

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TOBIAS SCHEFFER DE MAMAN

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A Tradição Jurídica Ocidental entre Instrumentos, Métodos e História

PORTO ALEGRE

2014

TOBIAS SCHEFFER DE MAMAN

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A Tradição Jurídica Ocidental entre Instrumentos, Métodos e História

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como cumprimento de requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2014

TOBIAS SCHEFFER DE MAMAN

PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO
A Tradição Jurídica Ocidental entre Instrumentos, Métodos e História

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como cumprimento de requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 27 de outubro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

CONCEITO: A

RESUMO

A presente pesquisa pretende verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o sistema de precedentes; pretende apurar a viabilidade da introdução do *stare decisis* em sistema predominantemente de direito legislado. A análise parte de uma comparação histórica entre a tradição romano-canônica e o *common law*, a fim de identificar as origens, momentos de divergências e o atual estágio de aproximação, sob a ideia de que representam as tradições, em conjunto, uma grande tradição jurídica ocidental. A partir dessa origem histórica, a pesquisa avança à análise do perfil estrutural-funcional de cada uma das tradições, com a identificação dos instrumentos e dos métodos de aplicação do direito, além do perfil das respectivas interpretações jurídicas. Ainda, propõe-se a aferir a superação do paradigma racionalista, na faceta do paradigma ideológico, que afasta do Poder Judiciário do *civil law* o papel de participação ativa na criação de direito. Sob os avanços da teoria da interpretação jurídica e das novas funções atribuídas aos tribunais de vértice, a pesquisa busca ainda identificar uma norma constitucional que impõe a utilização de precedentes no direito brasileiro.

Palavras-chave: tradição romano-canônica – *civil law* – *common law* – *stare decisis* – precedente.

ABSTRACT

This research investigates the compatibility of the Brazilian legal system with the doctrine of precedents; investigates the possibility of introducing the *stare decisis* in a statutory legal system. The analysis starts from a historical comparison between the civil law and the common law traditions, in order to identify the origins, moments of divergences and the current stage of proximity, with the north that the traditions, together, represents a large western legal tradition. From this historical background, the research advances to the analysis of structural and functional profile of each of the traditions, identifying the instruments and the methods of application of law, besides the related legal interpretations theory. In addition, the research seeks to check the resilience of the rationalist paradigm, on the ideological fashion, that removes from the civil law's judiciary any participation in the creation of law. Under the advances of the legal interpretation theory and the new tasks assigned to the superior courts, this research also seeks to identify a constitutional rule to impose the use of precedents in Brazilian law.

Keywords: civil law – common law – stare decisis – precedent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. POR UMA COMPREENSÃO DAS TRADIÇÕES ROMANO-CANÔNICA E DO <i>COMMON LAW</i>	15
1.1. A RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE AS TRADIÇÕES.....	19
1.1.1. A origem no Direito Romano	19
1.1.1.1. O direito arcaico e as <i>legis actiones</i>	21
1.1.1.2. O processo <i>per formulas</i>	25
1.1.1.3. <i>Extraordinariae cognitiones</i> , o direito justinianeu e o direito romano-canônico.....	36
1.1.2. A formação dos direitos comuns – a consolidação da tradição romano-canônica e do <i>common law</i>	48
1.1.2.1. Em especial, o Continente.....	48
1.1.2.1.1. O sepultamento do direito romano.....	48
1.1.2.1.2. A redescoberta do direito romano.....	52
1.1.2.2. Em especial, a Inglaterra	57
1.1.2.2.1. As sucessões do poder sobre o território inglês.....	57
1.1.2.2.2. A formação do <i>common law</i>	59
1.1.2.3. Os diferentes métodos de consolidação das tradições.....	65
1.1.2.4. O direito romano em perspectiva e sua influência posterior.....	68
1.1.3. A ideologia das revoluções – a oposição entre as tradições	73
1.1.4. A idade contemporânea – o recíproco movimento de confluência	76
1.2. A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO.....	82
1.2.1. <i>Civil law</i>, direito abstrato e subsunção	82
1.2.1.1. O século XVII e as revoluções sociais, políticas e filosóficas.....	83
1.2.1.2. O paradigma racionalista	89
1.2.1.3. O movimento codificatório	98

