdade (e em síntese) as codificações foram o “triunfo de una forma de despostismo ilustrado, de un fenómeno de libertación nacional o del resultado de un proceso revolucionário”. (OST, 2007, p. 107).

O denominado iluminismo jurídico da Europa Continental no século XVIII, que tomara conta dos pensamentos da época e instruíra as grandes revoluções, é, como qualifica Paolo Grossi, incisiva na modelagem do moderno, em que permite que

se possa chegar à mais inteligente, à mais consciente, à mais hábil fundição de mitos jurídicos da longa história jurídica ocidental; um complexo de mitos organicamente imaginados e sustentados, que dão vida a uma verdadeira mitologia jurídica. (GROSSI, 2007, p. 50).

A identificação entre o direito e lei, a ideia de grandes códigos que previssem a quase totalidade de fatos da vida humana, o formalismo jurídico, a estrita separação de competência entre os três Poderes, a segurança jurídica atrelada à necessidade de lei escrita, o silogismo jurídico, o papel reduzido e quase que desprezado do juiz na aplicação do direito, dentre outros, compuseram um palco cênico, que Paolo Grossi identificou como sendo uma mitologia jurídica.

O iluminismo político e jurídico precisa de um mito ao qual ancorar suas ideias absolutas, de modo que

(...) o mito cobre nobremente a carência de absoluto que foi colocada em prática e preenche um vazio que poderia se tornar arriscadíssimo para a estabilidade da nova estrutura da sociedade civil. As novas ideologias políticas, econômicas e jurídicas finalmente possuem um suporte que garante a sua inalterabilidade. (GROSSI, 2007, p. 52).

É pra isso que servem os mitos, para transpor planos, obrigando

uma realidade a cumprir um vistoso salto de níveis transformando-se em uma *meta-realidade*; e, se cada realidade está na história, da história nasce e com a história varia, a meta realidade constituída pelo mito torna-se uma entidade meta-histórica e, o que mais pesa, absolutiza-se, torna-se objeto de crença mais do que de conhecimento. (GROSSI, 2007, p. 51).

Foi o período identificado pelo como absolutismo jurídico⁷, em que o direito era identificado plenamente na vontade estatal. Desse modo, sua tendência crescente em formalizar-se nutriu um direito robusto, de corpulenta linguagem em nome de tecnicidade e cientificidade, cada vez mais distantes e inacessíveis à sociedade civil.

O direito estatal era erguido exclusivamente pelo Parlamento, o qual se apresentava como um poder forte e central na criação do direito, enquanto o juiz, estritamente vinculado à letra da lei, via sua atuação reduzida a ser apenas o “boca da lei”.

Diante desse cenário histórico-jurídico, um sistema precedentalista se apresenta como insólito, inimaginável diante de tal absolutismo jurídico, que impunha um monismo endurecido em princípios de ordem pública que “impede uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior”. (GROSSI, 2005 (2), p. 194).

Advindo dessa forma, a cultura jurídica que permeou a Europa continental e se expandiu a grande parte dos países ocidentais, o *Civil Law*, desenvolvido fortemente sobre essas raízes, parece negar espaço a uma teoria do precedente judicial obrigatório.

⁷ “Absolutismo jurídico é um esquema interpretativo que, na minha visão, tendia a esclarecer também as indúvidas – mas quase sempre ignoradas – conseqüências negativas das concepções jurídicas burguesas. O grito da Marselhesa e os foguetórios disparados para as cartas dos direitos impediram muitas vezes de advertir quão limitador e inatural tinha sido o grande processo de panlegiferação e de codificação nos séculos XVIII e XIX.” (GROSSI, 2005, p. 193).

Ainda muito apegados à lei e a mira-la como expressão exclusiva do direito, parece empobrecer a cultura jurídica e distanciar o direito das verdadeiras forças de criação do direito: a sociedade.

O Judiciário é o grande órgão capaz de colher seus anseios e modo de vida, grande parte em razão de sua atuação junto aos fatos do cotidiano. É ele quem deve estar atento às mudanças e ânsias e ser seu fiel correspondente.

Não se propõe um sistema como o *Common Law* para tanto. Apenas a admissão de pluralidade de fontes do direito, como constava dos primórdios tempos aqui desenvolvidos, capaz de permitir que do direito possa transparecer a sociedade complexa e plural da qual formamos parte.

E, ao elevar a jurisprudência como fonte do direito ao lado da lei e desenrijecer a robusta hierarquia das fontes do direito, se dará conta de que o Judiciário também precisa ser coerente e ser dotado de racionalidade para garantir às pessoas igualdade, mínima previsibilidade jurídica e segurança. Enquanto a lei passa por todas as suas exigências específicas - formais e materiais - de validade para que verse seus efeitos, a atuação judiciária também precisa corresponder a alguns preceitos que permitam a construção do Direito numa lógica argumentativa sedimentada, tal qual, uma teoria precedentalista.

E, desse modo, reitera-se que não é necessário aderir a um sistema como o *Common Law*. O próprio *Civil Law* e o ordenamento jurídico brasileiro são capazes de operar por uma lógica precedentalista, bastando que se desatem da estaca mitológica.

É preciso deixar para trás as mitologias pelas quais não nos equilibramos mais ao caminhar. Serviram e foram muito significativas para os séculos que se passaram, condizentes com aquela realidade histórica e social, mas não constituem mais autêntico reflexo de sociedade que já não reclama apenas por interesses burgueses-liberais. De muito nos valeram e contribuíram, àquele tempo, no entanto, parece, em alguns caminhos, nos impedir de evoluir, a permitir que o direito seja “desenraizado da complexa riqueza do social para ligar-se a uma só cultura, empobrecer-se e identificar-se desagradavelmente na expressão do poder e da classe dele detentora”. (GROSSI, 2005, p. 194).

Portanto, o que se propõe é o resgate do sistema de fontes de direito *geometricamente variável* (GROSSI, 2005, p. 165), com o uso do precedente judicial, a distanciar-se da geometria fixa proporcionada pela chamada *legolatria*. Pois, entende-se que

nunca pode ser o sacrifício da diversidade em nome de uma compactação totalizadora, é, melhor, harmonia de uma complexidade enquanto simbiose de entidades diferentes respeitando plenamente as diversidades individuais. (GROSSI, 2007 (2), p. 16).

3. PRECEDENTE JUDICIAL, *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Desenvolvida a teoria do positivismo jurídico para justificar o precedente judicial, feita a historicização das fontes do direito, apontando para suas características antigas e permitindo compreender como se deu a passagem ao monismo jurídico, ressaltando as mudanças e consequências para o direito, cumpre, enfim, adentrar a questão central do trabalho que é o precedente judicial.

Para tanto, se discorrerá sobre seu conceito e identificação, aplicação, revogação e modificação, seguido da análise dos sistemas *common law* e *civil law*, a fim de diferenciá-los e permitir compreender o cenário jurídico em que se encontra o sistema jurídico brasileiro.

Ademais, analisar-se-á as mudanças que o *civil law* tem sofrido, desembocando, de certa forma, em razões para se aderir o precedente judicial no Brasil. As modificações apontadas são, dentro de um contexto pós constituição de 1988, a expansão do Poder Judiciário e a resplandecências de novos horizontes da hermenêutica jurídica.

Por fim, trará as críticas concernentes a adoção do precedente judicial obrigatório no Brasil, bem como a inovação do novo Código de Processo Civil no que se refere a temática.

3.1. PRECEDENTE JUDICIAL

3.1.1. Noção

Antes de tudo, obter a compreensão conceitual do precedente judicial se faz imprescindível para este estudo. Entender a dimensão e sua estrutura fornecerá uma noção mais completa ao precedente, que permitirá mais clareza para qualquer teoria precedentalista.

Nesse sentido, os juízes, no exercício judicante, proferem sentenças ou acórdãos judiciais. Assim, como assevera José Tucci, “o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um *precedente judicial*”, (TUCCI, 2004, p. 11) o qual, segundo Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, o alcance só poderá

“ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores.”. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005. p. 404).⁸

Neil Duxbury define o precedente como sendo “um evento passado” que serve para guiar a ação judicial presente⁹ (DUXBURY, 2008, p.1) e no mesmo sentido de Chaim e Lucie destaca que “nem tudo que é feito pela primeira vez é um precedente.”¹⁰ (DUXBURY, 2008, p.2).

De forma semelhante, Dworkin descreve o precedente judicial como aplicação de uma decisão política antecedente, levantando o caráter histórico dos fatos. A ver:

Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. (DWORKIN, 2002, p. 176).

Deste modo, em primeira análise - e ao longo do trabalho espera-se um delinear mais completo do precedente a impulsionar sua satisfatória compreensão -, afirma-se que o precedente judicial nasce como regra para um determinado caso concreto e poderá ou não ser aplicado igualmente a outros casos semelhantes.

3.1.2. *Ratio Decidendi e Obiter Dictum*

Deve-se destacar que o precedente é uma forma de argumentação jurídica. Nesse sentido, Alexy afirma que a “aplicação do precedente é assim mostrada como um método de argumentação que por si mesmo é requerido por motivos práticos gerais (...) e é racional até esse ponto”. (ALEXY, 2001, p. 262).

O uso do precedente, como o mesmo autor sugere, é a aplicação de uma norma anterior, decorrente da construção judicial. E, a grande questão é “o que conta como norma” a ser observada. (ALEXY, 2001, p. 261)

A aplicação do precedente como inegável método de argumentação nos coloca a necessidade, ora apontada, de compreender o que é norma no precedente

⁸ Nesse sentido, também prescreve Eugene Wambagh: “(...) the decision is a precedent for all cases in which the circumstances do not differ materially from the circumstances upon which the decision was based.” (WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digest*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 15.

⁹ “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action.”

¹⁰ “(...) indeed, although setting a precedent means doing something new – unprecedented – not everything that is done for the first time is a precedent (...)”

judicial para então compor a argumentação jurídica na construção e aplicação da norma precedentalista.

Desse modo, compreende-se que o precedente judicial é composto por duas partes: as circunstâncias do precedente e do caso apresentado e a tese utilizada para motivação da sentença judicial. Esta última é a chamada *ratio dicendi*, identificada como a parte da sentença judicial que, no *stare decisis*, vai vincular todo o poder judiciário. É a razão de decidir, formulada a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo (MARINONI, 2013, p. 221), evidenciando a parte do precedente que possui força vinculante.

Melhor explicando, em uma sentença judicial proferida por um juiz ou por um colegiado, o que é o precedente? A sentença na sua integralidade, o dispositivo? A parte da sentença ou acórdão judicial que contém os argumentos principais, fundantes da decisão, que é a *ratio decidendi*, enquanto a parte que não se mostra fundamental, imprescindível, é denominado *obiter dicta*, que irá vincular somente as partes do processo.

Vale lembrar, como se verá adiante, que a *ratio decidendi* não possui equivalência no processo civil brasileiro, visto não se confundir com fundamentação ou dispositivo de sentença.

Dando continuidade, identificar a *ratio decidendi* no conteúdo judicial não é uma simples tarefa. Crucial para compreensão da teoria do precedente, sua definição e identificação permeia séculos de controvérsias, conforme se adianta Marcelo Alves Dias de Souza, ao destacar que “a doutrina diverge – e muito – na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo de um processo judicial.” (SOUZA, 2006, p.125).

Para tanto, se destacará as definições e os métodos de dois grandes pensadores que marcaram as discussões quanto a esse tema: Eugene Wambaugh e Arthur Boodhart.

Wambaugh afirmou que a *ratio decidendi* compreendia em uma regra geral, sem a qual incorreria em diferente decisão.¹¹ (WAMBAUGH, 1894, p. 18). Expõe um teste a ser feito, o qual descreve com cuidado sua execução (WAMBAUGH, 1894, p. 17 e ss.), que, em síntese, compreende em trocar o fundamento de direito principal da

¹¹ “In short, when a case turns on only one point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise. (...)”.

decisão por outro que tenha um sentido contrário. Ao se questionar, o juiz ou tribunal, qual seria a decisão em havendo essa troca, se resultasse alteração da decisão, pode-se afirmar que esse fundamento principal é essencial e, então, *ratio decidendi*. De forma diversa, incorrendo em igual decisão, não se trataria de *ratio decidendi* e sim *obiter dictum*, pois o fundamento se apresentou como marginal e dispensável à decisão judicial.

O teste de Wambaugh sofreu muitas críticas. A doutrina do *common law* dizia não poder se aplicar tal teste quando o caso se baseava em dois fundamentos que, isolados, podem levar a uma mesma solução ao caso concreto, de modo que os fundamentos essenciais da decisão seriam sempre *obiter dicta*, já que nenhum, separadamente, seria fundamento principal da decisão.

Por conseguinte, Arthur Goodhart, entendendo as limitações do teste anterior, afirma poder ser a *ratio decidendi* identificada por meio de verificação dos fatos abordados na decisão como materiais ou fundamentais:

O juiz funda suas conclusões sobre um grupo de fatos selecionados como material dentre uma massa maior de fatos, alguns dos quais podem parecer significativa para um leigo, mas que, a um advogado, são irrelevantes. O juiz, portanto, chega a uma conclusão sobre os fatos como ele os vê. É sobre esses fatos que baseia seu julgamento, e não em qualquer outro. A nossa tarefa na análise de um caso não é afirmar os fatos e a conclusão, mas declarar os fatos relevantes, como visto pelo juiz e sua conclusão com base nelas. É por sua escolha dos factos que o juiz cria lei. Um amontoado de fatos lhe é apresentado; ele escolhe aqueles que considera material e rejeita aqueles que são irrelevantes, e, em seguida, baseia sua conclusão sobre aquele que é material. Ignorar sua escolha é perder o ponto do caso.” (Tradução livre)

“Sua conclusão é baseada nos fatos materiais como ele os vê, e nós não podemos adicionar ou subtrair-los, provando que outros fatos existiam no caso. É, portanto, essencial saber o que o juiz disse sobre sua escolha dos fatos, para o que ele faz tem um significado para nós apenas quando considerado em relação ao que ele disse. (Tradução livre).¹²

E prossegue dizendo não fazer sentido aceitar a conclusão do juiz, sem considerar sua visão diante dos fatos:

Sua conclusão é baseada nos fatos materiais como ele os vê, e nós não podemos adicionar ou subtrair-los, provando que outros fatos existiam no caso. É, portanto, essencial saber o que o juiz disse sobre sua escolha dos

¹² “The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case”. (GOODHART, 1930, p. 169).

fatos, para o que ele faz tem um significado para nós apenas quando considerado em relação ao que ele disse. (Tradução livre).¹³

Em síntese, como bem observa Neil Duxbury, *a ratio decidendi* consiste, para Goodhart, em qualquer fato que o juiz determinou como sendo material em determinado caso, além da decisão baseada nesses fatos¹⁴ (DUXBURY, 2008, p. 83).

Ademais, como aponta Duxbury, é essa a doutrina do precedente que parte do princípio de que fatos iguais devem ser tratados de forma semelhantes, estando qualquer tribunal obrigado a chegar à mesma conclusão se constante os mesmo fatos materiais da decisão precedente, a menos que haja um caso material a mais, o qual não continha na anterior. (DUXBURY, 2008, p. 83).¹⁵

A breve explanação dos pensamentos dos dois expoentes da temática de *ratio decidendi*, evidentemente, não teve o intuito de esgotar o tema, nem seria possível em poucas páginas.

No entanto, a exposição permite dar um panorama da questão principal sobre o tema e tornar evidente a tentativa de buscar compreender a *ratio decidendi* de duas formas: pela identificação dos fatos e as razões pelas quais se embasam uma decisão judicial.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni ensina que “As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente e do caso sob julgamento”, importando, o método fático, de modo auxiliar para proporcionar racionalização do enquadramento do caso atual no caso já tratado em precedente. (MARINONI, 2013, p. 228).

E afirma que:

(...) quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade (...). (MARINONI, 2013, p. 228).

¹³ “His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said”. (GOODHART, 1930, p. 169)

¹⁴ “For Goodhart, it is whatever facts the judge has determined to be the material facts of the case, plus the judge’s decision as based on those facts.”.

¹⁵ “(...) This conception of the ratio decidendi links the doctrine of precedent with the principle that like cases be treated alike: any court which considers itself bound by precedent ought to come to the same conclusion as was reached in a prior case unless there is in the case in hand some further fact which it is prepared to treat as material, or unless some fact considered material in the previous case is absent.”.

Encontrar as razões fundamentais na decisão para compreender e aplicar um precedente judicial faz-se substancial. E então, identificadas essas razões, a observação quanto aos fatos permite dar mesma solução do caso precedente ao atual.

A questão da definição da *obiter dictum* coincide com a discussão de definição da *ratio decidendi*, sendo tão antiga quanto. De igual modo, a primeira também não é dotada de consentimento e seu estudo e significado estão, inevitavelmente, associados à *ratio decidendi*.¹⁶

Goodhart define por exclusão o conceito de *obiter dictum* (GOODHART, 1930, p. 180-181), sendo identificado como tudo aquilo que não integra a *ratio decidendi*.

Neil Duxbury afirma que a *obiter dictum* seria um *by the way*, fatos materialmente irrelevantes, que podem se apresentar, na decisão, como sendo desnecessário ao resultado, alheio aos fatos do caso ou voltado a uma questão que nenhuma das partes trouxe ao processo. (DUXBURY, 2008, p. 68).¹⁷

A *obiter dictum*, embora não seja a parte proferida pelo juiz ou tribunal que vincule as decisões futuras de modo obrigatório, pode ter força persuasiva, influenciando, também, nas decisões vindouras.

3.1.3. Precedente e decisão judicial

Abordada a questão da *ratio decidendi*, torna evidente que precedente não é decisão judicial e, sob hipótese alguma, deve ser confundida dessa forma.

Todo precedente, inevitavelmente, surge de uma decisão judicial. No entanto, não se confunde com ela. Para que seja um precedente, deve conter algumas características.

Primeiramente, a decisão deve abarcar matéria de direito e não de fato. De igual modo, a decisão deve dar uma solução judicial, qual seja, ao menos uma

¹⁶ Nesse sentido, reconhece Duxbury: “First, the ratio decidendi and obiter dicta often blur into one another”. (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 69).

¹⁷ “An *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’. In judicial opinions, passages which are obiter come in various forms – they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue – and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision. Common-law jurists and judges have occasionally tried to pile distinctions upon the basic ratio-obiter distinction – arguing that a case might contain a ‘holding’ which is more authoritative than a *ratio decidendi*, and that there can be ‘judicial dicta’ which are less authoritative than *rationes decidendi* but more authoritative than any obiter dictum. But it is the basic distinction that has endured.”.

interpretação, sob consequência de caracterizar apenas uma reafirmação de um precedente judicial. Ademais, um precedente, para que assim o seja, deve analisar os principais argumentos de direito aduzidos. (MARINONI, 2013, 213-214).

Outra questão, conforme abordado nas linhas que antecedem, é que nem tudo que é feito pela primeira vez é precedente, muitas vezes, este vai se firmando aos poucos, detrás várias decisões.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni conclui que “é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.”. (MARINONI, 2013, p. 214).

Além do mais, após compreender o significado de *ratio decidendi*, identificando um precedente judicial na sentença, não será toda ela que, no *stare decisis*, vinculará os magistrados e os jurisdicionados, mas apenas a parte que diz respeito às questões/fundamentos centrais e imprescindíveis pelas quais se chegou a determinado resultado.

3.1.4. Precedente e súmula vinculante

Precedente judicial também se distingue de súmula vinculante e apontar aqui algumas de suas diferenças nos permite compreender melhor tanto um quanto outro instituto.

Primeiro, e rapidamente, devemos nos recordar que a ideia de decisões vinculantes e enunciados judiciais com força normativa é antiga.