1.2.2. Common law, case law e stare decisis	105
1.2.2.1. O caráter refratário da tradição inglesa ao paradigma racionalista	105
1.2.2.2. O exercício da soberania jurídica pelas cortes.....	112
1.2.2.3. A autoridade do precedente.....	116
1.2.3. A interpretação jurídica nas tradições	120
1.2.3.1. Em especial, a interpretação na tradição romano-canônica.....	122
1.2.3.2. Em especial, a interpretação no <i>common law</i>	130
1.2.3.3. Consequências práticas das diferentes abordagens da interpretação jurídica nas tradições.....	141
2. A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO BRASIL	145
2.1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA RELAÇÃO ENTRE <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	145
2.1.1. O direito brasileiro entre dois mundos?	145
2.1.2. A compatibilidade do <i>stare decisis</i> com a tradição jurídica brasileira	157
2.1.3. Precedente, limites subjetivos da coisa julgada e contraditório na criação da norma concreta com pretensão de abstratividade	163
2.2. O ESTADO CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE VÉRTICE	174
2.2.1. A criação do direito no Estado Constitucional – a função jurisdicional, a função legislativa e o precedente	174
2.2.2. Uniformização, unificação e construção do direito pelos tribunais de vértice: jurisprudência ou precedente?	191
2.2.3. A imposição constitucional do sistema de precedentes	194
CONCLUSÃO	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

INTRODUÇÃO

A ciência sempre avança. Logo que acredita ter terminado seu trabalho na consolidação de paradigmas, o cientista percebe que algumas questões permaneceram sem solução, e passa ele a se dedicar a novas pesquisas com o fito de solucioná-las. Essa sua atividade aperfeiçoa novamente a ciência e por vezes estabelece novos paradigmas. É uma atividade, porém, interminável, pois sempre que o cientista soluciona o problema que tinha em vistas, percebe uma nova deficiência na teoria, o que exige novo esforço de adaptação. Com a ciência jurídica as coisas se passam assim. Uma sociedade plural e efervescente como a sociedade contemporânea fornece um imenso substrato para pôr em dúvida as certezas do estudioso do direito. O jurista brasileiro atualmente se vê nessa contingência. Por questões de igualdade, segurança jurídica e por imposições de racionalidade à administração da justiça, o fato de casos iguais serem solucionados de forma diferente desprestigia o Poder Judiciário e põe em dúvida a própria justeza das decisões. A inobservância da orientação das cortes superiores, em um sistema hierárquico e orgânico de organização judiciária, evidencia sintomas de esquizofrenia do Poder Judiciário e, em consequência, do Estado. É nesse contexto que ganhou e vem ganhando força a proposta de valerem as decisões judiciais das cortes superiores como precedentes vinculantes.¹

Agir pelo exemplo é algo que parece natural à razão humana. Decisões judiciais representam o acúmulo de sabedoria do passado e ao menos um senso de prudência recomenda ao magistrado que as considere em sua decisão sobre o mesmo tema. Não por outra razão, as decisões judiciais anteriores – a jurisprudência – têm eficácia pelo menos persuasiva em qualquer ordenamento jurídico. Especificamente nos sistemas de *common law*, porém, têm as decisões judiciais a autoridade de precedente e, assim, eficácia vinculante, valendo como fonte formal de direito. Salvo as hipóteses de imposição social de alteração da conclusão (*overruling*) ou de não serem ambas as situações idênticas (*distinguish*), nos sistemas de *common law* a solução dos casos semelhantes deverá ser uniforme, por meio da aplicação do precedente.

¹ Na realidade, precedente é, em princípio, vinculante, tanto que no título da pesquisa optou-se por fazer referência apenas a “precedente”, sem o desnecessário adjetivo. Porém, como se trata de uma proposta de introdução no Brasil de um instituto alienígena, pareceu-nos adequado tratá-lo num primeiro momento como “precedentes vinculantes”, para deixar bem claro, já pelo nome, o que se pretende.