De origem romana, em Portugal, houve um instituto chamado assentos, da Casa de Suplicação, Instituído em 1517 em Portugal por D. Manuel I. A Casa de Suplicação funcionava como uma suprema corte que, por meio dos *assentos*, os proferia em caso de dúvida ou contradição da interpretação da lei, fixando a mais adequada, com força para vincular casos futuros idênticos.

Mais tarde, sobre influência do liberalismo – em especial, pela teoria da tripartição dos poderes – a Casa de Suplicação fora substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, que representava agora o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o qual não fora previsto, em suas atribuições, proferir assentos, como o seu antecessor órgão.

Conforme aponta Diana Beatriz Campos, a ausência do instituto permitiu uma “jurisprudência flutuante, variável e incerta” representando um “mal grave na medida em que tornava o direito incerto, a estabilidade e a previsibilidade que os cidadãos desejavam ver no direito tinham desaparecido”. (CAMPOS, 2013, p. 55).

Desse modo, os assentos foram retomados no direito português em 1926 (decreto n. 12353), com algumas diferenças dos *velhos assentos*, mas mantida sua intenção de unificação jurisprudencial.¹⁸

Nas palavras de Diana Beatriz Campos os assentos foram

(...) proposições normativas de carácter geral e abstrato que se autonomizam dos acórdãos do tribunal pleno com o intuito de procederem à uniformização da jurisprudência. As decisões jurisprudenciais no direito português não vinculam os restantes tribunais, no entanto os assentos que resultam de decisões com vista a fixação de jurisprudência, para além de incidirem sobre o caso em preço, também possuem uma prescrição geral e abstracta com aplicabilidade futura. Podem ser por isso equiparados à lei constituindo assim uma outra fonte de direito. (CAMPOS, 2013, p.65).

Afirma-se, no entanto, que as súmulas vinculantes no Brasil foram introduzidas por influência lusitana, representando, os assentos, ora brevemente descritos, um “antecedente histórico dos prejudgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde aqui.” (MELLO, 2008, p. 55).

Salienta-se, desde já, o carácter normativo dos assentos, desde seus primórdios.¹⁹

No Brasil, a súmula vinculante, antes chamada de súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, é constante nessa Tribunal desde 1964, porém, ausente de carácter normativo como hoje vemos, apenas persuasivo e quase sem observância pelo próprio Judiciário da época. Atualmente encontram-se editadas 735 Súmulas do STF.

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 houve a tentativa, fracassada, de dar aos enunciados das súmulas um carácter vinculativo. No entanto, foi na década de 90 que a questão da vinculatividade dos enunciados tornou à superfície.

Em 1993, a emenda constitucional n. 3²⁰, deu às decisões de inconstitucionalidade pela via abstrata, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, efeito *erga omnes* e *vinculante*, impondo observância ao Poder Judiciário e Executivo.

Efeito *erga omnes* e *vinculante* não são sinônimos. Em síntese, o efeito *erga omnes* tem eficácia contra todos, ou seja, a eficácia da decisão transcende às partes do

¹⁸ “Passa a ser possível afirmar que os assentos previstos nesse artigo coincidem com os assentos da Casa de Suplicação já que constituem leis inalteráveis e são dotadas de força obrigatória geral, sendo por isso vinculativos para todos.”. (CAMPOS, 2013, p 60).

¹⁹ Deve-se destacar que em 1993 os assentos de força obrigatória geral foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional. Ver: acórdão n. 810/93.

²⁰ § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

processo e atinge também outros processos e partes. O efeito obsta que a questão seja levada novamente à Corte e que profira decisão diferente da anterior. Vale ressaltar, quanto ao efeito, que o que tem eficácia contra todos se refere apenas à parte dispositiva do julgado.

Por outro lado, o efeito vinculante dá autoridade à coisa julgada, “devendo prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida.”. (BARROSO, 2006, p. 174).

Com raízes no Direito Alemão, tanto pela elaborada doutrina quanto pela prática da Corte Suprema daquele país, o efeito vinculante também transcende ao caso concreto e vincula a todos os outros poderes.

Porém, o que vincula não é apenas a parte dispositiva, devendo os órgãos estatais observarem a “norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional (...)”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 1222).

Dito de outro modo, uma decisão de inconstitucionalidade pela via abstrata²¹ vinculará o Poder Executivo, Judiciário e Legislativo²², impedindo que esses órgãos atuem de modo a contrariar a referida decisão. Ademais, a questão se extrai para além do dispositivo da sentença, sendo vinculantes os fundamentos determinantes da decisão.

²¹ Sobre os efeitos da decisão em controle difuso ver FACHIN, Jéssica A.; BRITO, Jaime Domingues *O Controle de Constitucionalidade no Brasil: os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no recurso extraordinário* In: Direito Constitucional Contemporâneo. 1 ed. Birigui : Boreal, 2015, p. 133-159; STF. Luís Roberto Barroso, Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, RDE, 2:261, 2006. Acessado em: 05/08/2015. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf; MENDES, Gilmar. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Brasília a. 41 n. 162 abr/jun. 2004.

²² Sobre a questão de vincular o legislativo, mais especificamente quanto a súmula vinculante: “A vinculação da súmula, a seu turno, se desdobra: em direta e indireta. A primeira é que toca e submete o Poder Judiciário e a Administração pública, o que permite, em caso de desobediência, o manejo de reclamação perante o Supremo (CF, 103-A, § 3º). Já indireta envolve o Poder Legislativo, como os particulares e não dá lugar à reclamação, mas gera efeitos de norma geral e abstrata, aspecto que será objeto, inclusive, do tópico que será desenvolvido a seguir.” (SIQUEIRA, Dirceu. P. ; BRITO, Jaime. Domingues. *Precedentes vinculantes: uma análise sob o viés das normas- realidade ou utopia?*. In: Monica B onetti Couto; Maria dos Remédios Fontes Silva; Fernanda Tartuce. (Org.). XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE. 22ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p.13); e ver: MENDES, Gilmar. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade: inovação da emenda constitucional 3/93. *Revista dos Tribunais*, ano 1, n. 4, p. 98-136, jul-set. 2003.

Desde então, foram muitas as tentativas de se estabelecer as súmulas com efeito vinculante no direito brasileiro, fato que ocorreu somente em 2004, com a emenda constitucional n. 45.

A súmula tem o objetivo constitucional de dar a determinada norma *validade, interpretação e eficácia*, quando houver controvérsia no Poder Judiciário ou na administração pública quanto a sua interpretação/aplicação a ponto de acarretar grave insegurança jurídica e múltiplos processos idênticos sobre a mesma questão.²³

Nota-se que o texto constitucional deixou evidente a aspiração de dar racionalidade ao direito, no sentido de dar segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e à população.

A partir de então, editada uma súmula, por provocação dos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de ofício pelo Supremo Tribunal Federal obriga observância aos demais Poderes e permite que qualquer pessoa faça valer essa orientação, mediante Reclamação²⁴.

Nesse sentido, conforme Lenio Streck trata-se de

introdução da figura do ‘precedente’ jurisprudencial com caráter vinculativo, que se traduz pela obrigatoriedade de os Tribunais e juízes adotarem a orientação do Supremo Tribunal Federal, sob pena de anulação da decisão. (STRECK, 2013, p. 1425).

No entanto, o precedente e a súmula não devem ser confundidos. Primeiro, as súmulas são enunciados gerais e abstratos, assim como a lei, editadas para resolver casos futuros, enquanto o precedente é formado para resolver um caso concreto e que, futuramente, poderá servir para resolver questões semelhantes.

Uma segunda distinção que se deve apontar é o conteúdo vinculativo do precedente judicial e o da súmula vinculante.

No precedente judicial o que vincula, como já exposto, são os fundamentos principais da decisão que levaram a determinado resultado (a *ratio decidendi*), estando, desta forma, vinculado historicamente ao caso concreto que decidiu (CASTANHEIRA, 1983, p. 126).

²³Art. 103-A. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

²⁴Art. 103-A. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ao contrário, as súmulas vinculantes valem pelos seus enunciados – genéricos - e não pelos fundamentos que a embasam. Estas, assim como nos assentos portugueses, não se conectam com as decisões que a originaram.

Desse modo, e aí passamos a um terceiro aspecto de diferenciação, a aplicação do precedente e a súmula vinculante estabelecem também distinções.

A súmula vinculante apresenta caráter eminentemente normativo: tem caráter geral e abstrato, o que vincula é o enunciado, busca resolver casos futuros.

Castanheira Neves, quando analisou a questão dos assentos, dispôs:

(...) uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui de modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente com o carácter de fonte de direito (...).

E, ao fim, ao indagar que tipo de instituto jurídico se caracteriza, afirma, de acordo com as características apresentadas, não restar dúvida se tratar de uma disposição legislativa.

Às súmulas também se identificam mesmas características, não só por decorrer dos assentos portugueses, mas por nos permitir observar os mesmos traços, qual sejam, um imperativo, caráter geral e abstrato, pré-determinado a um caso futuro, tem força vinculativa e é tida como fonte do direito.

Desse modo, Lenio Streck ensina que a súmula vinculante

deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecânica, e, sim, hermeneuticamente, respeitando de forma radical a coerência e a integridade do direito. (STRECK; ABOUD, 2014, p. 64).

E a partir dessa afirmativa, pode-se travar a questão da interpretação da súmula vinculante. Se súmula é norma jurídica, deve ser aplicada como uma e aqui adotamos os preceitos da *nova hermenêutica*, a qual compreende que o real significado da norma não se pode extrair do texto, mas é construída mediante argumentação, no cenário judicial. É ao intérprete a incumbência de construção da norma, “é chamado a dar vida a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo de ato de vida de outra pessoa.”. (CAPPELLETTI, 1993, p.22).

Deixemos de lado a teoria tradicional da interpretação, a qual buscava o significado da norma na vontade desta ou na vontade do legislador. Fala-se, na moderna

doutrina hermenêutica, que interpretação é concretização, incorporação da realidade, tendo um caráter inegavelmente criativo, porém vinculada à norma. (HESSE; 1992, p. 41).

Sendo a súmula texto normativo, conforme já apontado, sua aplicação não se faz por mera subsunção, como também não se faz com a lei. Deve-se utilizar de um trabalho cognitivo severo de interpretação, a fim de construir o real significado do enunciado no corpo da decisão judicial.

Embora a súmula possua características de lei, sua forma de operação não pode desconsiderar as decisões que a originaram, tampouco os fundamentos nela contidos. Nesse sentido, Lenio Streck afirma que a concretização de uma súmula

deve recompor, narrativamente, a cadeia de decisões anteriores que lhe deram origem visando compor a solução dos casos num contexto de integridade do direito na comunidade política. (STRECK, 2013, p. 1426).

Considerar os casos que a originaram faz parte da tarefa hermenêutica e não pode ser dispensada.

O precedente, de igual forma, deve passar por um confronto interpretativo. Lembrando, a aplicação do precedente não se dá automaticamente, assim como a aplicação de uma lei não se faz por subsunção. Sendo o caso semelhante ao caso de outra decisão pretérita, examina-se o que se pode extrair do precedente judicial (*ratio decidendi*) e o aplica. Também precisa de um trabalho hermenêutico, já que a ideia de texto e norma como sendo algo distinto também se aplica aqui.

Nesse sentido, Lenio Streck fala de uma vinculação interpretativa²⁵ em que

(...) Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. (...) Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Podemos chamar a esse norteamento de ‘vinculação interpretativa’, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito. (STRECK; ABOUD, 2014, p.113).

E prossegue apontando para a indispensabilidade da interpretação:

Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonlização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento. (STRECK; ABOUD, 2014, p.113).

Nota-se, que tanto o precedente quanto a súmula não podem prescindir de elemento interpretativo, de modo a considerar as decisões anteriores que a fizeram

²⁵ A vinculação interpretativa se diferencia da normativa, a qual “pretende fazer a partir da superfície que acaba por desconsiderar a *indepassabilidade* da linguagem e a radicalidade do elemento hermenêutico que perpassa a experiência jurídica”. (STRECK; ABOUD, 2014, p.112).

surgir, no caso da súmula, e os fundamentos principais, ligados aos fatos, de decisão ou decisões anteriores, aplicadas a atual, no caso do precedente.

3.1.5. *Distinguishing* e *Overruling*

Uma das grandes críticas dirigidas ao precedente judicial e sua inerente ideia de uniformização da jurisprudência concerne a – errônea – ideia de que uma teoria do precedente obrigatório a tornaria imutável, de modo a engessar o direito e o colocar de costas às mudanças sociais e insensível à diversidade local.

Muitas indagações nesse sentido são levantadas: E se houver um precedente injusto, a Corte e os demais juízes e tribunais serão obrigados a seguir? Um precedente será sempre aplicável ao caso semelhante? Quando há grandes mudanças sociais, tecnológicas, culturais e um precedente já não dá conta dessas vicissitudes, deve-se aplicá-lo?

Se tomarmos em conta ser a jurisprudência fonte do direito e este, fato, valor e norma²⁶, já nos aponta o caminho para as respostas das perguntas anteriores: não. A sociedade está em constante mudança e a lei e a jurisprudência devem, inevitavelmente, acompanhá-la.

O direito não pode ser estanque e alheio aos anseios e transformações sociais. A lei não é. E o precedente tampouco. Respeito ao precedente não significa imutabilidade.

Nesse sentido, existem mecanismos, no *common law*, a serem adotados para afastar a aplicação de um precedente, que são o *distinguishing* e o *overruling*, os quais nos ocuparemos de descrever nas próximas linhas.

A começar pelo *distinguishing*. Como já visto, para aplicar um precedente, devem, os fatos que o assistiram, constar também no novo caso concreto, devem ser semelhantes para que sejam resolvidos mediante a mesma *ratio decidendi*. No entanto, se os fatos que se mostraram relevantes e imprescindíveis para chegar à primeira decisão não são semelhantes ao segundo, o juiz ou tribunal, ao fazer essa diferenciação, não aplica o precedente.

Desse modo, Neil Duxbury afirma ser o *distinguishing* aquilo que os juízes fazem ao distinguir um caso de outro, podendo ser uma distinção tanto dentro de um

²⁶ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

próprio caso quanto entre dois casos. Distinguir dentro de um caso, já vimos, é diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta*²⁷ e a distinção feita entre dois casos é o ato de demonstrar “diferenças factuais entre o caso anterior e o presente (...)”. (DUXBURY, 2008, p.113).²⁸

Assim, demonstra-se que um precedente não é aplicável ao caso em questão em razão de não ser, factualmente, semelhante ao anterior. Mas, deve-se apontar, que não são quaisquer fatos que permitem tornar dois casos desiguais, mas aqueles que são fundamentais, relevantes.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza compreende que o *distinguishing* é feito não por tratar-se de papel inerente dos juízes de *law-making*, mas por entenderem “que a adoção do precedente não é o resultado mais correto ao caso atual, que possui fatos materiais distintos dos da decisão precedente.”. (BARBOZA, 2014, p. 228).

Se, por razão de equidade e integridade, conforme afirma Patrícia Perrone Mello, casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma, “por motivos idênticos e em respeito aos mesmos valores, situações diversas devem ser tratadas diferenciadamente”. (MELLO, 2008, p.202).

Nexbury afirma, quanto a diferenciação dos fatos do precedente e do caso atual deve ser tal que forneça razões suficientemente convincentes para não seguir a decisão anterior.²⁹ (DUXBURY, 2008, p.114).

E, nesse sentido, como toda decisão judicial, cumpre assinalar, que ao fazer o *distinguishing* o juiz deve fundamentar muito bem o seu entendimento de não seguir determinado precedente, deixando evidente e bem argumentado a incompatibilidade entre os fatos do precedente e os constantes na atual decisão.

Ademais, a não aplicação de determinado precedente a um caso concreto não quer dizer que ele perdeu a força, ou que está errado e deve ser revogado. Pois, conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, “(...) a constatação da inaplicabilidade do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força”. (MARIONONI, 2013, p. 327).

²⁸“‘Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the *ratio decidendi* from *obiter dicta* – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the *ratio* of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.”

²⁹ “(...) Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision.”

No mesmo sentido entende Nexbury, assinalando, no entanto, que quando for muito recorrente a não aplicação de um precedente, pode, em alguns casos, restar demonstrado que o mesmo perdeu força na comunidade jurídica.³⁰ (DUXBURY, 2008, p.114).

Algumas vezes, ao fazer o *distinguishing* o juiz ou tribunal acaba por criar uma nova norma.³¹ É o que ocorre quando diante do novo caso exige-se nova condição para aplicação do mesmo resultado do precedente.³² Ou seja, se antes se exigia fato A e B para aplicar o precedente X, agora, exige-se A, B e C, tornando-o mais restritivo.

Deixando de lado, neste momento, o *distinguishing*, cumpre abordar outro método de não aplicação de um precedente judicial, o *overruling*, que é uma forma de superá-lo.

Trata-se, o *overruling*, de revogação integral do precedente de um tribunal. É uma medida judicial mais radical, que não é contrária, de forma alguma, à doutrina do *stare decisis*, inclusive se coadunar com a ideia de dotar os precedentes judiciais de força obrigatória como forma de evitar arbitrariedades, sendo o *overruling* considerado uma importante medida a ser adotada quando os tribunais atuam dessa forma. (DUXBURY, 2008, p.122).³³

A Corte dos Estados Unidos traça algumas considerações sobre revogação de seus próprios precedentes, que é quando (a) as regras se tornam impossíveis de se aplicar na prática; (b) quando a regra está sujeita a uma condicionante que trará dificuldades e iniquidade se for revogada; (c) a *ratio decidendi* se tornou ultrapassada em razão de mudanças e representa agora apenas uma *reminiscência da doutrina abandonada*; (c) e quando os fatos mudaram sobremaneira ou passaram a ser

³⁰ “Determining that a precedent is inapplicable to the case at hand does not necessarily leave the precedent undisturbed. Distinguishing in this fashion may lead lawyers and judges, many of whom might have expected the precedent to be applied, to consider its authority to have been weakened somewhat.”

³¹ “The more interesting and subtle form of distinguishing between cases is to be found where a court departs from a precedent by making a particular ruling depend on the presence of a more extensive range of material facts.” (DUXBURY, 2008, p.115)

³² Duxbury dá o seguinte exemplo: “If a court decided in *Black v. Black* that X should be the outcome when facts A, B and C obtain, then if A, B and C are the operative facts in *White v. White*, we can expect the outcome to be X. But imagine that in *Grey v. Grey* the court distinguishes *Black v. Black* by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E obtain. If, in *Grey v. Grey*, A, B and C, but not E, obtain, then X will not be the outcome despite the presence of the material facts that led to it being the outcome in the earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in *Grey v. Grey* has changed the law: the ratio decidendi of *Grey v. Grey* is narrower – it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that of *Black v. Black*.” (DUXBURY, 2008, p.115)

³³ “If precedent following is valued as a means of curbing arbitrary and facilitating properly constrained judicial discretion, overruling might sometimes be considered an important remedial option where courts have exercised discretion inappropriately.”

interpretados de modo muito diverso que a norma original perdeu aplicação ou justificativa. (FINE, 2011, P. 85).

Luiz Guilherme Marinoni traz, mediante as ideias de Melvin Eisenberg, duas posições em que o precedente se encontra em condições de ser revogado: quando o precedente deixa de corresponder a padrões de congruência social e consistência sistêmica e quando os valores que sustentam a estabilidade fundamentam melhor a sua revogação que a sua preservação. (MARINONI, 2013, p. 389).

Em sentido muito semelhante Benjamin Cardozo defende que a uniformidade pode não ser tão boa quando se põe a serviço da opressão, devendo a simetria e a certeza estar sempre equilibrados com a equidade, justiça e bem estar social. (CARDOZO, 1946, p. 113).³⁴

Atendo-nos às colocações trazidas por Marinoni, um precedente deixa de corresponder a padrões de congruência social quando passam a negar proposições morais, políticas e de experiência. São proposições morais aquelas que dizem se uma conduta é certa ou errada a partir de um consenso comunitário; políticas, as que apontam uma experiência como sendo boa ou ruim a partir do bem-estar geral; e, são proposições de experiência aquelas que representam a tendência de condutas a serem seguidas por grupos sociais. (MARINONI, 2013, p. 390).

Por outro lado, entende-se que não há consistência sistêmica quando o precedente passa a ser incoerente com outras decisões. Ou seja, quando o Tribunal ou o juiz faz diferenciações entre precedentes de forma inconsistente, sendo o resultado compatível com o precedente, mas alicerçado em conteúdos sociais incongruentes com os que o fundamentam.

No entanto, deve-se atentar que a revogação de um precedente não se faz a partir de uma concepção pessoal de um juiz ou por acreditar, isoladamente, ser o precedente um erro ou equívoco.

Primeiramente, devem-se confrontar os requisitos para o *overruling* (perda de incongruência e consistência sistêmica) com os critérios de preservação do precedente e razões de estabilidade. É dizer, a incongruência e a inconsistência sistêmica deve ser ponderada com alguns fundamentos que sustentam a obrigatoriedade

³⁴ “But symmetrical development may be bought at too high price. Uniformity ceases to be a good when it becomes uniformity of oppression. The social interest served by symmetry or certainty must then be balanced against the social interest served by equity and fairness or other elements of social welfare. This may enjoin upon the judge the duty of drawing the line at another angle, of staking the path along new courses, of making a new point of departure from which others who come after him will set out upon their journey.”

do precedente, tais quais: (a) a segurança jurídica; (b) a perda de isonomia entre os jurisdicionados; (c) as consequências que a revogação trará à administração da justiça e à sua eficiência; e (d) seu impacto sobre a credibilidade do tribunal. (MELLO, 2008, p. 238).

Assim, ao fazer dito confronto, se se chegar à conclusão de que a revogação do precedente traz mais benefícios a esses pontos elencados que prejuízos, deve-se adotar o *overruling*. Caso os prejuízos forem maiores, onerando esses pontos, a conclusão será no sentido de manter o precedente, ainda que equivocado.

Ademais, além de muito bem fundamentado, o *overruling* não acontece “inesperadamente” ou de forma a ser uma total surpresa para a comunidade jurídica. A doutrina e os juízes passam a direcionar críticas ao precedente, de modo que a incongruência ou inconsistência sistêmica passe a estar claro e tornar evidente à Corte a injustiça comunicada pelo precedente. As discussões de revogação de um precedente permeiam o meio acadêmico e judicial, iniciando um sento e sólido processo de fundamentação.

Nesse sentido,

o trabalho dos juristas, nesta dimensão, é extremamente importante para individualizar os precedentes à marem de revogação, constituindo um veículo para a informação das classes profissionais e, assim, para evitar a violação da confiança justificada e da garantia contra a surpresa injusta (MARINONI, 2013, p. 401).

É como se a fundamentação do *overruling* fosse construída, com cautela e bem sedimentada, por toda comunidade jurídica, de modo que essa medida seja construída por vários ramos de aspirações e, ainda assim, permitir alguma previsibilidade.

3.2. Funções desempenhadas pelos precedentes judiciais no *Civil Law* e no *Common Law*

Faz-se necessário, neste momento, entender todo contexto histórico-social e jurídico pelo qual surgiu a cultura do precedente judicial e pelo qual se sustenta. Para isso, o estudo das tradições jurídicas se faz imprescindível.

A problemática histórica do precedente judicial se faz indispensável, pois as diferenças estruturais das duas tradições nos remetem, inevitavelmente, à história, à teoria da interpretação jurídica, à racionalidade da decisão judicial e à teoria das fontes.

Vale sinalizar, que existiram - algumas já se extinguíram - diversas tradições jurídicas espalhadas pelo mundo. Nesse sentido, H. Patrick Glenn, em sua expressiva obra, *Legal Traditions of the World*, aponta sete tradições: (1) *chthonical legal tradition*, (2) *talmudic legal tradition*, (3) *civil law tradition*, (4) *islamic legal tradition*, (5) *common law tradition*, (6) *hindu legal tradition* e (7) *confucian legal tradition*. (GLENN, 2010, p. 60-360).

H. Glenn estabelece essas sete como as mais importantes, porém, não descarta a possibilidade de existência de outras menores que ainda não foram investigadas e reconhecidas como uma tradição jurídica.³⁵ (GLENN, 2010, p. 60-362).

No entanto, para o presente estudo, será voltada a atenção apenas para o *common law* e o *civil law*, dispondo de suas principais características e seus mais relevantes aspectos históricos, a fim de poder firmar o precedente judicial num contexto original, evolucionar e atual, para então propor e justificar sua inserção no sistema jurídico brasileiro.

3.2.1. Função desempenhada pelos precedentes no *Common Law*

3.2.1.1. Origem e características históricas do Common Law

Muitos países vivem sob a cultura jurídica do *common law*. Pode-se falar na quase totalidade daqueles dominantes da língua inglesa, ressalvado algumas poucas exceções.

Essa tradição teve origem na Inglaterra, o que, como primeiro aspecto, explica a afirmação anterior.

Desse modo, inevitavelmente, para compreensão do *common law* deve-se voltar os olhos ao direito inglês e seu desenvolvimento ao longo da história.

A formação do *common law* é apontada no período de 1066 a 1485. Não obstante, compreender o contexto histórico anterior faz-se necessário.

Primeiramente, salienta-se que a grande diferença existente entre as duas tradições, *common law* e *civil law*, está intimamente ligada pela influência do direito romano pós queda do império.

³⁵ “If the traditions on law which have been examined here (chthonic, talmudic civil, islamic, common, hindu and confucian) appear presently as the major ones of the world, it may be that this is only a conclusion of first impression, and that there are other legal traditions – of thought, of expression, or of sources – which are still more profound and which await investigation, and recognition, as being of primary importance.”. Sobre a questão conceitual de tradição jurídica, pode-se encontrar satisfatório reconhecimento nessa mesma obra: páginas 1 a 33.

É verdade que na Inglaterra se estudava o direito romano. Predominou durante séculos o estudo desse direito nas Universidades inglesas. Porém, o direito romano teve influência apenas no âmbito acadêmico e, à época, os juízes e advogados não precisavam ter título universitário, o que justifica a influência ínfima desse direito na Inglaterra. (DAVID, 1997, p. 3).

Sobre o ensino universitário, Rene David lembra que

Nenhuma universidade européia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito. (DAVID, 2002, p. 42)

As Universidades que se propunham a ensinar o direito não o faziam com base no contencioso, voltado a processos, à atividade judiciária. Ensinavam uma espécie de moral social, apontando as regras que mais de acordo com ela estavam. (DAVID, 2002, p. 41).

O período anglo-saxônico é apontado como aquele período anterior à dominação normanda (1066). O direito dessa época é pouco conhecido. Sabe-se que, por volta do século VI, com o advento do cristianismo na Inglaterra, encontra-se leis redigidas na língua anglo-saxônica, quando antes, as leis bárbaras que vigiam, eram escritas em latim.

Desse período anterior, o que se sabe é que esses povos eram “governados pelo direito primitivo de suas tribos, que se baseavam em costumes imemoriais transmitidos por uma tradição puramente oral” (CAENEGEM, 2000, p. 26) e que, nos novos reinos, tentou-se registrar por escrito, o que não passou de “tentativas desajeitadas de expressar em latim um direito primitivo que era desprovido de qualquer princípio geral e, conseqüentemente, de qualquer tradição analítica”. (CAENEGEM, 2000, p. 27).

Enquanto os *romani* estavam sujeitos ao direito romano vulgar, os germânicos ficavam submetidos às leis de suas tribos. Era o chamado “princípio da personalidade” do direito que, segundo R. C. van Caenegem, consiste na ideia de que “seja qual for o seu lugar de residência e seja qual for o soberano deste lugar, um indivíduo permanece sujeito ao direito do seu povo de origem.”. (CAENEGEM, 2000, p. 27).

Mais tarde, cumpre salientar, esse princípio foi abandonado e deu espaço ao princípio da territorialidade, o qual impunha o direito consuetudinário da região a todos os habitantes, independentemente de origem.

As leis após o cristianismo, já escritas na língua anglo-saxônica, conforme aponta René David, “regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual do direito” e lembra leis redigidas no ano 600 que continham 90 frases muito breves. (DAVID, René, 2002, p. 357)

Posteriormente, tornam-se mais elaboradas, mas ainda eminentemente local, inexistindo um único direito (direito comum) em toda a Inglaterra.

Foi então, como apontam os historiadores, que a conquista normanda, em 1066, marcou profundamente o direito inglês, sendo o fator crucial para a formação do *common law*.

A conquista trouxe à Inglaterra um poder centralizado forte, desaparecendo a característica tribal, dando espaço para o desenvolvimento do feudalismo como nova forma de organização jurídica e social.

Muito diferente do que fora o feudalismo na França, Alemanha e outros países, o feudalismo na Inglaterra cuidou de agrupar o povo em torno do soberano a fim de ver, nesta figura, seus direitos garantidos. E mais:

(...) O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição de terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum ‘barão’ pudesse rivalizar com ele em poder (...). (DAVID, René, 2002, p. 358).

Dessa forma, aponta-se a característica extremamente organizada e disciplinada do feudalismo inglês, principalmente se tomamos em conta o documento Domesday (1086), o qual cuidava da organização desse sistema. (DAVID, René, 2002, p. 358).

Foi nesse contexto e sob essas características que o *common law* foi desenvolvido.

Common law, então, seria “por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (DAVID, René, 2002, p. 359), inexistente até 1066, conforme demonstrado.

Similarmente, Guido Fernando Silva Soares, denomina a *common law* como aquele direito “(...) nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster (...) e que acabaria por suplantar direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (...)”. (SOARES, 1999, p. 32).

Como disposto, esse novo direito era aplicado pelos Tribunais Reais (ou Tribunais de Westminster), que eram constituídas e subordinadas ao Rei e que

substituíram, pouco a pouco, as *County Court*, a assembleia dos homens livres, as quais exerciam o poder judicante conforme os costumes locais.

Deve-se apontar, nesse sentido, que a *common law* é o direito criado pelos juízes (*judge-made law*), em contraposição à *civil law*, que vê o direito criado pelo legislador, sendo as decisões do Poder Judiciário apenas fontes secundárias de criação do direito, como se abordará mais adiante do trabalho.

No entanto, na *common law*, as Cortes Reais atuavam somente nas causas que interessavam à Coroa, enquanto as *County Court*, dedicadas ao direito local, cuidavam de questões de interesses privados.

É por esse motivo que se afirma que “O direito aplicado pelas Cortes Reais apresentou-se, nessas condições, de início, como um direito público, distinto dos costumes locais que as jurisdições tradicionais aplicavam”. (DAVID, 1997, p. 4).

E, posteriormente, quando essas cortes passaram a cuidar de todos os litígios do povo, substituindo totalmente as *Couty Court*, é que o *common law* deixou de ser apenas direito público, dispondo também de regras de direito privado.

Os Tribunais Reais, de início não eram aptos administrar a justiça, cuidavam apenas de questões relacionadas às finanças reais, à propriedade imobiliária e à posse de imóveis e às graves questões criminais que ameaçassem a paz do reino. Para todas essas questões havia três tribunais distintos: o Tribunal de Apelação, o Tribunal de Pleitos Comuns e o Tribunal do Banco do Rei, responsáveis, respectivamente, pelas matérias elencadas. (DAVID, René, 2002, p. 360).

Foi somente mais tarde que essa divisão de competência cessou e permitiu que quaisquer uns dos três Tribunais conhecessem causas de todas as matérias e, posteriormente, no final da Idade Média, os Tribunais Reais passam a ser os únicos a administrar a justiça.

Deve-se assinalar que a imposição das Cortes Reais não se estabeleceu de forma fácil, tampouco tornaram as únicas a administrar a justiça sem qualquer atrito. Os senhores feudais se opuseram a essa expansão das Cortes, pois havia grande vantagem financeira em administrar a justiça, por isso deu-se de modo progressivo e, consequentemente o desenvolvimento da *common law* também.

Desse modo, até o século XIX as Cortes, teoricamente, eram cortes de exceção, o que dificultava muito sua atuação, pois antes de tratar do mérito de um litígio, era necessário fazer com que entendessem pela sua competência. Essa dificuldade processual, conforme indica Rene David, marcaram profundamente o

desenvolvimento da *common law*, pois “sempre foi necessário convencer a Corte de que a lide a ela submetida era, por sua natureza, uma causa a que a Corte podia e devia julgar.”. (DAVID, 1997, p. 5)

Ou seja, a atuação dos advogados e juízes, inevitavelmente, se atinha às questões de ordem processual severamente formais. Ocupavam-se mais do direito processual que do material. Desse modo, só se elaborou a *common law* com conceitos eminentemente processuais e a foram construindo (e ampliando) progressivamente, de precedente em precedente.

Então, “entravadas pelo formalismo do processo, as Cortes Reais não puderam desenvolver a *common law* como teria sido necessário para mantê-la em harmonia com uma concepção de justiça que evoluía com o tempo.”. (DAVID, 1997, p. 7). A *common law*, como afirma Rene David em outra obra, “não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução de litígios”. (DAVID, 2002, p. 365).

Por essa razão, essa preeminência de questões processuais e a baixa – ou nula – preocupação com a ideia de justiça permitiu às pessoas verem seus direitos não assistidos por esses tribunais, esbarrado em questões meramente formais, não conseguiam acesso às Cortes. No entanto, para então garantir a equidade e em nome desta era permitido ao Rei intervir. Por meio de uma espécie de recurso a ele dirigido, decidia, em seu Conselho, não por meio de questões jurídicas, mas por sua própria consciência, algumas questões que ficavam fora da apreciação das Cortes Reais.

Com o passar do tempo o número de pessoas que se dirigiam ao Rei para resolver suas questões aumentou significativamente, de modo que passou a direcionar esses litígios para fora do Conselho, a um funcionário da Coroa denominado Chanceler.

O Chanceler, agora incumbido de julgar os recursos direcionados ao Rei, definiu “regras de equidade” (*Equity*), por meio das quais examinava e julgava caso a caso. Essas regras apoiavam-se no Direito Canônico, inclusive aplicado, em um primeiro momento, por eclesiásticos, e apresentavam-se mais racionais que as regras da *common law*, eminentemente processuais.

Para melhor entender, a *Equity*, nesse primeiro momento foi o “direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de ater a questões de equidade”. (SOARES, 1999, p. 32).

Acabou por firmar uma espécie de justiça paralela ao *common law*, com seus precedentes próprios, linguagem e questões processuais próprias. No entanto, Rene David aponta que a jurisprudência do Chanceler “não era contrária à *common law*; ela se limitava a fornecer à *common law* um complemento”. (DAVID, 1997, p. 8).

Esse cenário, constante desde o século XV, deu à Inglaterra algo nunca visto no continente europeu: uma estrutura judicial dualista, o “direito comum”, aplicado pelas Cortes Reais e o *Equity*, remédios aplicados por um Corte Real específica, a Corte da Chancelaria.

A partir do século XVII, o Parlamento se posicionou contrário à atuação da Coroa na administração do direito por meio da Corte de Chancelaria. Compreendiam que essa atuação real trazia arbitrariedades ao direito, sendo inadmissível àquele cenário histórico.

Foi então que, aproximadamente no ano de 1875, a Corte de Chancelaria foi suprimida, competindo aos tribunais comuns a aplicação da *common law* e também do *Equity*, que tiveram suas características iniciais mantidas, mesmo que agora estejam unificado os órgãos de aplicação.

Atualmente, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, a *Equity* só é aplicada quando inexistir remédio na *common law*. A *common law* é aplicada a matérias referentes a direito penal, contratos e responsabilidade civil, enquanto a *Equity* tem sido aplicada em caso de direito imobiliário, contratos fiduciários, sociedades comerciais, testamentos, heranças, entre outros. Registra-se que alguns estados dos Estados unidos conservam tribunais específicos que julgam somente em *Equity*. (SOARES, 1999, p. 32-37).

3.2.1.2. Fontes do Common Law

A preceder a análise das fontes, rapidamente, atentemos ao aspecto etimológico e semântico do termo *fonte*. Emprestada do fenômeno da natureza, refere-se ao lugar em que a água nasce, sua origem. No direito, embora assumimos também essa concepção de origem, admitimos duas acepções diversas.

A primeira entende ser uma fonte do direito qualquer documento de qualquer natureza que permita conhecer do direito de determinada época ou localidade. É o sentido “histórico” ou “documental”: “Em suma, tudo aquilo que nos

pode informar sobre as instituições jurídicas presentes ou passadas é uma fonte do nosso conhecimento”. (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 39).

A segunda, podendo ser chamada de dogmática, a partir de Henri Lévy-Bruhl, é aquela que responde à pergunta “de onde vem o direito?”. Para a teoria sociológica, a qual adere o referido autor, a resposta é o grupo social. Não entendemos pela falsidade da teoria, muito pelo contrário, estamos de acordo com essa corrente de pensamento. No entanto, tendo isso em vista, nos ocuparemos nesta parte do trabalho do estudo das fontes formais do direito, mesmo entendendo que o que demonstra tal distinção “não passam de variedades de uma só e mesma fonte, que é a vontade do grupo social.”. (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 40).

Ao voltar à história para entender o surgimento e construção da *common law* (item 1.2.1.1), viu-se, notadamente, que o direito inglês é um direito jurisprudencial. Naquele país, o direito, como outrora mencionado, era formulado pelos Tribunais Reais ao proferirem suas sentenças.

Desse modo, inicialmente por uma questão histórica, a jurisprudência foi naturalmente a fonte primária no direito inglês.

Nesse sentido, atualmente, embora presente algumas modificações, conforme se verá, “o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários”. (DAVID, 2002, p. 415).

A Inglaterra assumiu essa centralização das fontes do direito antes da propagação do direito romano-canônico, de modo que foi pouco influenciado pelo *ius romanorum*. Desse modo, quando o estudo do direito romano foi retomado na Europa no século XII, o direito inglês já estava muito bem arquitetado e organizado para ser seduzido por aquelas reflexões jurídicas³⁶. (TUCCI, 2004, p. 150).

Em síntese, a norma no direito inglês é extraída das decisões judiciais e aplicável a casos idênticos. A obrigação de observar as normas já estabelecidas pelos juízes decorre da lógica do sistema jurisprudencial adotado. Em outras palavras, o respeito ao precedente judicial na Inglaterra

constituiu um desenvolvimento natural do sistema inglês: primeiramente, quando se buscou limitar a expansão da jurisdição dos Tribunais Reais, através do Estatuto de Westminster II, de 1285, e, na sequência, quando se

³⁶ Houve a rejeição dos ingleses pelo estudo do *Corpus Iuris Civilis*. Não agradou ao rei o modelo absolutista de governo que trazia, temia uma reação negativa dos súditos e dos senhores feudais. Estes últimos temiam um poder ainda mais forte da Coroa e se opuseram. Houve tentativas, na Inglaterra, de se estudar as compilações de Justiniano, mas não foi permitido pelo rei Estéfano I, no século XII, tendo sido proibido, daí no século seguinte por Henrique III, qualquer ensino do direito romano.

tentou conter o desenvolvimento do *equity*, vinculando-se a Chancelaria a suas decisões anteriores. (...). (MELLO, 2008, p. 21).

O direito, então, era extraído das sentenças judiciais. Ainda hoje na Inglaterra o papel da Poder Judiciário é significativo e central, mas com algumas mudanças, sobretudo em razão da nova posição assumida pela lei.

A lei, no período inicial do *common law*, ocupava uma posição secundária como fonte de direito.