O anseio de dois casos idênticos contarem com a mesma solução jurídica é tão primário que são compreensíveis os protestos do diretor de uma sociedade empresária que se vê no dever de pagar um tributo ao passo em que uma outra sociedade empresária, sua concorrente, não precisa pagar o mesmo tributo, pelo motivo de que sua ação judicial foi distribuída à 1ª Vara, e não à 2ª Vara, como a ação da sociedade concorrente. Esse empresário, inclusive, não consegue sequer admitir essa situação e menos ainda entender por que no Brasil ainda não se utiliza o sistema de precedentes vinculantes, e assim se sente autorizado a lançar os piores agravos ao Poder Judiciário. Mesmo os operadores do direito, nos corredores, vociferam contra soluções jurídicas conflitantes a casos que, ao que tudo indica, são análogos, e acusam também eles que esse proceder viola a igualdade, a segurança jurídica e a eficiência da tutela jurisdicional.

Mas tanto o diretor da sociedade empresária quanto o operador do direito, que ora figuram como personagens a representar papéis recorrentes no cenário jurídico brasileiro, pecam pelo excesso de prepotência. É evidente, a todos, que casos idênticos contarem com solução jurídica distinta representa um estado de coisas que não está bem. Por outro lado, também é certo que todos, sem exceção, almejam um sistema que prestigia a igualdade, a segurança jurídica e a eficiência da administração judiciária. Nossos personagens, portanto, não tiveram nenhum *insight*: criticam aquilo que é indefensável, e por meio de seus protestos só deixam claro que ignoram o peso da tradição.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos foram elaborados às luzes de uma tradição jurídica, própria ou herdada. Essa tradição jurídica fundamenta-se em pressupostos, em paradigmas, que condicionam a evolução posterior. Para o jurista clássico da tradição romano-canônica (direito continental), por exemplo, a situação do empresário acima narrada é aceita pelo sistema jurídico e, mais que isso, é normal. Para ele, formado sob as imposições da ideologia da separação dos poderes, a função do Poder Judiciário seria apenas a de declarar o direito contido na lei, seria a de aplicar em concreto os comandos editados pelo legislador em abstrato. O jurista clássico se contenta em interpretar a norma e resolver a controvérsia por meio de um processo de subsunção dos fatos à norma. Em qualquer caso, da atividade do julgador resultaria apenas a enunciação do direito previamente editado pelo Legislador, sem nenhuma contribuição ao enriquecimento do patrimônio jurídico. Quando há duas decisões diferentes acerca do mesmo tema, o jurista clássico da tradição romano-canônica acusa que uma dessas decisões é uma decisão errada, e pode ser tanto a primeira decisão quanto a posterior. Em termos objetivos: se o direito legislado deixa dúvida se em determinada matéria

espera-se a conduta A ou B dos particulares, e o Poder Judiciário num primeiro momento *declara* ser a conduta A aquela conforme a lei, como o Poder Judiciário nada constituiu, bem poderia que, num caso idêntico posterior e após nova interpretação da norma, entenda ele como devida a conduta B.

No *common law* (direito inglês), a seu turno, a corte tem inegável papel de protagonista na criação de direito. Uma decisão judicial, ao mesmo tempo em que resolve a controvérsia para pacificar o conflito, também estabelece uma norma com pretensão de aplicação futura. A decisão constitui precedente que vale por sua própria autoridade e que deve ser aplicado aos casos posteriores. A decisão judicial, portanto, constitui direito, incrementa o ordenamento jurídico. Disso decorre que se um caso posterior for decidido de maneira diversa, é facilmente identificável que é essa segunda decisão a *decisão errada*, porque decisão manifestamente contrária ao direito (contrária ao direito constituído pela decisão anterior), o que é inadmissível em qualquer sistema. Em termos objetivos: uma vez decidido pelo Poder Judiciário que o direito espera a conduta A dos particulares, nos casos subsequentes haverá de ser adotada a mesma orientação, pois a decisão anterior não apenas *declarou* o que estava previsto no ordenamento, mas *constituiu* direito (=sanou a dúvida existente; =aprimorou o direito objetivo) a ser aplicado dali para frente.