Na concepção tradicional inglesa, a lei nem é considerada uma expressão normal do direito. Isso não significa dizer que os juízes não aplicavam e não aplicam a lei na Inglaterra. Eles aplicam, mas a norma trazida pela lei só será incorporada pelo direito inglês quando houver sido interpretada e aplicada pelos tribunais. É tornando jurisprudencial que se saberá o significado da lei e deixará de causar certa estranheza aos juristas. (DAVID, 2002, p. 434).

A lei era vista como complementar, trazia correções e adjunções às normas ditas pelos tribunais e estabeleciam, de certa forma, exceções ao direito comum.

No entanto, em tempos recentes, fala-se de um movimento legislativo e um reposicionamento da lei quanto fonte do direito. A Inglaterra, mais precisamente no último século, avolumou seu acervo legislativo. O parlamento criou instituições importantes relacionados à previdência social, ao sistema de saúde e educacional, transporte, dentre outros. Notadamente, houve significativas modificações no direito antigo, almejando mudanças sociais mediante papel legiferante.

Esse maior desenvolvimento da legislação na Inglaterra se deve a três momentos históricos vividos: a nova ideia de supremacia do Parlamento, o triunfo dos ideais democráticos e do Estado do bem-estar social e à aderência à Comunidade Europeia.

Desse modo, Rene David afirma, ao olhar para o momento histórico-jurídico da Inglaterra, que a lei assume papel também fundamental para o direito, não mais sendo considerado “inferior” à jurisprudência, embora o direito inglês continue sendo um direito eminentemente jurisprudencial, e assim o é por duas razões:

porque a jurisprudência continua a ordenar o seu desenvolvimento em certos setores que se mantêm muito importantes e, por outro lado, porque, habituados a séculos e domínio da jurisprudência, os juristas ingleses não conseguiram até a presente data liberar-se da sua tradição. (DAVID, 2002, p. 436).

Tais razões ora descritas é que impedem que o direito inglês seja em sua essência um direito legislativo e que tenha cultuado, ao longo de sua história, qualquer veneração ou fetichismo a códigos robustos e apego formal a leis.

Para sintetizar essa primeira parte do estudo das fontes da *common law*, afirma-se que a jurisprudência e a lei assumem papel fundamental na formação do direito.

A prosseguir, tratemos agora das fontes consideradas secundárias, tal qual o costume, a doutrina e a razão.

Registra-se, ao contrário do que afirmam num plano leigo, que o direito Inglês não é um direito consuetudinário. Na época anglo-saxônica, como estudado, o direito era sim essencialmente aplicado com base nos costumes locais das tribos germânicas. No entanto, abandonou essa característica justamente com o surgimento da *common law*, que veio substituir o direito local por um direito comum, produzido jurisprudencialmente.

Atualmente, conforme assevera Rene David, “o costume desempenha função muito restrita no direito inglês” (DAVID, 2002, p. 437), secundária, não podendo se comparar com a lei e à jurisprudência. É necessário que o costume seja “imemorial”, é dizer, existente desde 1189 para que seja obrigatório. No entanto, quando o costume é aplicado pelo juiz ele se torna jurisprudencial, sendo submetida à regra do precedente judicial. De igual modo, deixará de ser costume se passar a constar numa disposição legislativa.

Por outro lado, o costume não deve ser subestimado como fonte na Inglaterra se olharmos o aspecto constitucional. Por esse aspecto, deve-se dizer que o costume desempenha severa importância na sociedade inglesa.

Devemos lembrar que a Inglaterra não é dotada de constituição escrita, o que faz com que grande parte da organização política do estado encontra-se em princípios não escritos. A organização do parlamento, das câmaras, as delimitações dos poderes do rei e, inclusive, a forma de governo adotada, a monarquia absoluta, não são extraídas de um plano jurídico formal, mas dos costumes daquele povo.

Por último, a doutrina e a razão são também consideradas fontes secundários do direito na *common law*. Lembra-nos, Rene David, que a *common law* “foi elaborada, originariamente, sobre a razão, dissimulada sob a ficção do costume geral imemorial do reino”. (DAVID, 2002, p. 439). É para esta fonte que ainda recorrem os juízes ingleses para preencher lacunas do direito. Os Tribunais Reais, quando tiveram

de estabelecer um preceito ou norma, não se apoiaram em uma atividade puramente empírica, mas buscaram na razão a resolução de inúmeros litígios. E foi assim, como vimos, que se deu a formação da *common law*: por meio dos Tribunais Reais, em conformidade com a razão.

A doutrina na Inglaterra teve um papel quase que de desvalor. Devemos lembrar, como feito em outro momento, que não era necessária a formação acadêmica para atuar nos tribunais. O direito fora construído na prática dos tribunais e apenas nesse espaço que o estudavam, devendo, sua construção, mais aos juízes e menos aos professores. (DAVID, 2002, p. 444).

No entanto, naturalmente, esse cenário mudou. A doutrina na Inglaterra no século XIX transformou-se e se expandiu. A formação acadêmica se robusteceu e ensina aos futuros juristas através de expressivos manuais, grande parte deles, escrito por juízes (*books of authority*).

Não se pode mais falar em influência quase inexistente da doutrina na Inglaterra. No início da história da *common law*, admite-se tal afirmação, mas nos dias atuais não. A doutrina pode não ter grande expressão como fonte do direito quando comparada com a jurisprudência ou com a lei, mas exerce papel fundamental na construção do direito daquele país, exportando grandes escritos com demasiada influência no mundo.

3.2.1.3. Common law e stare decisis

Stare decisis advém da expressão latina *et non quita movere*, que aponta para o significado: “deixe como está”.

É a teoria que sustenta a força obrigatória do precedente judicial. Considerada o núcleo da *common law*, a doutrina só foi estabelecida em meados do século XIX, quando a hierarquia dos tribunais se estabeleceu na Inglaterra. (SAHA, 2010, p. 107).³⁷

“O conceito de *stare decisis* como regra juridicamente vinculativa pertence aos tempos modernos” (BRAND, 2012, p. 218).³⁸ Uma das primeiras

³⁷“The doctrine of precedente only became established in the middle of the 19th century, when the settled hierarchy of courts was established in England coupled with accurate law reporting. (...) The doctrine is the core of common law.”

³⁸ “The concept of *stare decisis* as a legally binding rule belongs to modern time”.

declarações dessa lógica da obrigatoriedade do precedente judicial na Inglaterra é apontada na *Mirehouse v. Rennell*, em 1883:

Nosso *common law* consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias essas regras de direito que derivam de princípios jurídicos e precedente judicial; e por uma questão de uniformizar, a coerência e a certeza, devemos aplicar essas regras, quando não estejam claramente razoável e inconveniente, a todos os casos que surgem; e nós não temos a liberdade para rejeitá-los, e abandonar toda analogia com eles, naqueles em que não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão conveniente e razoável como nós mesmos poderíamos ter concebido.³⁹

Segundo Toni Fine, a doutrina do *stare decisis* consiste na “tendência de uma Corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares”, sendo, ainda para o autor, algo complexo, em que é melhor pensá-la como uma arte que como uma ciência. (FINE, 2011, p. 76).

Nesse sentido, “o fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas”. (TUCCI, 2004, p. 12).

É a doutrina que exige com que os precedentes dados pelos tribunais sejam seguidos, que os tornou coercitivos.

Desenvolvido modernamente, não se pode, nos dias atuais, determinar a *common law* distante dessa doutrina, embora não possam, em nenhuma hipótese, ser confundidas. A *common law*, como demonstrado, perdurou séculos sem o *stare decisis*. A teoria do precedente funcionou na *common law* sem grandes problemas, e viu florescer, apenas nos tempos modernos, a doutrina do *stare decisis*.

3.2.1.4. Força e eficácia do precedente judicial

Podemos dividir o precedente judicial como sendo dotado de força obrigatória ou persuasiva e identificar a sua eficácia vertical e horizontal.

³⁹Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. (*Mirehouse v. Rennel* [1833]).

Após explanação do desenvolvimento e atuação da *common law*, bem como do *stare decisis*, afirma-se, desde logo, que nessa tradição jurídica os precedentes tem fora obrigatória, diferentemente da *civil law*.

No entanto, a obrigatoriedade do precedente judicial não existiu desde sempre na *common law*. Esta tradição caracterizou-se por ser um direito, desde seus primórdios, eminentemente jurisprudencial, como estudado. No entanto, as decisões proferidas pelos juízes não tinham a obrigatoriedade de serem seguidas, embora sempre se tenham demonstrado preocupação com a coerência do direito e em conhecer decisões passadas.

Lembre-mos dos *Law Reports*, que surgiram no século XVI para substituir o *Year Book*.⁴⁰ Aqueles seguiram de certa forma na mesma linha desses últimos. Representavam compilações de julgamentos com a intenção de organizar as decisões judiciais que ainda eram desordenadas, a fim de permitir que aqueles que atuavam diante do tribunal, e os jurisdicionados também, pudessem conhecer do direito precedente.

Nesse período, o precedente não detinha força obrigatória na Inglaterra. Tomemos por exemplo a afirmação do Lord Mansfield, das muitas no mesmo sentido que proferiu, de que “o direito inglês seria uma ciência muito estranha se fosse decidido apenas com precedentes”.⁴¹

Desse modo, observa-se que nesse momento histórico o precedente judicial tinha vinculação persuasiva, pois os juízes recorriam mais aos princípios da razão para resolver um conflito, não sendo compelidos, de nenhum modo, a seguir uma decisão anteriormente dada.

Sendo assim, essa forma de operar evidenciou a imprevisibilidade do direito, de modo que “recorrendo a princípios ao invés de precedentes, o resultado do processo judicial poderia ser muitas vezes difícil de prever.”.⁴² (SWAIN, 2015, p. 241).

Foi somente no século XIX que na Inglaterra foi conferido força obrigatória ao precedente judicial. Tem-se a decisão do Lord Campbeel, no *Beamish*

⁴⁰ Eram seleções de julgamentos com o intuito de guiar e auxiliar a atividade jurídica nos tribunais, tanto para os advogados, quanto para os juízes. Era uma forma de construir uma memória judicial mediante seleções de decisões judiciais. Nota-se, a necessidade de conhecer das decisões anteriores demonstra preocupação que havia, ainda no século XIII, de julgamentos contraditórios.

⁴¹ Jones v. Randall (1774). “(...) yet it may be decided to be so upon principles; and the law of England would be a strange science indeed if it were decided on precedents only.”.

⁴² “(...) resorting to principle rather the precedent, the outcome of litigation could sometimes be hard to predict.”

v. *Beamish*, em 1861, como marco para esse feito, quando afirmou ser o direito estabelecido na *ratio decidendi*

claramente vinculante a todas as cortes inferiores e a todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria a poder alterar o direito e legislar com autônoma autoridade.⁴³

Lembrando, à época, a Inglaterra sofria forte influência das ideias relativas à Supremacia do Parlamento, de modo que a obrigatoriedade do precedente judicial veio junto à ideia de inadmissibilidade de sua revogação, que passou a ser admitida somente em 1966, como visto.

Entretanto, após o estabelecimento da doutrina do *stare decisis*, o precedente no *common law* tornou-se obrigatório e não persuasivo, de modo a ser

inequívoco, nesse sentido, que nos ordenamentos dominados pelas regras do *case law* os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte do direito. (TUCCI, 2004, p. 12).

O precedente dotado apenas de força persuasiva predomina nos sistemas jurídicos da *civil law*, do qual nos ocuparemos mais adiante.

Importante diferença que se pode apontar entre o precedente persuasivo e o obrigatório é quanto a consequência em caso de inobservância, inexistindo, naquele primeiro, qualquer tipo de sanção para o juiz que assim proceder, enquanto que o precedente obrigatório, diante desse caso, acarreta consequências ao juiz.

Ademais, cumpre identificar os precedentes com eficácia vertical e horizontal. O primeiro, vertical, diz respeito a força vinculante do precedente advinda de uma corte superior com relação aos tribunais inferiores. É dizer, o precedente de uma corte superior vincula a atuação judiciária dos demais tribunais. Na eficácia horizontal, o precedente judicial impõe respeito aos juízes de um mesmo tribunal, exige que esses juízes respeitem suas decisões anteriores.

⁴³Beamish v. Beamish (1859-61). IX H.L.C., 339. “But it is my duty to say that your Lordships are bound by this decision as much as if it had been pronounced nemine dissentiente, and that the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordships. The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority”. (

Vale assinalar que a eficácia horizontal decorre da mesma lógica imposta pelo respeito ao precedente vertical: dar coerência ao sistema, assegurar igualdade ao Judiciário e conferir aos jurisdicionados segurança jurídica e previsibilidade. Nesse sentido é que afirma Marinoni:

Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário, em segurança jurídica e em previsibilidade caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões. (MARINONI, 2013, p. 117).

Talvez a maior incoerência dos sistemas jurídicos que não aderem ao precedente judicial obrigatório se assente justamente aí, em permitir que um mesmo órgão, às vezes até um mesmo juiz, decida de forma absolutamente diferente da decisão anteriormente proferida em um caso semelhante.

No entanto, na *common law*, como é na Inglaterra e nos Estados Unidos, isso não acontece. A *House of Lords*, bem como a Suprema Corte, respectivamente, vinculam os tribunais e juízes de grau inferior, enquanto elas também são obrigadas a observar suas decisões, bem como os tribunais inferiores devem respeitar suas decisões passadas.

Vale lembrar que essa vinculação não é absoluta, como foi, até 1966 na *House of Lords*. As cortes e os tribunais, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, podem revogar suas decisões, praticar o *overruling*, mediante questões assinaladas anteriormente no trabalho (item).

3.2.2. Função desempenhada pelos precedentes no Civil Law

A *common law* e a *civil law* se identificam em muitos aspectos. Alguns bem superficiais, como as fontes do direito, por exemplo. Ambas atribuem à lei, ao costume, à doutrina e à jurisprudência o caráter de fonte do direito.

No entanto, o que as difere - e muito - nesse ponto é a importância e modo de operar cada uma dessas fontes nas diferentes tradições.

Já foi visto que na *common law* o direito é caracterizado por ser um direito jurisprudencial, ou seja, tem como principal fonte de formação do direito as decisões dos juízes e tribunais, enquanto a lei, nessa tradição, ocupa um lugar secundário. Diferente ocorre na *civil law*, que atribui grande valor à lei, sendo fonte primária de direito, enquanto a jurisprudência representa uma fonte secundária.

Por outro lado, outra grande diferença entre as duas tradições diz respeito a sua formação. Percorreram caminhos e traçaram suas histórias de maneira dissemelhante, de forma que se desenvolveram, cada uma, com suas devidas particularidades.

E claro, o precedente judicial desempenha e ocupa posições e funções eminentemente diferentes nas duas tradições. Até agora desenvolvemos o estudo da *common law*, a fim de compreendê-la melhor, bem como o estudo do precedente judicial, já que a ela é que se atribui seu surgimento.

Neste momento, será estudado a tradição da *civil law*. Veremos que o precedente judicial também se encontra constante nela, mas com grandes diferenças. Para tanto, analisaremos a história e características da *civil law*, suas fontes, o papel desempenhado pelo precedente judicial nela e, quem sabe, evidenciar uma possível aproximação com a *common law*.

3.2.2.1. Origem e características históricas

O estudo aqui da *civil law* não tem o intuito, claro, de esgotar o tema. Será abordado sob aspectos que permitam fazer uma comparação com a *common law*, apontando características mais marcantes que sejam relevantes para a distinção pretendida.

Ademais, no segundo capítulo do presente estudo, ao abordar as fontes do direito ao assinalar o Direito Romano e percorrer da Idade Média à Moderna, naturalmente, levou a compreender, pela ênfase dirigida, a origem e desenvolvimento do *Civil Law*.

Portanto, aludindo ao desenvolvimento acima referido, a gênese está no Direito Romano, que perpassou a Idade Média e se nos apresenta nos tempos modernos com as características de ter comandos mediante normas gerais e abstratas, tendo como principal fonte, como se verá, a lei.

A origem do Direito Romano coincide com o *mores maiorum*, que eram tradições dos antepassados sob uma percepção do junto, perpassado de geração a geração.

Essas tradições foram materializadas, escritas, por meio da lei das XII Tábuas (feito por magistrados) e buscou, nela, resolver conflitos entre plebeus e

patrícios. Tornou-se a fonte de todo direito romano e foi apontado, por civilistas, como o gemem do direito civil.

No transcorrer do tempo a Lei das XII Tábuas foi a ocupação da jurisprudência da época, que teve grande resplandecência, falando até, em um “direito de juristas”, que tiveram papel de elaborar o direito, mediante suas decisões, *iurisprudentes* e *respodere*.

No final do Império Romano, período denominado Pós-Clássico e identificado entre 230 a 476 d.C., o direito romano apresentou-se como um direito de leis e se converteu em um direito legislado, emanado do Imperador.

As Constituições Imperiais passaram a ser fonte quase que exclusiva do direito e numerosos atos legislativos passaram a ser organizados nos *Codex*. Nasce, neste momento, uma tendência de compilação de textos jurídicos, não tão severa, mas semelhante, as grandes codificações que se verá na Modernidade.

Nesse sentido, o Império Romano fora caracterizado por um Estado absolutista e, finais de seus tempos, também por um direito absolutista, identificado em textos e compilações legislativas.

Com a sua queda, em 476, o cenário mudou bastante. A hegemonia do Império Romano, evidente, de desmantelou e fez surgir novas civilizações. É a inauguração da Idade Media (476-1453).

De início, o direito romano não desapareceu, mas perdeu força pela dissolução de suas instituições e ao ceder espaço a novas. Tornou-se um direito vulgar, consuetudinário.

Não houve na época um poder político forte, de modo que o direito caracterizou-se nesse período por ser não escrito e plural, em que as diferentes tribos se organizavam e aplicavam seu próprio direito.

Nos séculos XI e XII, como viu, a sociedade, que mudara bastante daquela de cinco séculos antes, entendeu no direito a possibilidade de ordenar, propiciar segurança e progresso à população que passara a ocupar as cidades e expandir as atividades comerciais.

Foi o surgimento do *ius commune*, que assumia um caráter de direito transnacional, aplicado subsidiariamente a todas as tribos. Consistia na reinterpretação, pelos glosadores, de antigos textos do direito romano.

Por fim, do século XV ao XVIII floresceu e eclodiu, respectivamente, as ideias do direito natural:

Com caráter sistemático, fundada na razão e em uma concepção axiomática emprestada das ciências naturais, dotada de pretensão de universalidade e de imutabilidade, ela preparou o caminho para a codificação, empresa que pretendeu enunciar e organizar o direito racional e que se expandiu por quase toda a Europa (...). (MELLO, 2008, p. 45).

No século XVII as fortes ideias individuais advindas do racionalismo jurídico constavam fortemente da burguesia. Tais ideias eclodiram nas revoluções do século XVIII, tal qual a Revolução Francesa. Buscava-se um direito racional e universal, capaz de garantir o livre exercício das liberdades dos homens e permiti-los, em nome de toda essa racionalidade, opor-se a governos absolutistas.

Impulsionado por esses ideais, houve no século XVIII a promulgação de grandes códigos que, mediante grande extensão de normas gerais e abstratas, buscavam prever a maior quantidade possível de fatos da vida humana. Era o movimento que foi denominado como *codicismo*.

Diante disso, o juiz foi proibido de interpretar a lei. Passou a ser o *bouche de la loi*, reduzido a apenas pronunciar o direito constante nos códigos, ou seja, a ratificar aquilo que tinha escrito o legislador.

O direito passou a ser plenamente identificado na lei, os princípios de direito não eram visto como normas, vigência e validade da lei eram confundidos, bem como legalidade e legitimidade, florescendo um inelutável formalismo jurídico.

Nesse sentido, o caráter plural das fontes ficara na Idade Média. Agora, no *civil law*, a lei passou a ser a principal fonte do direito, o juiz teve seu papel reduzido, devendo apenas se ater a pronunciar o que continha nos grandes códigos, o direito era nacional e severamente formal.

3.2.2.2. Fontes

Em regra, o *civil law*, admite a lei como fonte principal de direito. Mediante comandos normativos gerais e abstratos, sistematiza a prática do direito e o reduz a um caráter eminentemente legislativo.

Ademais, a doutrina, os princípios gerais, o costume e a jurisprudência também são fontes do direito no *civil law*. Não ocupam o mesmo espaço e grau de “importância” que a lei, mas também o são.

A doutrina é fonte mediata de normas. Mediante estudo teórico de normas, desenvolvem e constroem teorias do direito que influenciam a ação do legislador também do juiz.

Os princípios gerais dão ao ordenamento jurídico um caráter ético. Mais próximos de propiciar a equidade, também ajudam na resolução de conflitos entre normas, a melhor compreendê-las e expandi-las.

No *civil law*, o costume exerce função de preencher lacunas e conceitos jurídicos, muitas vezes, indeterminados, que se faz necessário atentar para os hábitos da sociedade para melhor compreendê-los.

Por fim, a jurisprudência, evidente, também é fonte do direito. Desempenhou, como já visto anteriormente, papéis diferentes ao longo da história. Às vezes mais criativo, como entre os séculos XV ao XVII, outras, apenas com função declaratória, como na Modernidade.

Atualmente – e no Brasil isso se vê crescente, como se verá no próximo tópico – tem se tornado cada vez mais relevante, ainda que não sejam dotadas de força obrigatória, de qualquer teoria precedentalista.

No entanto, o que cabe destacar neste momento é que a jurisprudência é fonte de direito, porém, secundária, ou seja, não se encontra em igual posição que a lei nesse sistema.

3.3. TRANSFORMAÇÕES DO *CIVIL LAW*

Ressaltadas algumas características do *civil law*, principalmente na Modernidade, resta-nos, a nosso tempo, demonstrar as naturais e inevitáveis mudanças desse sistema, tão natural como em conjunto, sempre, com as razões políticas e sociais.

Desse modo, é notório que

As mitologias, que tiveram um papel fundamental no projeto jurídico burguês, não conseguem se manter em pé diante das necessidades e das solicitações da sociedade contemporânea, extremamente complexa sob os aspectos social, econômico, tecnológico. (GROSSI, 2007, p. 81).

Nesse sentido, “sob os esquemas formais (...) existe uma constituição material que pressiona e que urge levar em consideração, se não queremos que se chegue a separações que podem se transformar em rupturas”. (GROSSI, 2007, p. 81).

Veja, além de a sociedade contemporânea caracterizar-se por acentuada complexidade, o movimento constitucionalista por toda a Europa - e no Brasil a partir de 1988 – impulsiona mudanças. Por várias razões, como se verá, mas a primeira delas, pode-se dizer, é o fato de que as constituições passaram a ser vistas não mais como meras cartas políticas, mas jurídicas, dotada de tanta normatividade quanto o código civil. E isso é novo.

É claro que o direito não pode abandonar sua dimensão formal, mas deve fazê-lo com a percepção de que apenas dá forma a uma história viva, já existente e que não é estanque. Portanto,

devem se tratar sempre de categorias ordenantes, que pescam na realidade, que não flutuam sobre o real, como acontece com todo fenômeno autenticamente e não ficticiamente ordenante. Ser e dever ser necessariamente se confundem (...). (GROSSI, 2007, p. 81).

Enfim, das mudanças sociais e jurídicas que ocorreram nos dois séculos que se passaram e que fortemente se demonstra do Brasil nos últimos 40 anos, pós redemocratização, e que implicaram fortemente transformações ao *civil law*, aponta-se as mais relevantes para o presente estudo, como o constitucionalismo brasileiro após a Constituição de 1988, a evolução da teoria hermenêutica e a expansão do Judiciário. Os dois últimos, é possível afirmar, são decorrentes naturais do constitucionalismo contemporâneo brasileiro.

Com a ampliação do poder dos juízes no cenário jurídico brasileiro atual, ocupando outros espaços que não mais o de ser a “boca da lei” é preciso que haja alguma garantia de segurança jurídica e certeza nessa atuação.

Veja, se passamos a compreender que a lei pode ser interpretada de diversas formas e que a decorrência natural disso são os juízes decidindo de formas diferentes. Porque exigimos que a lei dê segurança jurídica e previsibilidade às pessoas e ao Judiciário não?

Se, pode-se dizer, aceitamos que a lei não é absoluta, suficiente em si mesmo, e que é necessária a atuação judiciária para interpretá-la e aplicá-la, porque

exigimos apenas que a lei promova segurança jurídica, mas quanto a sua aplicação ou interpretação não exigimos?

Se, rogamos por segurança jurídica, certeza, previsibilidade e coerência do ordenamento jurídico, ao ter em conta, pela nova hermenêutica, que a norma jurídica não se extrai da lei, mas é construída mediante argumentação e dialética nos bancos judiciais, materializado na sentença judicial, é mais do que urgente ter um Poder Judiciário coerente em suas decisões, para que diga apenas um direito e não vários. Por consequência, atuando de forma coerente, a previsibilidade, a certeza e a segurança jurídica também se fariam atributos constantes das decisões.

3.3.1. O constitucionalismo brasileiro pós 1988

A Constituição brasileira de 1988 foi um marco para país. Do ponto de vista jurídico a Constituição Cidadã trouxe, junto com a redemocratização, um amplo rol de direitos fundamentais, a constitucionalização de direitos, uma série de princípios, o fortalecimento dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), previu e abordou temas inovadores (exemplo: união estável, proibição e tortura, o princípio da dignidade da pessoa humana, etc.), dentre outras.

Do ponto de vista político, a Constituição representou uma ruptura com o momento político passado, resultado de lutas, ideologias e ideias propagadas pelos quatro cantos do país, com muito custo, durante décadas, que agora dão corpo a uma carta política.

Pelo aspecto sociológico, veio de “baixo pra cima”, como deve ser: do seio social ao parlamento. A Constituição se mostrou autêntica, atenta àqueles a que representa, aproximou-se da realidade social do país e buscou refleti-la no texto jurídico. É assim que deve ser, pois, uma Constituição só será de fato autêntica se:

(...) for o reflexo dos costumes consagrados por um povo, estabelecidos em função de seus valores, de suas necessidades fundamentais e de suas possibilidades, fixados num conjunto de princípios e normas livremente estabelecidos pelos integrantes de cada povo. (DALLARI, 2010, p. 22).

Tal afirmativa justifica muitas características do direito brasileiro – como se verá adiante nas questões histórico-culturais brasileiras - inclusive a resistência a um sistema precedentalista no país de. Por outro lado, também serve para mostrar a

primordialidade de o corpo político e jurídico se colocar voltado ao espaço social, devendo a legislação buscar ser sempre o reflexo fiel deste.

No entanto, embora de extrema valia uma profunda análise à nova ordem constitucional fundada, se ocupará, as próximas linhas, em dar um olhar jurídico à Constituição, a demonstrar alguns de seus principais impactos que implicam em mais reforço e justificativas da necessidade de respeito ao precedente judicial no Brasil.

3.3.1.1. A evolução da hermenêutica jurídica

A hermenêutica jurídica desempenhou, ao longo da História, papel fundamental na vida do Direito. Poder-se-ia afirmar que, neste início do século, seu papel é ainda mais importante.

O hermeneuta valeu-se de critérios bem definidos para compreender e explicar o Direito. Desenvolveram-se, então, os critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais ainda são utilizados. Contudo, nas últimas décadas, novos traços foram dados à interpretação.

Especialmente no âmbito do Direito Constitucional, por influência de doutrinadores europeus. Entre eles, está Konrad Hesse, com sua tese sobre a força normativa da Constituição.

Escreve:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (...) Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (HESSE, 1991, p. 15).

Neste sentido, passou-se a falar em nova interpretação constitucional. Para Luís Roberto Barroso:

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. (BARROSO, in: FACHIN, 2008, p. 109).

A Constituição, agora, já não tem caráter político, ausente de normatividade como no início do século passado quiseram conceber. Trata-se de uma carta jurídica dotada de caráter normativo.

Ademais, a Constituição compõe um sistema normativo aberto de regras e princípios, significando ser um sistema dinâmico, que detém estrutura dialógica, contendo normas que se desdobram em regras e princípios - sendo estes últimos dotados de significativo grau de abstração - que expressam valores, programas e funções. (CANOTILHO, 2002, p. 1145 – 1150). Desse modo, a interpretação se faz fundamental pelo caráter aberto e amplo da Constituição. (HESSE, 1992, p. 36).

Veja, não se trata mais de um sistema jurídico rígido, estanque, que busca a imutabilidade e perpetuação no tempo. Pelo contrário, é um sistema que dialoga entre si e que está aberto às mudanças sociais e, desse modo, em constante movimento, em constante resignificação.

Também se deve destacar o caráter normativo dos princípios constitucionais, antes ausente. Que, em razão de sua natureza, são mais abstratos, de mais dura determinabilidade e de maior alcance, o que naturalmente fez com que mudasse a forma argumentativa ao aplicá-los, exigindo formas de atuar do Judiciário diferentes.

De igual modo, o novo olhar da hermenêutica parece ter fixado de vez a ideia de que norma não se confunde com lei e de que sua construção se faz dentro do processo judicial, por meio da sentença, e não por escritos legislativos.

A lei, promulgada, não está pronta e acabada. Precisa de interpretação para que se consiga auferir seu significado e alcance. E o significado que se extrai não é mais aquele fundado na vontade do legislador, mas na própria norma, vista agora como autônoma, como se de vontade própria fosse dotada.

É o que Konrad Hesse propõe com a “concretização”, método interpretativo que permite que se incorpore a realidade à Constituição, consistindo em atuação criativa que termina por completar e dar sentido à norma extraída da lei. (HESSE, 1992, p. 42-47).

O que se pretende com a abordagem da nova hermenêutica nesse trabalho é apontar para a interpretação que o próprio sistema jurídico por vezes exige. Como fazer com que o juiz se utilize de silogismo ou de um simples trabalho cognitivo diante do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, ou do princípio da igualdade?

É claro que a atuação mediante interpretação e aplicação das normas jurídicas mudou, o que confere um papel diferente e mais amplo do juiz na determinação da norma. Criativo, como Kelsen mesmo já apontava (KELSEN, 1998, p. 178). E mais, se o juiz é quem constrói e diz o direito, é preciso garantir que haja coerentemente com o sistema jurídico e que diga apenas um direito e não vários. Para isso, mais do que necessário se faz o respeito ao precedente judicial obrigatório. Não é possível admitir, por exemplo, que as decisões do Supremo Tribunal Federal não sejam observadas pelos demais juízes e Tribunais, quando – principalmente – encontra-se exercendo sua atribuição constitucional de uniformizar a interpretação constitucional.

Com esse papel inegavelmente mais criativo do Poder Judiciário⁴⁴, faz-se ainda mais oportuno o respeito ao precedente obrigatório, para que os “dizeres” do direito pelos juízes e Tribunais não ensejem insegurança jurídica, falta de previsibilidade e coerência.

3.3.1.2. A expansão do Poder Judiciário

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário vem expandindo sua atuação. Uma pluralidade de questões, antes resolvidas na esfera privada ou mesmo nas instâncias legislativa e executiva, passou a ser objeto de apreciação do Poder Judiciário. Este fenômeno ocorreu não apenas no Brasil, mas em outras partes do mundo.⁴⁵

Podem-se mencionar algumas razões pelas quais se deu a expansão do poder judiciário: a redemocratização, que culminou na promulgação da Constituição Cidadã; a constitucionalização de direitos, que significou a “migração de direitos que estavam previstos em alguma espécie normativa (...) e que passaram a ter assento constitucional” (FACHIN, 2015, p. 102); e no que concerne o controle de constitucionalidade, em que instituímos o controle abstrato e difuso, ademais da ampliação do rol de legitimados para propositura das ações de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 ampliou as formas de participação popular e de acesso a os serviços jurisdicionais. Neste sentido, pode ser mencionado o vasto rol de

⁴⁴ Veja, quando se fala em atuação criativa do Poder Judiciário não se refere a nenhum tipo de livre arbítrio, a dar a ideia de que o juiz pode decidir como quiser, com total liberdade. Designa “criativo” no sentido de que cria o direito, ou seja, não meramente o declara. No entanto, deve ter-se em mente que, essa criação está respaldada na lei.

⁴⁵ Ver nesse sentido: GRAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Trad. Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

direitos fundamentais, a ampliação dos legitimados para acionar a jurisdição constitucional (art. 103) e a legitimação extraordinária (art. 5º, inciso XXI).

Desse modo, desenvolveram-se processos de judicialização. Questões políticas, econômicas e sociais passaram a ser resolvidas no âmbito do Poder Judiciário.

Por outro lado, o Poder Judiciário, antes voltado apenas à aplicação da lei ao caso concreto, passou a desenvolver outras funções. A doutrina tem identificado pelo menos cinco funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea: aplicar a lei contenciosamente ao caso concreto, controlar os demais poderes, realizar seu autogoverno, proteger direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.⁴⁶

No entanto, é preciso reconhecer que o juiz também exerce função política na sociedade. Observa Dalmo de Abreu Dallari que

Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato do de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas. (DALLARI, 1996, p. 85).

Nesse contexto de expansão das funções do Poder Judiciário se identifica grande razão para haver um sistema de precedente judicial obrigatório. Pois, agora o Judiciário passa a assumir espaços que antes não ocupava, deter poderes antes não previstos e decidir sobre questões que infligem, sobremaneira, na espera social e política.

Desse modo, é preciso garantir que o judiciário atue de modo a dar coerência ao ordenamento jurídico e que possa ser capaz de propiciar igualdade segurança jurídica e previsibilidade mediante suas decisões.

3.4. CRÍTICAS À FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

No direito brasileiro, bem como estrangeiro, existe muita oposição à força obrigatória dos precedentes judiciais.

Dentre elas, os argumentos a se oporem à adesão do precedente judicial se identificam entre em afirmar o óbice em desenvolver o direito e adequar as decisões às

⁴⁶ Sobre essa questão, ver: FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; e BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

mudanças sociais, a violação do princípio dos três poderes e a violação da independência do juiz.

Muito se pensa, que com a adoção do precedente judicial obrigatório, a jurisprudência restará engessada, pois deve decidir com argumentos já passados que podem, muitas vezes, já não mais condizer com a realidade, impedindo assim, que o direito acompanhe as mudanças sociais, tecnológicas e culturais.

No entanto, aponta-se, conforme já desenvolvido, que um precedente judicial pode sofrer mudanças e revogação. Claro que não sob argumentos desprovidos de razoabilidade ou ausente de apropriada fundamentação.

Nesse sentido, reitera-se que “para a revogação de um precedente, a evolução da doutrina deve ter chegado a um estágio em que o fundamento que o ancorava não seja mais sustentável nos tribunais”. (MARINONI, 2013, p. 192), não ficando apenas a cargo do juiz revogar ou não por mero desejo. Ou seja, a revogação precede de grandes discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, de modo que o precedente judicial no se faz absoluto.

A outra crítica que se dirige, concerne à violação do princípio da separação dos poderes, que afirma que o juiz, ao estabelecer precedente cria norma jurídica abstrata, de observância obrigatória, estaria usurpando poderes legislativos de competência do Poder Legislativo.

No entanto, frisa-se que o precedente judicial não tem natureza legislativa, alcançando força obrigatória somente aos membros do Judiciário. Quando este ademais, ao estabelecer interpretação da lei, mediante os tribunais superiores, cumpre com seu dever constitucional de uniformizar a interpretação jurídica, constitucional e infraconstitucional, ou seja, atua de forma a cumprir os preceitos constitucionais que lhe são instituídos, não incorrendo em violação do princípio da separação dos poderes.

Ademais, Edinilson Machado e Fernando de Brito Alves, com vistas a função jurisdicional do juiz, atentam que “a autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador”. (MACHADO; ALVES, 2013, p. 78).

A crítica de o precedente judicial obrigatório violar a independência dos juízes parece incorrer em grave erro. Os que preceituam essa crítica não assimilam a concepção de unidade de jurisdição, parecendo admitir a ideia de ser o Judiciário um ente fracionado, entre as tantas vozes dos juízes em sua singularidade.

Considerado pela sua unidade, convém afirmar que

um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema racional e isonomicamente distribuí justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam. (MARINONI, 2013, p. 204).

Portanto, garantir que se dê tratamento igual a casos similares, como se propõe o respeito ao precedente judicial, é uma exigência da própria ideia de justiça e não infringe a independência do juiz, que se encontra dentro de um sistema de distribuição de justiça.

3.5. PERSPECTIVAS ATUAIS: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como é sabido, em 2009, uma Comissão de Juristas fora instituída pelo presidente do Senado Federal para elaboração de um Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Convertido em lei, foi aprovado por ambas as casas legislativas e sancionado pela Presidente da República, Dilma Rousseff, a entrar em vigor em 16 de março de 2016.

O Novo Código de Processo Civil manifesta nítida preocupação a questões concernentes ao Judiciário no que se refere a segurança jurídica, coerência e estabilidade.

De logo, a exposição de motivos do Código irradia otimismo para os estudiosos e defensores de uma teoria do precedente judicial. Expõe que *posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, levam a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes (...)*, fazendo com que fragmente o sistema.

Aponta que *a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito*, devendo, a jurisprudência, uma vez firmada, deve, *como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração*.

No mais, ainda na exposição de motivos, oferece clareza quanto ao papel dos tribunais superiores: *Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico*.

O novo Código de Processo Civil valoriza o papel do julgador. Está em consonância, portanto, com a realidade que vem se impondo nas últimas décadas, que registra a expansão do Poder Judiciário. Neste sentido, o novo Código Processual prevê observância não apenas às sumulas dos tribunais, mas também aos precedentes judiciais.

Quanto ao conteúdo relativo ao precedente judicial houve significativa mudança, das quais se ocupará das principais nesta parte do trabalho.

O novo Código se ateve fortemente à questão da fundamentação da sentença, não considerando fundamentada a decisão que, entre outros casos, se limitar a

invocar o precedente ou súmula sem identificar os fundamentos determinantes do precedente ou não demonstrar que o atual caso se ajusta a esses fundamentos. (Art. 489, §1º, V, NCPC).

Trata-se do, já exposto aqui, *ratio decidendi*, em que será necessário utilizar o precedente judicial pela sua parte vinculante, que são os fundamentos essenciais nele constantes. Dita aplicação do precedente permite com que haja maior diálogo e argumentação no decorrer processual, evitando que se crie um “silogismo” do precedente judicial, em que se aplique, por exemplo, partes da sentença, desvinculados ao conteúdo central e essencial da decisão, como mera transposição.

De igual forma, considera não fundamentada a decisão que não seguir enunciado de súmula jurisprudência e precedente invocado no processo, em que se deverá demonstrar tratar-se, o caso em questão, de conteúdo diferente. . (Art. 489, §1º, VI, NCPC).

Desse inciso, o que primeiro vem em mente é que deverá ter claro a distinção entre sentença judicial, precedente, súmula e jurisprudência. Em segundo, percebe-se tratar, do também já abordado, *distinguing*. Dessa forma, se invocado um precedente, por exemplo, o juiz ou tribunal deverá deixar evidente a diferença existente entre o precedente e o atual caso, fazendo o que a doutrina do *stare decisis* denominou *distinguing*. E, ainda, poderá o juiz ou tribunal demonstrar que aquele entendimento do precedente judicial, ou melhor, a *ratio decidendi* do precedente judicial encontra-se superada, seja pela mudança social, avanço tecnológico, ou até mesmo erro, mas que deverá ser levantado. Nota-se que se aproxima do que a doutrina do *stare decisis* denominou *overruling*.

De importante destaque se faz o artigo 926 do novo código processual. Ao afirmar que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, pressupõe diretriz suficiente para alçar o respeito no que se refere à verticalidade das decisões judiciais.