O sistema de precedentes é, assim, compatível com os ordenamentos jurídicos de *common law*, em que se reconhece às cortes poder de criação de direito, ao passo que nos ordenamentos jurídicos da tradição romano-canônica (*civil law*) o direito é quase que exclusivamente legislado, naturalmente infenso à teoria dos precedentes e à possibilidade de valer a jurisprudência como fonte formal de direito. Direito legislado *vs.* direito jurisprudencial, esse o resumo da tradição jurídica ocidental.

Essa explicação, porém, torna-se flagrantemente superficial se confrontada pelo dado de que ambas as tradições jurídicas tiveram origem comum no Direito Romano. De fato, Roma estendeu seus tentáculos também sobre o território que hoje forma a Inglaterra e também lá fez valer seu direito. Além disso, o magistrado romano, o *praetor*, tinha grande valor político na formação do direito, já que as fontes legislativas eram escassas e deficitárias, e reunia ele o resultado de seu trabalho em *editos* que passavam a expressar o direito em vigor, por meio de proposições fortemente ligadas aos casos de onde extraídas (tal como os precedentes contemporâneos). Esses dados tornam pelo menos estranhas as afirmações de que

o *common law* afastou-se do direito romano e de que o Continente veio a se comprometer com um direito predominantemente legislado, expresso por conceitos jurídicos abstratos.

Daí ser necessária uma abordagem histórica, a fim de se demonstrar que, não obstante a origem comum, cada tradição jurídica, ao longo de seu desenvolvimento, experimentou contingências próprias, em contextos sociais, políticos e filosóficos bem particulares.

O Continente abalou os pilares da antiga tradição medieval do direito europeu (restos da organização administrativa do império romano do ocidente, igreja romana e tradição escolar da antiguidade tardia) por meio de uma onda renovatória formada por uma transformação política – consistente no fortalecimento dos estados modernos e na elaboração de direitos nacionais próprios –, uma transformação social – traduzida pela afirmação do homem com interesses e preocupações mundanos – e também por uma transformação filosófica, representada pela afirmação do humanismo e do racionalismo, ambos retrabalhados pelo iluminismo. Nesse caminho atrapalhado, o Continente abandonou seu antigo direito para abrir caminho à afirmação de um direito novo, centralizador, excludente, racional e com conceitos logicamente encadeados.

A Inglaterra, a seu turno, submetida a outro contexto histórico, não experimentou os efeitos das transformações operadas no Continente, mantendo-se numa evolução linear do pensamento jurídico. Ali o direito manteve-se predominantemente nas mãos dos juristas, construído caso a caso e aplicado com métodos aparentemente incertos decorrentes da *praxis*. Direito científico vs. direito prático, seriam esses então os atributos a serem incluídos na distinção básica entre as tradições jurídicas.

Temos, assim, *common law* submetido a um direito jurisprudencial, aplicado pelos impositivos da *praxis*, e, no outro extremo, tradição romano-canônica experimentando todas as alegrias e tristezas de um direito legislado, aplicado por um método científico. Se é certo que cada direito nacional do ocidente vincula-se a uma dessas tradições jurídicas, também é certo que cada direito nacional foi elaborado sob contingências sociais e políticas tão particulares que fê-lo adquirir uma identidade própria. Afora diferenças pontuais de institutos jurídicos, que dependem mais do cenário particular de tempo e lugar, a tradição romano-canônica e o *common law* diferenciam-se pela distinta percepção do que seja o direito, e de como é aplicado o direito. São esses pressupostos – muito mais que a idade em que se alcança a maioridade civil ou a (im)possibilidade de divórcio – que acompanham os

modelos jurídicos no processo de exportação a que foram submetidos entre os séculos XVI e XIX e que até hoje servem de distinção. Portanto, os países herdeiros do *common law* (como Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália), assim como os países herdeiros da tradição romano-canônica (França, Alemanha, Espanha), possuem especificidades que dificultam um tratamento unitário, mas no que toca às questões do método de aplicação do direito e da concepção do que seja direito é plenamente possível classificá-los em uma ou outra tradição, o que auxilia o estudioso do direito na sua atividade de solução de problemas e aprimoramento de sua ciência.

A par disso, a origem comum e as convergências recentes parecem indicar que a antiga contraposição entre *civil law* e *common law* vem cedendo espaço à concepção de que ambos os sistemas constituem, no conjunto, uma grande tradição jurídica ocidental.

Ora, existem aproximações e oposições entre tradição romano-canônica e *common law* que precisam ser rastreadas por meio de um estudo histórico, ainda mais quando se pretende a circulação de instrumentos jurídicos entre essas duas tradições.

O Brasil, ainda que tenha recebido forte influência da teoria constitucional norte-americana, tem compromisso com os paradigmas da tradição romano-canônica, o que explica a *captis diminutio* das decisões das cortes superiores. Não basta, porém, simplesmente importar os precedentes vinculantes para o Brasil. Providências dessa natureza mostraram-se irresponsáveis no passado.² Antes da aplicação de um instituto estrangeiro impõe-se uma atividade preventiva de aferição de compatibilidade. Na presente pesquisa, então, pretende-se analisar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o sistema de precedentes vinculantes. A pesquisa não visa a demonstrar as vantagens da utilização dos precedentes vinculantes. Na verdade, como se propõe a aferir a compatibilidade, a pesquisa parte do pressuposto de que os precedentes vinculantes vêm para racionalizar a prestação da tutela jurisdicional no Brasil. Pressupõe que sejam os precedentes algo positivo, um avanço. Por outro lado, a pesquisa também não visa a expor o método de trabalho com precedentes vinculantes. É certo que tropicalizar esse instrumento exige grande esforço dos sabedores do direito em adaptar-lhe as técnicas de aplicação, tarefa que essa pesquisa expressamente recusa, por exigir ampla abordagem que, se acrescida fosse a nossos objetivos, transbordaria completamente os limites inerentes aos trabalhos dessa natureza. Em resumo, o objetivo é

² Como é o caso, por exemplo, da utilização da disciplina do *decreto-legge* italiano a fim de balizar os institutos do decreto-lei e medida provisória brasileiros, cf. ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 37.

aparentemente singelo: verificar se o direito brasileiro admite a utilização do sistema de precedentes.

Seja como for, é prudente desde logo adiantar que a proposta de aplicar precedentes vinculantes no Brasil não vem acompanhada de se importar também o sistema de *case law*, de um direito elaborado caso a caso sob os ditames da *praxis*. O direito brasileiro é comprometido com o caráter científico das universidades, trabalha com conceitos, classificações e consequências lógicas, método que, em princípio, responde bem aos anseios por justiça e não deve ser abandonado. O paradigma racionalista, portanto, encampa tanto um paradigma ideológico, que reduz a relevância do Poder Judiciário, quanto um paradigma científico, que baliza a cientificidade do método de aplicação do direito. Busca-se, aqui, aferir a superação do paradigma ideológico, não do paradigma científico, pois é o paradigma ideológico, não o científico, que obsta o reconhecimento de força normativa aos precedentes. Mais especificamente, então, o objetivo próximo da presente pesquisa é aferir a superação do paradigma racionalista de centralizar o material jurídico no Poder Legislativo, superação que possibilite o reconhecimento à atividade do Poder Judiciário também a tarefa de tutelar o direito objetivo. A utilização especificamente de precedentes, então, insere-se no objetivo remoto dessa abordagem. Propõe-se a utilização de precedentes porque são os precedentes o instrumento utilizado pela tradição que trabalha com o direito jurisprudencial (*common law*) para a consecução de suas finalidades. São os precedentes, enfim, o instrumento que aparentemente melhor explicita a efetiva atividade do Poder Judiciário na criação de direito. Não obstante, seria possível superar o paradigma racionalista ideológico propondo-se, por exemplo, que se utilizasse como instrumento de exteriorização do direito criado pelo Judiciário a jurisprudência ou, ainda, o sistema de enunciados de súmula dos tribunais. Essa questão é abordada na segunda parte da pesquisa, mas de forma descritiva, longe de pretender resolver a questão, que se submete, ao que tudo indica, ao alvitre dos resultados da prática.