O artigo seguinte, 927, obriga respeito às decisões dos órgãos superiores ao incumbir, ao juízes e tribunais, de observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade(inciso I); os enunciados de súmula (inciso II); os acórdãos em incidente de competência e de resolução e demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (inciso IV).

Observa-se que se trata de vinculação vertical das decisões, em que deve-se atentar sempre às decisões e posicionamentos dos tribunais superiores. E, reitera-se, trata-se de um dever.

No mais, o artigo 988 prevê a possibilidade de reclamação para garantir que o enunciado de súmula e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência sejam observados.

Desse modo, estão previstas as seguintes normas processuais sobre precedentes judiciais:

Por fim, ao interpor recurso de agravo, cabe ao agravante demonstrar, de forma expressa, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso tenha ocorrido em uma das duas hipóteses: a) o recurso especial ou extraordinário fundou-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) o recurso extraordinário fundou-se em entendimento anterior do STF de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida. Se o agravante não fizer tal demonstração de forma expressa, o recurso não será conhecido (art. 1.042, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "b").

Apontadas as principais mudanças relativas ao tema aos qual se propôs estudar, entende-se pela evidente preocupação do Novo Código de Processo Civil com a uniformização do Poder Judiciário.

Ainda que não tenha sido proposta ou desenvolvida uma teoria rigorosa dos precedentes judiciais para o direito brasileiro, a previsão de respeito ao precedente e as diversas proposituras de uniformização são muito positivas. Não se sabe, todavia, na prática como caminharão e serão conduzidas as novas regras. Tudo, no entanto, acena à possibilidade de melhora quanto à uniformização, vislumbrando maior possibilidade de o Poder Judiciário ser capaz de garantir segurança jurídica, previsibilidade, igualdade e coerência ao sistema.

Por outro lado, ficará a cargo da doutrina e do Poder Judiciário definir o conceito de precedente, já que o Novo Código o instituiu, mas não dispôs de conceituação. Determinar sua acepção faz-se fundamentalmente importante para adequado uso do precedente judicial, pois, como aponta Patrícia Perrone Mello, “O conceito de precedente e a definição de seu âmbito vinculante são, portanto, questões centrais para seu funcionamento” (MELLO, 2008, p. 117).

Por fim, findo este capítulo em que se pretendeu conhecer do instituto do precedente judicial, o sistema *common law* e *civil law*, bem como o avanço trazido

quanto ao tema pelo novo Código de Processo Civil, convém apontar as justificativas para se aderir o precedente judicial no Brasil e demonstrar algumas possíveis questões histórico-culturais que permita compreender porque ainda há certa resistência quanto ao instituto no Brasil e porque parece não ser grande incomodo lidar, algumas vezes, com um direito incoerente.

4. JUSTIFICATIVAS E RESISTÊNCIAS EM ADERIR O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Muitas são as justificativas traçadas pela doutrina para se aderir o precedente judicial obrigatório no Brasil. No entanto, para o presente estudo se elegeu três, o que não significa serem mais importantes, apenas tidas como mais marcantes para este estudo.

Nesse sentido, discorrerá sobre a segurança jurídica, a igualdade e a coerência da ordem jurídica como justificativas que evidenciam e sustentam a proposta do precedente judicial no Brasil.

Estabelecidas as mencionadas razões, apontará, com ajuda das ciências sociais e da história do Brasil, algumas possíveis razões de haver ainda resistências quanto a adesão do precedente judicial no Brasil. Pela ótica de Max Weber e Sérgio Buarque de Holanda, buscará demonstrar porque parece não incomodar a grande parte dos brasileiros conviver com um sistema incoerente e um Judiciário, muitas vezes, antinômico.

A seguir, as razões e possíveis causas histórico-culturais para a resistência de uma teoria do precedente judicial no Brasil.

4.1. SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica pela lógica e didática de Canotilho pode ser situada como um princípio constitucional geral, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2002, p. 1150-1161).

Dito de outro modo, a segurança jurídica está intimamente ligada com o Estado de Direito, sendo uma forma de concretizá-lo.

No entanto, a segurança jurídica não se apresenta somente como um princípio geral. É também um direito fundamental, assegurado pela Constituição brasileira em seu artigo 5º, ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Nota-se, na Magna Carta, que a segurança também é garantida no *caput* do artigo 6º, ao lado dos direitos sociais como a educação, saúde, alimentação, etc. Porém, neste ponto trata-se de segurança pública, como analisa José Afonso da Silva, enquanto a *segurança* do artigo antecedente refere-se a um conjunto de garantias ao direito

individual de segurança, como nos incisos subsequentes tratará: segurança das relações jurídicas (XXXVI), segurança das comunicações pessoais (IV), segurança em matéria penal e processual penal (XXXVII-XLVII), etc. Por essa razão, compreende a segurança jurídica, a qual se aborda aqui, como um direito individual, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, mais especificamente no inciso XXXVI. (SILVA, 2010, p. 74 e 190);

A segurança, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, é uma das mais profundas aspirações na vida do homem, sendo-lhe, uma busca permanente.

(MELLO, 2013, p. 127). Prossegue afirmando que é a

insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (MELLO, 2013, p. 127)

E, claro, a segurança jurídica coincide com ela. Traz o anseio de permitir às pessoas o mínimo de previsibilidade para que possam planejar suas vidas, vislumbrar as consequências e efeitos de suas caminhadas sem que sejam surpreendidas, seja pela insegurança ou imprevisão oferecida ou pelo decorrer congênito do tempo.

O que visa é dar estabilidade e continuidade à ordem jurídica propiciando o mínimo que seja de previsibilidade das consequências jurídicas de uma conduta (MARINONI, 2010, p.119).

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o Direito se propõe a dar estabilidade e o mínimo de certeza para as relações sociais, devendo ser “livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes” e, desse modo, o princípio da segurança jurídica apresenta-se como um dos mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito. (MELLO, 2013, p. 127).

O sistema jurídico, pelos pensamentos de Neil MacCormick, é como se fosse uma moldura que permite entender a vida das pessoas dentro do Estado e do seio coletivo específico que pertencem. Nesse sentido, mediante uma ordem minimamente organizada, os membros dos grupos “podem dirigir sua própria conduta com vistas (...) àquilo que eles compreendem ser as normas do sistema”. (MACCORMICK, 2008, p. 8).

E mais, conhecer essas normas e perceber que as outras pessoas do mesmo grupo social as compreendem dá ao sistema “semelhante consideração prática e

contribui para, ou mesmo constitui, um certo ordenamento na conduta”. (MACCORMICK, 2008, p. 8).

Veja, quando as pessoas sabem o que é o direito, tem noção de sua dimensão e alcance, ele acaba por pautar suas vidas na prática. Permite o mínimo de previsibilidade das consequências próprias e também de terceiros, guiando suas vidas até mesmo longe dos bancos judiciais.

Essa segurança jurídica deve ser dada pelos órgãos institucionais, os quais a própria ordem jurídica estabelece. É dizer, pelo Legislativo, mediante atuação legiferante e pelo Judiciário, no trabalho de interpretar, determinar e dizer a norma. Ambos, em sua tarefa institucional, devem garantir a segurança jurídica. No caso do judiciário, atuar de forma a garantir a organização e a sistematicidade da ordem jurídica. E, nesse sentido, proferir decisões coerentes com órgão institucional que o sistema lhe confere, não como juiz ou magistrado individual, a submeter aos jurisdicionados e às pessoas seus pensamentos particulares, distanciando-se de qualquer ideia de coerência e de uma instituição de poderes judicantes una.

Canotilho aborda o princípio da segurança jurídica em sentido amplo o qual abrange a “proteção da confiança”. Este último constitui-se em um direito de poder confiar que seus atos e as decisões públicas sobre seus direitos estarão ligadas às normas e consequências previstas no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Estando os dois intimamente conectados, apresenta, o princípio da segurança jurídica, relação com elementos objetivos da ordem jurídica, que, pode-se dizer, ser a estabilidade, a segurança de orientação e de atuação do direito, enquanto a proteção da confiança, liga-se aos aspectos subjetivos da segurança jurídica, tais quais a calculabilidade e previsibilidade das pessoas no que concerne os efeitos jurídicos advindos dos poderes públicos. (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Ingo Sarlet também adota essa perspectiva. E, em importante escrito sobre a segurança jurídica, a correlaciona não apenas com o Estado de Direito, mas com o princípio da dignidade da pessoa humana, estando a ela, “umbilicalmente vinculada” (SARLET, 2010, p. 8):

a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2010, p. 9).

O autor também a correlaciona com o princípio da boa-fé, no sentido de auto vinculação dos atos e da proibição do retrocesso (SARLET, 2010, p. 12). Também fala da importante ligação com os direitos fundamentais (no que concerne seu núcleo e seu conteúdo em dignidade), visto que sua proteção só será possível onde houver o mínimo de segurança jurídica. (SARLET, 2010, p. 9)

As pessoas esperam do direito a estabilidade e continuidade a que ele se propõe. Para que o indivíduo se planeje e consiga vislumbrar um futuro ao menos delineado é necessário que o Judiciário seja coerente em seu trabalho de construção e atualização da norma jurídica, que diga apenas um direito e não vários. É necessário dar essa segurança às pessoas, essa previsibilidade das consequências não só de suas ações, mas também da reação de terceiros diante delas (MARINONI, 2010, p. 120).

O precedente judicial obrigatório é capaz de trazer maior estabilidade e ideia de continuidade do direito. Não se pode admitir que o judiciário seja “fracionado” no sentido de dizer e construir normas, muitas vezes, diametralmente opostas. É preciso que os juízes e tribunais respeitem suas próprias decisões e que tenham sempre os olhos lançados às dos tribunais superiores.

Ele pode trazer mais previsibilidade ao direito. Permite que as pessoas saibam qual é o direito e como tem sido aplicado pelos juízes e tribunais. Assim, o jogo jurisdicional deixa de ser um jogo às cegas e passa a ser dotado de maior racionalidade e coerência, apto a proporcionar aos jurisdicionados a justiça que perseguem.

O descontrole da disponibilização do direito e dos projetos de vida das pessoas com base nele acaba tornando-as mero instrumento da vontade estatal. (SARLET, 2010, p. 9). Sendo o homem a medida e o fim de todas as coisas, conforme pensamento kantiano, estar sujeito e destinado à mera vontade estatal, contraria essa aceção de dignidade. (KANT, 1969, p.7-8).⁴⁷

⁴⁷ “Lidamos (ou jogamos) aqui tão-só com ideias que a razão para si mesma cria, cujos objectos (quando elas os têm) se situam de todo para lá do nosso círculo de visão; embora excedam o conhecimento especulativo, nem por isso se devem, contudo, considerar como vazias em todas as relações; do ponto vista prático, são-nos dadas pela própria razão legisladora, não para cismarmos acerca dos seus objetos sobre o que são em si e segundo a sua natureza, mas para as pensarmos em vista dos princípios morais dirigidos para o fim último de todas as coisas (e assim elas, que de outro modo seriam inteiramente vazias, obtêm uma realidade prática objectiva): – temos, pois, diante de nós um campo livre para dividir este produto da nossa própria razão, a saber, o conceito universal de um fim de todas as coisas segundo a relação que ele tem com a nossa faculdade de conhecimento, e classificar as ideias que lhe estão subordinadas”. (KANT, 1969, p.7-8).

4.2. IGUALDADE

A igualdade é um dos elementos centrais da ordem constitucional brasileira e, inegavelmente, princípio estruturante de qualquer Estado Democrático de Direito.

Ela, pelas palavras de Zulmar Fachin, “é uma aspiração que reside permanentemente no coração das pessoas. Paradoxalmente, é a desigualdade que acompanha a trajetória concreta do homem na Terra.”. (FACHIN, 2015, 269).

Desse modo, lembremo-nos que tal princípio consta em todas as constituições brasileiras, desde 1824, o que confirma, em certo ponto, a afirmação de Norberto Bobbio, de que a igualdade é uma “aspiração perene dos homens vivendo em sociedade”. (BOBBIO, 2002, p. 8).

A igualdade está severamente ligada aos direitos fundamentais de forma geral, de modo que “não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade” (MIRANDA, 1988, 227), pois pressupõem caráter universal, além de igualitário.

No mesmo sentido defende Celso Antônio Bandeira de Mello que a “isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe”. (MELLO, 2002, p. 45).

Evidente que o caráter igualitário compreende a igualdade formal, relacionada a uma liberdade de cunho liberal, a igualdade diante da lei, e a liberdade material, de ordem social e econômica, a fim de modificá-las e corrigi-las. Desse modo, em nome da igualdade admite-se – ou melhor, exige-se- tratamento desigual em determinadas situações concretas.

Ademais, em sentido específico, o princípio da igualdade está intimamente ligado a muitos direitos fundamentais, como a própria liberdade, dignidade da pessoa humana, democracia, direitos sociais, entre tantos outros.

Por outro lado, e de necessário destaque, a igualdade guarda íntima relação com a justiça. Basta remontarmos às ideias de justiça de Aristóteles, há mais de 300 a.C, ou, também oportuno, as ideias que se seguiram de Hobbes, Rousseau, Marx, Rawls, dentre tantos outros pensadores modernos, para comprovarmos que ela, em diversas vezes, foi tratada como sinônimo de justiça. Podemos mencionar os escritos de Chaïm Perelman sobre justiça, que elenca sete, afirmando significar a justiça: (1) dar a cada um a mesma coisa; (2) dar a cada um segundo seus méritos; (3)

dar a cada um segundo suas oras; (4) dar a cada um segundo a posição ocupada; (5) dar a cada um segundo o que a lei atribui; e (6) dar a cada um segundo suas necessidades. (PERELMAN, 1996, p. 9-14).

Diante do exposto, destacam-se os pensamentos de Jorge Miranda. Primeiro ao afirmar que “pensar em igualdade é pensar em justiça” (MIRANDA, 1988, p. 225) e, mais adiante, ao analisá-la de forma esmerada, apontar três importantes aspectos de sentido de igualdade:

- a) Que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;
- b) Que igualdade significa proibição do arbítrio e intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça;
- c) Que a igualdade não é uma <<ilha>>, é <<parte do continente>>, encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material. (MIRANDA, 1988, p. 239).

O artigo 5º da Constituição brasileira diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Cabe indagar a quem é submetida observância ao princípio, às pessoas, aos órgãos administrativos e judiciais?

Aos ensinamentos de José Afonso da Silva, lembremo-nos que tal princípio vincula os Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e às pessoas, em suas relações privadas, sob a chamada eficácia horizontal do direito fundamental em questão.

No mesmo sentido assegura Jorge Miranda que o “princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e significa, do mesmo passo, criação de lei igual para todos e aplicação igual da lei”. (MIRANDA, 1988, p. 244).

Desse modo, José Afonso da Silva afirma que “o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei (...).” (SILVA, 1998, 221). Assim, o direito fundamental à igualdade impede a feitura de lei que o desrespeite, sob pena de nulidade da mesma.

Por esse lado, como apresenta Celso de Mello, “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” (MELLO, 2002, p. 9). Nesse sentido, apresenta-se como evidente limitação ao legislador, impondo observação e respeito.

A vinculação ao Executivo exige que a administração pública trate de modo isonômico os administrados, a conduzir casos semelhantes de modo igual, sob pena, também, de anulação de seus atos por ausência legalidade e legitimidade. (MEIRELLES, 1999, p. 635).

Sobre a vinculação dos tribunais à igualdade é o que aqui nos interessa mais, sem importar serem os outros mencionados menos importantes.

No direito brasileiro, os processualistas muitos se ocupam da igualdade processual. É dizer, a dedicação é imensa na literatura jurídica e na praxe forense no que concerne a garantir a igualdade entre as partes em meio ao processo judicial e no que concerne o acesso à jurisdição.

A igualdade dentro do processo é a “paridade de armas” entre as partes, relacionado ao contraditório. A igualdade quanto ao acesso à jurisdição assegura a todos o acesso ao Judiciário e impõe tratamento diferenciado àqueles que apresentam dificuldade econômica. Sob esse último aspecto, menciona-se a isenção de custas processuais, a nomeação de um defensor, entre outros.

No entanto, o direito a igualdade relacionado ao Judiciário é tratado apenas por essas questões processuais. E aí afirma Marinoni haver uma grave lacuna. E questiona: “Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais?” (MARINONI, 2013, p. 142). Para mais, acrescentamos: a igualdade de tratamento judicial igual a casos semelhantes só pode ser exigida mediante a existência de uma doutrina como o *stare decisis* ou a própria ordem constitucional brasileira permite agir desta forma?

José Afonso da Silva, ao tratar da igualdade jurisdicional, fala sob dois prismas, sendo um deles a “interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei”. (SILVA, 1999, p. 221).

Jorge Miranda também trata do tema. Afirma que

As diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais não-de justificar-se, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que se não apresente arbitrária ou desrazoável, por isto ser contrário à justiça e, portanto, à igualdade (...). (MIRANDA, 1988, p. 248).

Tratar um jurisdicionado de forma diferente de outro em caso semelhante é desrespeitar a igualdade assegurada constitucionalmente e ir de encontro com a própria justiça. Os jurisdicionados devem ser tratados de modo igual, a não ser que haja

uma questão material, ou seja, que aquela decisão diferente tenha sido proferida para estabelecer a igualdade pela sua vertente material.

A única justificativa em dar tratamento desigual a situações semelhantes no processo judicial é se for para, justamente, assegurar a igualdade material, a igualdade pela lei, quando assim permita. Do contrário, o Judiciário proferir sentenças a tratar com desigualdade casos iguais, ausente da causa material, é uma latente violação ao princípio da igualdade assegurado a todos pela Constituição, e, claro, às pessoas na condição de jurisdicionadas.

4.3. COERÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA

A ordem jurídica é uma ordem, evidentemente, normativa. Neil MacCormick aponta que ela se estabelece

quando a vida em uma determinada sociedade segue seu curso de uma maneira ordenada e com uma razoável segurança de expectativas comuns entre as pessoas, sobre as bases de uma observância razoável das normas de conduta aplicável pela maior parte das pessoas. (MACCORMICK, 2008, p.3).

Pressupõe, dessa forma, um conjunto de normas minimamente organizado e sistematizado.

A coerência é característica ideal e de grande desejo do sistema jurídico ao lado de todas as outras características ideias do direito, como a justiça substantiva, por exemplo. (MACCORMICK, 2008, p.265).

No entanto, a coerência dessa ordem jurídica parece ir muito mais além de normas gerais e abstratas não serem contraditórias entre si. Nesse sentido, conforme MacCormick, “há razões (informação adequada a pessoas afetadas pelo Direito, relativa a clareza do Direito e previsibilidade razoável a sua aplicação) para que o Direito deva se expressar por meio de regras relativamente detalhadas” (MACCORMICK, 2008, p.263), que devam ser interpretadas como se estivessem a serviço de um conjunto de valores compatíveis entre si. (MACCORMICK, 2008, p.264).

Veja, se a coerência do ordenamento é almejada pelo sistema jurídico e sua primeira justificação é que não existam normas contraditórias, o Judiciário, ao interpretar e aplicar essas normas deve manter a coerência. De igual modo, as decisões do Poder Judiciário que forem incoerentes, sentenças e acórdãos que sejam contrários entre si, trarão incoerência ao Direito, afetando também previsibilidade e clareza

perquirida pelo ordenamento. Desse modo, há de se constatar que não há coerência no direito que se expressa por meio de decisões que tratam casos iguais de forma desigual.

Mesmo que a ideia de um sistema que se inter-relacione de modo sistemático seja um modelo ideal, aqueles que cuidam da construção ou reconstrução racional das normas não podem afastar-se desse ideal e devem busca-lo em suas atividades, mesmo que nunca seja perfeitamente realizável.