Além do mais, é mesmo improvável que de pronto as decisões judiciais tenham no Brasil a mesma relevância que detêm na Inglaterra. Não só a tradição das cortes inglesas na criação judicial do direito, como também o reduzido número anual de decisões da corte suprema da Inglaterra, se comparados ao folclore brasileiro que afasta do Poder Judiciário qualquer função criativa, bem como ao elevadíssimo número de decisões, deixam claro que não é possível aplicar, imediatemente, precedentes no Brasil tal qual se aplicam na Inglaterra. Por outro lado, é inegável que os precedentes não podem continuar a ser tão desconsiderados como vêm sendo no Brasil, porque pretensamente inexistentes. A questão se

coloca, assim, na apuração da viabilidade da introdução do *stare decisis* em sistema predominantemente de direito legislado.

A aferição da compatibilidade do direito brasileiro com o sistema de precedentes é tarefa que exige previamente seja feito um estudo acerca das tradições do *common law* e de *civil law*, que identifique as origens, os pontos de divergências e os pressupostos determinantes, principalmente no que toca à formação e à aplicação do direito, o que envolve a interpretação jurídica em ambas as tradições. Além de desenhar as tradições jurídicas, a comparação visa a derrubar algumas das mitologias jurídicas que se esforçam em demonstrar uma incompatibilidade, uma oposição entre *common law* e tradição romano-canônica tão forte que impeça um intercâmbio de institutos. Esse estudo comparativo entre *common law* e tradição romano-canônica será procedido na primeira parte da pesquisa.

Em seguida, na segunda (e última) parte, o estudo deve focar no objeto final, no Brasil e nos precedentes. O caminho escolhido foi situar o Brasil entre as tradições jurídicas, cotejando institutos inerentes aos precedentes, como *ratio decidendi* e *stare decisis*, com a realidade brasileira, principalmente com as imposições do Estado Constitucional de separação dos poderes e contraditório na construção do direito dentro do processo. Por fim, busca-se identificar uma imposição constitucional de respeito ao precedente, o que passa pelas novas competências atribuídas às cortes de vértice, após os avanços da teoria da interpretação jurídica.

1. POR UMA COMPREENSÃO DAS TRADIÇÕES ROMANO-CANÔNICA E DO *COMMON LAW*

Durante uma conferência que abordasse modelos de sistemas jurídicos, tendo leigos em Direito como público, a afirmação de que o sistema jurídico chinês é distinto do sistema jurídico brasileiro não causaria grande perplexidade, já que a cultura chinesa tem particularidades inconfundíveis com a cultura ocidental, em especial com a cultura brasileira. Seria até mesmo natural que os respectivos sistemas jurídicos guardassem, da mesma forma, substanciais diferenças. Por outro lado, se a mesma afirmação fosse feita envolvendo o sistema jurídico brasileiro e o sistema jurídico inglês ou norte-americano, a plateia certamente manifestaria surpresa, pois a cultura anglo-saxônica, mais ainda após a globalização contemporânea, tem muitos pontos de contato com a cultura da Europa Continental, na qual se baseou o modelo jurídico brasileiro. Tais pontos de contato começam já pelo idioma inglês, que é uma mistura do germânico original com o francês e com o latim, passa pela relação da história religiosa inglesa com o catolicismo, pelo fato de o parlamento, a monarquia, o constitucionalismo terem origem no Continente, além da influência inglesa nas artes, na economia. Apesar desse arcabouço cultural comum, por que, então – perguntaria algum dos ouvintes –, os respectivos sistemas jurídicos apresentam especificidades à primeira vista insuperáveis? A explicação está no fato de que cada uma dos sistemas, por vicissitudes políticas e sociais bem determináveis, em algum momento de sua evolução jurídica seguiu rumos diversos.