A coerência está intimamente ligada com a ideia de sistematicidade do sistema jurídico, pois, para que sejam sistêmicas, as normas devem ser coerentes entre si, pois almejam um mesmo propósito, uma mesma finalidade.

Ademais da coerência entre normas e decisões não contraditórias no ordenamento jurídico, a racionalidade do sistema jurisdicional brasileiro que se firma em juízes e tribunais, exige uma jurisprudência estável e o inevitável respeito dos juízes de primeiro grau frente aos tribunais.

Se atuamos mediante dita estrutura jurisdicional, não seria lógico o juiz de primeiro grau decidir sem considerar as decisões do tribunal, o que faria, necessariamente, do tribunal o ponto último do processo, fazendo com que as partes chegassem a ele sempre para ver seu direito assegurado.

Veja, se se tem uma jurisprudência coerente e previsível a parte que teve negado seu direito em primeiro grau e conhece do direito do tribunal, não recorrerá. Primeiro porque o primeiro grau e o tribunal são coerentes entre si, segundo porque se sabe como é que o tribunal decide determinada situação. Agora, não havendo jurisprudência minimamente estável e previsível e decidindo o juiz de primeiro grau sem respeitar qualquer decisão dos tribunais, a parte perdedora, claro, que recorrerá ao tribunal para, quem sabe, ter seu direito reconhecido. É como um jogo as escuras em que se torce para cair nesta ou naquela Turma, pois costumam ter posicionamentos dispare em relação às demais.

Desse modo, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni, “o respeito aos precedentes, nesta dimensão, fundamenta-se apenas na lógica do próprio sistema judicial.” (MARINONI, 2013, p.165). Não é coerente prevermos um duplo grau de jurisdição e permitir, mediante incoerência entre as decisões e falta de previsibilidade, que todo processo tome termo somente pela decisão do tribunal, negando, de certa forma, poder ao juiz de primeiro grau. Tornando o direito mais previsível e coerente entre si, em diversos casos não haverá necessidade de recorrer ao tribunal, pois se

conhece a jurisprudência, o que confere maior poder ao juiz de primeiro grau e menos gastos desnecessários.

Por outro lado, também é permitir incoerência ao direito quando o ordenamento jurídico confere competência aos Tribunais Superiores de interpreta-lo e os tribunais e juízes inferiores não respeitam suas decisões nesse sentido.

Portanto, o precedente judicial obrigatório é um modo de permitir a coerência normativa do sistema, no sentido de não haver normas contrárias sendo ditas pelo Poder Judiciário e também a coerência do ordenamento no sentido de manter a atuação lógica dos Poderes, no caso o Judiciário, em que os juízes de primeiro grau, além de se vincularem ao que decidiram em tempo pretérito, sejam vinculado também pelo que os tribunais e tribunais superiores decidam.

4.4. A RESISTÊNCIA À TEORIA DO PRECEDENTE NO BRASIL: RAZÕES HISTÓRICO-CULTURAIS

Como visto, inúmeras são as razões para conferir respeito aos precedentes judiciais. Igualdade, segurança jurídica e coerência do ordenamento jurídico foram somente algumas dessas escolhidas, entendendo serem as mais marcantes, para compor um pequeno rol neste trabalho.

Muitas outras poderiam ter sido mencionadas, como a garantia da imparcialidade do juiz, a possibilidade de orientação jurídica, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, maior facilidade de aceitação da decisão, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição para a duração razoável do processo, diminuição de despesas, mais eficiência do Poder Judiciário (MARINONI, 2013, p. 172-187), dentre outras.

Razões não faltam, tampouco estudo na área para fundamentá-las.

A questão que se levanta é por que o precedente judicial no Brasil enfrenta tantas dificuldades de aceitação? Pois veja, se se comprova que o sistema jurídico não é capaz de dar segurança jurídica às pessoas ou que o Judiciário utiliza de tratamento desigual em seu trabalho jurisdicional ou torna o direito incoerente e, por outro lado, se demonstra que um instituto, no caso o precedente judicial, pode resolver muitas dessas deficiências, por que não aderi-lo?

Dentre tantas críticas levantas contra o precedente judicial obrigatório, muitas, claro, muito bem fundadas, parece restar por trás uma questão que vai além das questões jurídicas.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, em sua majestosa obra *A Ética dos Precedentes*, demarca ser a chegada do

momento de discutir os motivos pelos quais, apesar da evolução do nosso direito, muitos convivem com naturalidade com um direito incoerente e com um sistema despido de racionalidade, incapazes de propiciar a previsibilidade, a igualdade e a liberdade. (MARIONONI, 2014, p. 12).

Apoiado nas ideias weberianas, Marinoni busca demonstrar a influência dos valores religiosos no desenvolvimento do capitalismo e do direito e, mediante percepção de Sérgio Buarque de Holanda, que também parte da linha weberiana, analisa a questão religiosa na cultura brasileira e o modo do brasileiro de se relacionar com a administração pública.

Pois então, embora na seara jurídica estejamos convencidos da necessidade e possibilidade do precedente obrigatório no Brasil, existem razões históricas e culturais enraizadas em nosso “gene social”, as quais determinam nossa relação com o direito, com a coisa pública, etc., e nos torna resistentes à cultura do precedente judicial.

4.4.1. A Ética Protestante, o Capitalismo e o Direito

Diante do exposto, de Max Weber é possível extrair grandes análises elaboradas, tal qual, primeiramente, a diferenciação na ocupação de cargos laborais entre protestantes e católicos, a influência do protestantismo na construção do capitalismo e o influxo de ambos no direito.

Em sua obra, *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*, no primeiro capítulo, *Confissão religiosa e estratificação social*, Max Weber demonstra que a atuação dos protestantes na propriedade do capital e nos postos de trabalhos mais elevados nas indústrias, no comércio e nas empresas é superior à porcentagem do resto da população. (WEBER, 2004, p. 29-37).

Aponta:

“(...) o caráter predominantemente *protestante* dos proprietários do capital e empresários, assim como das camadas superiores da mão-de-obra qualificada, notadamente do pessoal de mais alta qualificação técnica ou comercial das empresas modernas.” (WEBER, 2004, p. 29).

A justificativa para tal sobrelevo está, em partes, em questões históricas como, por exemplo, a posse de capital, ligada à questão hereditária, e uma educação mais custosa e de qualidade elevada.

Nesse sentido, essas questões justificam o fato de que em países católicos e protestantes há maior número desses últimos nos bancos universitários. No entanto, não justifica o desinteresse dos bacharelados católicos pela vida burguesa dos negócios, pela aquisição capitalista, tampouco por revelarem tendências para o artesanato e não ao trabalho em fábricas, postos administrativos, etc., como notadamente são as escolhas dos protestantes. (WEBER, 2004, p. 32-34).

O que pretende Weber com essa análise é demonstrar que a razão para essa disparidade de comportamento dá-se pela questão religiosa e não por questões exteriores, como as históricas-sociais apontadas anteriormente. Busca comprovar que essas distinções dos dois grupos diante das posições sociais e detenção econômica que apresentam são determinadas pela educação religiosa que receberam.

É preciso compreender que a Reforma eliminou a dominação eclesiástica, o que trouxe mudanças aos cultos religiosos e na externalização da fé. Também significou inovação de alguns dogmas como, principalmente, a questão da *salvação* e da *vocação*.

O protestantismo ascético, o qual trata Weber, vale dizer, é o compreendido em quatro espécies: o calvinismo, o pietismo, o metodismo e aquele nascido dos movimentos anabatista. Sem pretender esmiuçar as questões religiosas de cada uma dessas vertentes, nos atentaremos às questões principais do protestantismo ascético que permita compreender sua influência no capitalismo e no direito.

Nesse sentido, a teologia protestante foi “uma das manifestações mais importantes da filosofia individualista” (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 48). Primeiro, ao eliminar “toda mediação mágica ou sacramental na relação Deus homens” (SOUZA, 1999, p. 27), a salvação e a graça, então, não é mais dada pela Igreja, mas advém do próprio indivíduo, que passa a depender unicamente de si e não mais do eclesiástico conquista-la.

Veja, o crente era o único que poderia determinar sua salvação através do “cumprimento dos deveres intramundanos”, que era “a única via de agradar a Deus em todas as situações” (WEBER, 2004, p. 73). Enquanto que pelo catolicismo pertencer “à verdadeira Igreja fosse uma condição necessária inerente à salvação, a relação do calvinista com seu Deus se dava em profundo isolamento interior”. (WEBER, 2004, p. 97).

Se antes a salvação se dava por questões divinas externas ao indivíduo, atrelado aos rituais e cerimônias, agora a salvação se dava por si mesmo, por mérito próprio, sem mediação da igreja, o que trazia, então, à ideia de salvação “enorme responsabilidade individual para o protestante e transferência paternalista para católico” (PAIVA, 1999, p. 259).

O que se viu, desde então, foi a valorização do dever profissional, conferindo ao trabalho caráter religioso. O trabalho era a salvação e a profissão passou a ser vista como dever, (WEBER, 2004, p. 47), um dever religioso.

O calvinismo, em especial, mantinha uma doutrina de predestinação que, em síntese, entendia que todos os homens estavam ou condenados ou eleitos divinamente. Estes teriam a comprovação de sua eleição por meio do trabalho profissional. Os atos cotidianos comprovariam que era o eleito para a salvação, o que conferiu certa racionalização da conduta do homem o mundo.

Por outro lado, essa ideia de trabalho como um dever religioso para comprovar sua fé e eleição para salvação acabou sendo um precursor do capitalismo moderno.

Desse modo, o “protestantismo, além de libertá-los da condenação religiosa, converteu em virtudes, as motivações interesseiras e egoístas estigmatizadas pela Igreja medieval” (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 48). O cristianismo que condenava a extravagância, o acúmulo desnecessário de riquezas e educava para a indiferença aos bens materiais fora afastado da ética protestante⁴⁸, que tornou esses fatos dignos e demonstrantes do êxito do dever intramundano.

Para o calvinista, comprovar que o indivíduo era o escolhido para a salvação não se dava mediante seu comportamento no mundo, mas pela fé. O crente deve ter confiança em Cristo, certeza do seu estado de graça, tornando

um dever *considerar-se* eleito e repudiar toda e qualquer dúvida como tentação do diabo, pois a falta de convicção, afinal, resultaria de uma fé insuficiente e, portanto, de uma atuação insuficiente da graça. (WEBER, 2004, p. 101).

⁴⁸ Vale, aqui, lembrar, que o protestantismo também condenava o acúmulo de riquezas, a ambição e a posse de bens e dinheiro. No entanto, o que se condenava era o descanso sobre a posse e gozar da riqueza pelo ócio e prazer carnal. O trabalho era o fim estabelecido por Deus e a riqueza deveria ser apenas consequência dele. Viviam a ideia do “é proibido comer sem trabalhar”, sendo o trabalho um dever (religioso) tanto dos mais ricos quanto dos mais pobres. Ver: WEBER, Max. A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 141-167.

A doutrina da predestinação trazia a ideia de ter certeza da eleição mediante a luta individual diária de cada um, sendo o trabalho profissional sem descanso “o meio mais saliente para se conseguir a autoconfiança. Ele, e somente ele, dissiparia a dúvida religiosa e daria a certeza do estado de graça”. (WEBER, 2004, p. 102).

A valorização do trabalho profissional árduo como modo de comprovação da salvação foi uma alavanca ao modo de vida que Weber veio a chamar de “espírito do capitalismo”. Legitimou o lucro e “abençoou” a vida do empresário burguês, bem como validou a repartição desigual dos bens e o trabalho mal remunerado, sendo esse último, apazíveis a Deus, desde que leais.

Em outras palavras, as ideias do protestantismo serviu como poderoso veículo de expansão econômica, favorecendo o acúmulo de capital e sustentando, sobremaneira, o modo de operar do capitalismo moderno.

Veja, a salvação do indivíduo não dependia mais da Igreja, a não ser de si mesmo. Dependia de sua crença, de sua suficiente fé a entender ser escolhido por Deus para a salvação. Nesse sentido, teria essa comprovação por meio do trabalho árduo, que lhe traria confiança da eleição. Essa forma ética de conduzir a vida permitiu ao indivíduo controlar seu estado de graça e também o comportamento de Deus:

a exemplo do que fazia com seu comportamento, mais tarde o puritano passou a controlar também o de Deus e enxergava seu dedo em cada pormenor da vida. E daí (...) sabia por que Deus tomara tal ou qual disposição. A santificação da vida quase chegava a assumir um caráter de administração de empresa. (WEBER, 2004, p. 113).

A doutrina da predestinação trouxe severa racionalidade à vida do puritano, mediante sua conduta ética metodicamente racionalizada. Inclusive, controlando seu estado de graça, interpretava “as sentenças da Bíblia ‘como os parágrafos de um código de leis’.” (WEBER, 2004, p. 149) e valorizavam, sobremaneira, “a *justeza formal* como marca distintiva da conduta agradável a Deus”. (WEBER, 2004, p. 150).

O crente precisava saber quais ações agradariam a Deus e permitiriam comprovar sua eleição. Por isso, é preciso de regras que disciplinem suas vidas. Desse modo, “a previsibilidade do direito é imprescindível para que se possa exercer a profissão de modo adequado, obtendo-se, dessa maneira, um *resultado* que constitua sinal de eleição”, o que significa que “os valores do protestantismo, do mesmo modo que têm íntima relação com o ‘espírito’ do capitalismo, igualmente podem ser associados à racionalidade do direito”. (MARIONONI, 2014, p. 26). As pessoas querem

vislumbrar a sua salvação mediante o trabalho e o direito precisa dar previsibilidade e segurança nessa atuação intramundana.

Nesse sentido, embora não se possa dizer que a racionalidade do direito tenha advindo do protestantismo ascético ou nele identificado sua principal causa, não se pode negar que seu modo de viver, sistemático e racional, tenha coincidido com o “espírito do capitalismo”, contribuindo para seu desenvolvimento, bem como para a racionalização do direito.

Por isso, vê-se, que o

aprimoramento dos negócios é uma busca racionalmente orientada a partir de valores religiosos e se, para tanto, é imprescindível a racionalidade e a previsibilidade do direito, é pouco mais flagrante a relação entre os valores do calvinismo e a racionalidade do direito. (MARIONONI, 2014, p. 29).

Nesse sentido, por outro lado, é inegável a influência que o modo econômico exerce no direito. Nesse sentido, Max Weber dispõe que

os fatores econômicos desempenharam um papel, na medida em que a racionalização da economia, na base da relação associativa de mercado e dos contratos livres, (...) promoveu fortemente tanto o desenvolvimento da racionalização específica do direito como tal quanto o desenvolvimento do caráter institucional da associação política (...). (WEBER, 1999, p. 11).

Tem-se claro que “(...) as qualidades do direito (...) repercutem fortemente na forma assumida pela economia.”. (WEBER, 1999, p. 11).

Portanto, o capitalismo precisa de racionalidade e previsibilidade para operar. Ele precisa “de um direito calculável, de modo similar a uma máquina; os pactos religioso-rituais e mágicos não podem ter importância alguma”. (WEBER, 2006, p. 95).

Desta forma, o mercado precisa de planejamento e terá terreno fértil em ambientes que confirmem previsibilidade e que sejam baseados em princípios impessoais.

Como visto, Max Weber fala em racionalidade do direito. No entanto, cumpre observar que aborda a racionalidade traçando diferenciações com relação ao grau e a natureza. Nesse sentido, trata do direito formalmente irracional, substancialmente irracional, substancialmente racional e formalmente racional, que correspondem aos estágios de evolução histórica do Direito.

O primeiro, o direito formalmente irracional, é aquele que cria e aplica o direito por meios que não podem ser controlados pela razão, está relacionada a revelações proféticas, a exemplo, a consulta ao oráculo. (WEBER, 2006, p. 12).

O direito substancialmente irracional permite decisões de natureza ética emocional ou política, ao invés de serem baseadas em normas gerais. (WEBER, 2006, p. 12).

Em terceiro, no direito substancialmente racional as decisões são embasadas em leis ou critérios representantes de um pensamento externo, religioso ou relativo a alguma ideologia política, a depender da compreensão de seus princípios orientadores.

No entanto, as três diferenciações de direito ora apontadas, não são capazes de tornar o direito racional. Para Weber, o modelo que confere maior racionalidade ao direito é o formalmente irracional. Nesse sentido, afirma que “o direito racional do Estado ocidental moderno, segundo o qual decide o funcionalismo especializado, origina-se em seus aspectos formais, mas não no conteúdo, no direito romano”. (WEBER, 1999, p. 518).

Veja, o direito formalmente racional seria aquele sistematizado e uniformização em grandes codificações (WEBER, 1999, p. 123-125).

Diante desse pensamento, surge uma importante questão a ser esclarecida. A Inglaterra é o berço do capitalismo e em sua formação ética o protestantismo aparece com significativa força. Seria a Inglaterra uma exceção de desenvolvimento do capitalismo sem um direito “calculável”, já que o sistema precedentalista por ela adotado não é formalmente racional? O precedente judicial não é capaz de dar previsibilidade e racionalidade ao direito?

Neste ponto, cumpre dilucidar que para Weber racionalidade e previsibilidade não se confundem. A previsibilidade decorre de um sistema abrangente e organizado, sistemático, (WEBER, 1999, p.11-13) e não necessariamente de um sistema formalmente racional, como os grandes códigos. Então, por sua ótica, a previsibilidade pode existir em sistemas que não são formalmente racionais.

Por outro lado, pode-se dizer, ancorado no próprio Weber, que o sistema de precedentes também tem um aspecto formal. É o que confirma quando diz que “Na área do direito privado o *common law* e o *equity* são, sem dúvida, em grande parte, ‘formalistas’ na aplicação prática, já em virtude da vinculação a precedentes judiciais” (WEBER, 1999, p. 150).⁴⁹

⁴⁹ Neste ponto, discordamos de Luiz Guilherme Marinoni quando, em *A Ética dos Precedentes*, alega que tal afirmação deve ser lida como sinônimo de previsibilidade. No escrito de Max Weber, *Economia e Política*, volume II, parece não restar dúvida quanto à compreensão do autor de que o direito Inglês é um direito irracional, ausente de racionalidade formal. Isso se comprova em inúmeras passagens da referida obra. Mas, no entanto, como pretendemos desenvolver, entendemos, não pelos mesmos argumentos que

Embora, em um aspecto geral, o sistema de precedentes não detenha uma natureza de direito formalmente racional como a Europa continental, seu sistema de fundamentação e respeito às decisões anteriores também forneceu ao capitalismo e à ética protestante caminhos previsíveis para que se desenvolvessem e caminhassem segundo suas exigências premeditadas.

É inegável que o capitalismo, na Inglaterra, teve terreno fértil para seu desenvolvimento. Para tanto, devemos lembrar, conforme Hunt & Sherman em “História do Pensamento Econômico” que o sistema capitalista se instalou quando

Em lugar dos costumes e tradições o mercado e a busca de lucros monetários passaram a determinar como seriam divididas e executadas as tarefas produtivas bem como as oportunidades de trabalho proporcionadas. Quando isso ocorreu, o sistema capitalista estava criado. (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 28)

E, tal cenário de “criação” é perfeitamente visto na Inglaterra no século XVI, quando esse sistema definitivamente se instalou. Também se deve mencionar a hegemonia conquistada pela Inglaterra no mercado mundial de produtos têxteis ainda no século XV. (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 29).

Portanto, não se trata de uma exceção o capitalismo desenvolver-se, sobremaneira, num ambiente jurídico que não é dotado, de modo geral, de racionalidade formal, justamente porque o que o capitalismo exige é previsibilidade, assim como a ética protestante, e o sistema precedentalista supriu tal exigência a ambos.

Ademais, embasado em Max Weber, dizer que o sistema de precedente não é formalmente racional, não quer dizer que seja um direito irracional, apenas que não cumpre com as exigências formais de grandes códigos sistemáticos aplicados pela lógica, mas que, assim como aqueles da Europa continental, o direito precedentalista também propiciou ambiente seguro para o desenvolvimento do capitalismo e vivência da ética protestante em razão de ser um direito previsível, pois deve respeito às decisões anteriores e superiores.

Percebe-se, então, que as ideias de segurança jurídica e previsibilidade são exigências muito severas do modelo capitalista que adotamos e também da vida

Luiz Guilherme Marinoni, que racionalidade não quer dizer previsibilidade e que, o direito Inglês permite a previsibilidade mediante o uso do precedente - o que Max Weber não nega - e o que corrobora com o fato histórico de que a Inglaterra é o berço do capitalismo e permitiu sua significativa expansão justamente em um direito formalmente irracional - embora haja a característica formal no “direito privado”, como quer Weber - justamente em razão da capacidade de oferecer previsibilidade que o sistema tem.

protestante, o que influenciou diretamente o Direito. No entanto somos submetidos, constantemente, à falsa ideia de que a previsibilidade e segurança jurídica só podem ser asseguradas por grandes códigos e um arcabouço de leis escritas. É tão equivocado tal pensamento que, a *prima facie*, já se torna incompreensível como o capitalismo tão bem se expandiu em sistemas alheios a esses, como é o caso da já mencionada Inglaterra e também dos Estados Unidos.

O precedente judicial é capaz de dar tanta previsibilidade às pessoas, razão pela qual o capitalismo não esbarrou em dificuldades para se desenvolver na Inglaterra, muito pelo contrário, teve lá terreno fértil para tanto.

4.4.2. Cultura Personalista e Patrimonialista e a convivência com o um Direito irracional

Sérgio Buarque de Holanda em sua brilhante obra *Raízes do Brasil* escrita em 1936, a beira de um século vindouro, resplandece a atualidade das análises ali feitas quanto às prevalências culturais no Brasil.

Estabelece o autor distinção entre as tradições ibéricas e anglo-saxã, situando o Brasil nas peculiaridades advindas da Península Ibérica e identifica aqui a “cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais”. (HOLANDA, 1995, p. 32).

A cultura do personalismo é a sobreposição da autonomia individual pela comum, identificando um desinteresse em objetivos que não os pessoais. (HOLANDA, 1995, p. 31-34). Pode-se dizer que é o oposto ao associativismo, o qual bem descreveu Tocqueville⁵⁰ ser, em síntese, a prevalência de interesses da sociedade para realização de fins comuns, o que propicia maior coesão social.⁵¹

⁵⁰ O autor identificou na sociedade estadunidenses a característica do associativismo: “Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, se unem sem cessar. Não apenas têm associações comerciais e industriais de que todos participam, mas possuem além dessas mil outras: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e minúsculas; os americanos se associam para dar festas, fundar seminários, construir albergues, erguer igrejas, difundir livros, enviar missionários aos antípodas; criam dessa maneira hospitais, prisões, escolas. Enfim, sempre que se trata de pôr em evidência uma verdade ou desenvolver um sentimento com o apoio de um grande exemplo, eles se associam.” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 131).

⁵¹ Vale destacar, ademais, a importância do associativismo para a democracia apontado pelo autor: “Assim, o país mais democrático da terra é aquele, dentre todos, em que os homens mais aperfeiçoaram em nossos dias a arte de perseguir em comum o objeto de seus desejos comuns e aplicaram ao maior número de objetos essa nova ciência. (...) As sociedades aristocráticas sempre encerram em seu seio, no meio de uma multidão de indivíduos que nada podem por si mesmos, um pequeno número de cidadãos poderosíssimos e riquíssimos; cada um deles pode executar sozinho grandes empreendimentos. Nas

Em contraponto à ética do trabalho, há, nesses povos que aqui colonizaram, a valorização da coragem e do espírito de aventura, razão pela qual identifica que “O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho”. (HOLANDA, 1995, p. 49).

De tal afirmativa, se nota a latente diferença entre a ética do protestantismo e esta, enraizada no catolicismo, que, em especial na Espanha e em Portugal, jamais se estabeleceu “a moderna religião do trabalho e apreço à atividade utilitária. Uma digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e até mais nobilitante (...) do que a luta insana pelo pão de cada dia.”. (HOLANDA, 1995, p. 38). Desse modo, “nenhuma elaboração política seria possível senão fora dela, fora de um culto que só apela para os sentimentos e os sentidos e quase nunca para a razão e a vontade”. (HOLANDA, 1995, p. 150).

Em verdade, “o que ambos admiram como ideal é uma vida de grande senhor, exclusiva de qualquer esforço, e qualquer preocupação” (HOLANDA, 1995, p. 38), importando o ócio e o amor mais do que qualquer atividade produtiva.

Esse modo de vida identificado na cultura Ibérica deu aos indivíduos características que muito importa a análise que aqui se pretende fazer: a exaltação extrema da personalidade, a paixão e a intolerância a compromissos. (HOLANDA, 1995, p. 39).

Em lugares onde não tenha uma moral de trabalho – ou qualquer outra que influencie e seja comum a muitos indivíduos - muito raramente se encontrará ordem e tranquilidade entre os cidadãos, em razão de não haver necessária harmonia de interesses. Também, nesses ambientes, depara-se com profunda dificuldade de coesão da vida social e em cumprir ordens.

Quando há uma organização racional dos homens, como a busca e valorização pelo trabalho faz, a coesão social e a organização se dão mediante isso, essa moral maior. No entanto, o que se passa nesses países, Portugal, Espanha e também no Brasil, é que se cria unicamente vínculos familiar e entre amigos, que são restritos e particularistas.

sociedades aristocráticas, os homens não precisam se unir para agir, porque são mantidos fortemente juntos. (...) Nos povos democráticos, ao contrário, todos os cidadãos são independentes e fracos; não podem quase nada por si mesmos e cada um deles não poderia obrigar seus semelhantes a lhe prestar seu concurso. Assim, caem todos na impotência se não aprendem a se ajudar livremente.”. (TOCQUEVILLE, 2004, p. 132).

Nesse sentido, “essa solidariedade, entre eles, existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico e entre amigos”. (HOLANDA, 1995, p. 39).

Veja, não há interesse solidário entre pessoas em razão do trabalho, o que impulsionaria uma organização racional. Muito pelo contrário, a organização nesses países, como no Brasil, é erguida por sentimentos e interesses advindos dos recintos domésticos e de relações entre amigos.

Desse modo, inevitavelmente, esse modo cultural de atuar, inevitavelmente, atinge também a administração pública

em que o cargo era exercido em proveito do funcionário e para beneficiar aqueles que com ele tinham ligação, não havia qualquer possibilidade de conjugação de esforços para a realização dos interesses objetivos da instituição. (MARINONI, 2014, p. 90).

E aí se chega a um ponto de extrema importância. À essas características trazidas de fora se somam as particulares aqui encontradas, advindas das nossas heranças rurais. No seio dessas famílias estava o pátrio poder, ilimitado e circunstado de um isolamento que não admite intervenções externas ao seu poder.

Desse modo, “o quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública”. (HOLANDA, 1995, p. 82).

E, diante disso, o inevitável:

A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. (...) O resultado era predominarem, em toda vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família. (HOLANDA, 1995, p. 82).

A isso chama Weber, que bem trabalha Sergio Buarque de Holanda, de *patrimonialismo*, o qual se caracteriza, no âmbito da administração pública, justamente essa confusão, indistinção entre o que é público e o que é privado. No entanto, se perfaz não somente na questão patrimonial, mas também de interesses, trazendo conteúdos privados ao poder político.

Esse modo de organizar-se e tratar a coisa pública é também herança lusitana, que tão bem se instalou e se aperfeiçoou nas terras brasileiras.

Lembremos, como faz Raymundo Faoro, a origem desse modo de organização. Remontando ao Estado português, identifica-se que a Coroa Portuguesa

detinha grande patrimônio rural, “cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, aplicado a produtos nas necessidades coletivas pessoais, sob as circunstâncias que distinguiram mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe.”. (FAORO, 1998, p. 4).

Observa-se, que a sociedade brasileira decorre de uma estrutura patriarcal, coincidente com as ideias de Max Weber, ao ter em conta que dita estrutura

em sua essência, não se baseia no dever de servir a determinada ‘finalidade’ objetiva e impessoal e na obediência de normas abstratas, senão precisamente no contrário: em relações de piedade rigorosamente pessoais. (WEBER, 1999, p. 234).

Essa estrutura familiar advém de um tipo de dominação legítima que desenvolve Weber, a tradicional⁵², que é aquela que vê as tradições, mandamentos e poderes senhoriais como algo santificado e, portanto, representam uma autoridade. Essa autoridade é mantida não por leis ou modo de vida racional, mas por costumes, que correspondem à vontade do Senhor.

E, essa dominação patriarcal, segundo Weber, é o tipo mais puro da dominação tradicional.

Veja, o modo com que as famílias se organizam tomam parte também da esfera pública, extrapolam a privada. E o patrimonialismo é justamente a dificuldade de diferenciar o público do privado.

De modo especial, o que ocorreu no Brasil foi que “a mentalidade da casa-grande invadiu assim as cidades e conquistou todas as profissões, sem exclusão das mais humildes.”. (HOLANDA, 1995, p. 87).

O patrimonialismo, então, somado à cultura personalista, também deflagrada aqui, evidencia uma cultura que tem dificuldade de ser impessoal e que leva o modo de vida privado para todos os âmbitos da sociedade, inclusive à vida pública. A forma como o senhor resolvia as questões públicas, mediante considerações pessoais, é levada também à administração pública.

Espelhados nesse poder, a comunidade política se expande a partir da comunidade doméstica (MARINONI, 2014, p.79). E, no âmbito público, o que se observa é que não há separação “entre as esferas privada e oficial, uma vez que a

⁵² Para compreender melhor as formas de dominação legítimas desenvolvidas por Max Weber, ver: WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (org.); FERNANDES, Florestan (coord.). WEBER. São Paulo: Editora Afiliada, 1999, p. 128-141).

administração, na dominação patrimonial, é problema exclusivo – é patrimônio – do senhor”. (MARINONI, 2014, p. 81).

Ademais, a dificuldade do brasileiro em se utilizar da impessoalidade é algo a se merecer destaque. Ditadas por uma ética de fundo emotivo, o brasileiro manifesta respeito no desejo de estabelecer intimidade (HOLANDA, 1995, p. 148).

Essas características não revelam grande espanto quando olhamos para as instituições públicas brasileira de um modo geral. A impessoalidade, a dificuldade em cumprir ordens, a tomada de decisões por preferências pessoais e emotivas, a ausência de uma coesão social embasada em uma ética social geral, se espelha por todas as partes no Brasil, inclusive no Judiciário.

Desse modo, quando se faz essa vinculação entre patrimonialismo e Poder Judiciário, “faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas”. (MARINONI, 2014, p. 80). Eis aí umas das causas de enorme resistência em se adotar precedentes no sistema brasileiro.

No entanto, tem-se um comportamento pessoal - pois “as relações que se criam na vida doméstica sempre fornecem o modo obrigatório de qualquer composição social entre nós” (HOLANDA, 1995, p. 146) - hostil à impessoalidade e a qualquer racionalidade formal, que talvez revele, pela negativa a um sistema judicial igual e previsível, “um interesse de várias posições sociais, inclusive de grupos de juízes e de parcela de advogados”. (MARINONI, 2014, p. 15).

Acostumados a um ambiente íntimo, ligado a favores à família e amigos, muito se justifica a resistência à lei “mediante o uso das suas relações e um sistema que ecoa a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo a tratamento diferenciado das pessoas como algo natural.” (MARINONI, 2014, p. 15).

E mais, o personalismo no Judiciário brasileiro é evidenciado na dificuldade de ter uma visão institucional do Judiciário, em se comprometer com objetivos gerais, a própria negação ao precedente judicial obrigatório, mediante argumentos de “livre convencimento” ou “independência do juiz”.

Ademais, com respeito à ausência de uma ética do trabalho - ou qualquer outra que associe as pessoas a um fim comum – não houve a racionalização da vida e, conseqüentemente, o anseio um direito racional. Admitimos um direito irracional, adverso à unidade, em que o Judiciário, constantemente, desrespeita suas próprias decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, diante de tudo que se investigou e se expôs nessas linhas, cabe concluir que:

1. O positivismo jurídico deve ser compreendido em três dimensões: como ideologia, teoria e modo de estudar o direito;
2. A teoria do positivismo jurídico não só admite como exige uma teoria do precedente judicial para que a jurisprudência assuma seu lugar como fonte do direito;
3. A historicização da teoria das fontes do direito é imprescindível para compreender o que levou a transferência de uma pluralidade de fontes, constante na Idade Média, para uma fonte única de direito, na Modernidade;
4. Entendeu-se que a ideia de a lei ser a única capaz de imprimir segurança jurídica, previsibilidade, certeza e coerência jurídica adveio de uma ascensão do individualismo, trazido pelas ideias jusracionaisistas, que culminaram nas grandes revoluções burgueses-liberais, e configuram mitologias jurídicas da modernidade;
5. Depreende-se não se sustentar mais o absolutismo jurídico, trazido pela modernidade, pelo que se propõe o resgate de pluralidade de fontes do direito;
6. É imperioso haver respeito aos precedentes judiciais no Brasil para garantir o princípio constitucional da igualdade, a segurança jurídica e a coerência da ordem jurídica;
7. Reveste-se de importância a tarefa de conceituar e compreender a forma de aplicação do precedente judicial, bem como sua revogação, modificação, força e eficácia;
8. Os precedentes judiciais desempenham funções notadamente distintas no *civil law* e no *common law*;
9. O *civil law* tem sofrido muitas mudanças, principalmente, no que concerne a atuação do Poder Judiciário, o qual passou a deter mais força, não se limitando mais em conceber o juiz “boca da lei”;
10. A partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, teve forte desenvolvimento a teoria hermenêutica jurídica, bem como se verificou a rápida expansão do Poder Judiciário. Nesse contexto, assume grande importância o estudo dos precedentes judiciais.

11. A atribuição de força obrigatória aos precedentes judiciais sofre severas críticas da doutrina. Tal qual a violação do princípio dos três poderes, a violação da independência dos juízes e em configurar obstáculo para decisões que atendam às mudanças sociais;

12. Deve-se reconhecer que a aplicação dos precedentes judiciais, neste início de século, tem novas e amplas perspectivas. Com a crescente atuação do Poder Judiciário em parte da Europa Continental e em países da América do Sul, a teoria das fontes e as ideias relativas à necessidade de uniformização da jurisprudência ganham espaço;

13. Registre-se que, em sua trajetória ascendente, os precedentes judiciais ganham espaço no Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual se preocupou, nitidamente, em conferir uniformidade ao Poder Judiciário e tornar obrigatório o precedente judicial;

14. Por fim, o *patrimonialismo* e o *personalismo* são características sociológicas-culturais presente na cultura brasileira e que justificam, de certa forma, a resistência à adesão de uma teoria do precedente judicial obrigatório.

REFERENCIAS

- ALEXYY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo, Lady, 2001.
- AQUINO, Tomás de, Santo. *Suma Contra os Genitos*. v. 2. Livro 2. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço Brindes, 1990.
- _____, Tomás de. *Suma Contra os Genitos*. Livros IIIº e IVº. Trad. D. Odilão Moura O. S. B. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined: the uses os the study of jurispricence*. Cambrige: Hackett Publishing Company, 1998.
- BARBOZA, Estefânia Maria de. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____, Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: FACHIN, Zulmar, coordenador. *20 anos da Constituição Cidadã*. Rio de Janeiro: Forense : São Paulo: Método, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo: Abril, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992,
- _____, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Ed. 4. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: 1965.
- _____, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 2002.
- _____, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

BRAND, Paul. *Judges and Judging: in the history of the common law and civil law*. New York: Cambridge University Press, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins fontes, 2000.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Diana Beatriz. A Jurisprudência como Fonte de Direito. *Revista de Direito Público*. Ano V. n. 10. Julho-dezembro de 2013. Lisboa: CEDIS, 2013. p. 5-96.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1946.

Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 1961.

CROSS, Rubert; Harris, J. W. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Trad. Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DESCARTES, Rene. *Discurso do Método*. Trad. Mariana Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____, Zulmar; SAMPAR, Rene. *Teoria do Estado*. 1ª ed. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2016.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. vol. 2. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.

GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. 5ª ed. New York: Oxford University Press, 2014.

GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. The Cambridge Law Journal, v. 40. n.2., 1930, p. 161-183.

GRANDON, Javier Barrientos. *Derecho Romano y sus Fuentes*. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000.

GRAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Trad. Maria Luiz de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval*. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____, Paolo. *Da Sociedade de Sociedades à Insularidade do Estado entre Medieval e Idade Moderna*. Revista Sequência, Florianópolis, nº 55, p. 9-28, dez. 2007.

_____, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2 ed. rev. e atual. Florianópolis: Boiteux, 2007.

_____, Paolo. *O Direito Entre Poder e Ordenamento*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberlini. *Teoria Política do Direito: a expansão política do direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HESPANHA, António Manuel. *As Fronteiras do Poder: o mundo dos rústicos*. Revista Sequência. Nº 51, dez. 2005, p. 47-105.

_____, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Função Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Ed.2.Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. *Histórica do Pensamento Econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 19ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. São Paulo: Ícone, 1993, p. 150.

KELSEN, Hans. ¿ *Qué es el Positivismo Jurídico?* Trad. Mario de la Cueva. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI, n. 61, jan-mar, 1966.

_____, Hans. *O que é justiça?: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÉVY-BRUHL. *Sociologia do Direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Péres Luño. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Trad. José Luis Bolzand e Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Edinilson Donisete; ALVES, Fernando de Brito. A Decisão Judicial Sobre Direitos Sociais: considerações sobre igualdade, democracia e judicialização da política. In: FACHIN, Zulmar; LIMA, Jairo Néia; e PONA, Éverton Willian. *Magna Carta: 800 anos de influência no constitucionalismo e nos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. ed. 23. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. Revista sobre Enseñanza del Derecho. Ano 4. Nº 8, 2007. P. 101-130.

PAIVA, Angela Randolpho. Luzes Weberianas na Comparação entre as Esferas Religiosas do Brasil e dos Estados Unidos. In: SOUZA, Jessé. (Org.) *O Malandro e o Protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 257-264.

Parecer n. 1/76, de 14 de Dezembro de 1976, in *Pareceres*, I, p. 11, APUD, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAHA, Tushar Kanti. *Textbook on Legal Methods, Legal Systems & Research*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010.

SARLET, Ingo. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista sobre a Reforma do Estado, n. 21, mar/abril/maio. Salvador, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; e JAIME, Domigues Brito. *Precedentes Vinculativos e Fontes do Direito no Brasil: a proposta de um “sistema geométrico variável”*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Anais XXI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 438 - 466.

_____. Domingues. *Precedentes vinculantes: uma análise sob o viés das normas-realidade ou utopia?* In: Monica Bonetti Couto; Maria dos Remédios Fontes Silva; Fernanda Tartuce. (Org.). XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE. 22^a ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 1-20

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Sessé. A Ética Protestante e a Ideologia do Atraso Brasileiro. In: SOUZA, Jessé. (Org.) *O Malandro e o Protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 17-54.

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 103-A. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; e STRECK, Lenio Luiz. (coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almeina, 2013. p.1425-1432.

_____, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SWAIN, Warren. *The Law of Contract 1670–1870*. New York, Cambridge University Press, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: leis e costumes*. Livro 1. Trad. Eduardo Brandão. 2^a ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*.

VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Trad. Fernando Cougo. Portugal: Rés-Editora Lda, 1991.

WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digest*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006.

_____, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (org.); FERNANDES, Florestan (coord.). *WEBER*. São Paulo: Editora Afiliada, 1999, p. 128-141.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.