Dois momentos na história colaboraram para a ideia de oposição entre o *common law*³ e a tradição romano-canônica.⁴ O primeiro deles ocorreu no século XI.

³ *Common law* é utilizado para designar a tradição jurídica que tem seus fundamentos no direito inglês. Engloba, assim, diversos ordenamentos, o que se deve ao sucesso da circulação do modelo ao longo dos anos, que veio a ser aplicado, por exemplo, nos Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália. Todos esses ordenamentos mantêm especificidades inconfundíveis – cf. VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale – texto e materiali per un confronto civil law common law*. v. I 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010., pp. 270-271 –, de modo que quando nos referirmos a “*common law*” estamos fazendo referência ao *common law* da Inglaterra.

⁴ Utiliza-se para fazer referência a essa família jurídica os termos tradição romano-canônica, tradição romano-germânica e tradição romanista. Todos designam o mesmo fenômeno: o direito ocidental trabalhado sob os fundamentos do direito romano, submetido à vulgarização da idade média pelas invasões, agasalhado da obscuridade bárbara no seio da Igreja Católica, reutilizado como fundamento do *ius commune*, e retrabalhado a partir dos influxos humanistas, jusracionalistas e iluministas da época moderna. Optou-se aqui pelo termo tradição romano-canônica porque, além de ser o mais utilizado, acreditamos ter sido a influência da Igreja nesse sistema jurídico mais forte que a influência dos direitos germânicos, merecendo ela a referência na denominação. Também a tradição romano-canônica circulou com tanta eficiência que foi adotada por uma

Enquanto a Inglaterra permanecia fiel a sua evolução jurídica, no Continente optou-se por uma revolução silenciosa que resultou na implementação de um direito erudito com pretensões científicas, impulsionado pela redescoberta do direito romano e seu desenvolvimento pelos glosadores e comentadores em Bologna.⁵ O segundo momento de divergência está nas transformações sociais, políticas e filosóficas promovidas a partir do século XVII, sob a influência do humanismo, jusracionalismo e iluminismo, o que culminou nas revoluções liberais (séculos XVII e XVIII), nas quais os diferentes papéis desempenhados pelos juízes em cada uma delas (Revolução Gloriosa no *common law* e Revolução Francesa na tradição romano-canônica) foram fatores decisivos para estabelecer a legitimidade do poder judiciário e definir seus poderes e funções no futuro. O primeiro momento de oposição contribui para a definição do *método* de aplicação do direito (direito pragmático vs. direito científico). O segundo momento de oposição definiu os poderes dos magistrados e os limites de sua atuação na conformação do direito (função constitutiva vs. função declaratória), o que determina a noção *do que é* direito em cada uma das tradições (direito jurisprudencial vs. direito legislado).⁶

Em qualquer ramo do direito (Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário) é possível identificar instituições que são aparentemente típicas de um sistema formado sob a tradição do *common law* ou sob a tradição romano-canônica.⁷ No Processo Civil, por exemplo, a técnica do *cross examination*⁸ é utilizada corriqueiramente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Em que pese tenha a experiência do *cross examination* gerado resultados positivos, a prática não foi importada pelos países da tradição romano-canônica.⁹ Poder-se-ia dizer, então, que o *cross examination* é um instituto tipicamente de *common law*. Ocorre que o *cross examination*, embora utilizado na Inglaterra e Estados Unidos e relacionado com o

série de ordenamentos, os quais também mantêm especificidades que os distinguem entre si. Para os fins do presente estudo, o paradigma para representar o modelo da tradição romano-canônica será a França.

⁵ Cf. CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 89 e ss.

⁶ Cf. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 311: “Depois da redescoberta do *Corpus Iuris*, as alterações da consciência jurídica e política modernas pelo jusracionalismo e as reformas e revoluções que daí resultaram constituem talvez o maior exemplo histórico da força revolucionária de uma teoria metodológica”.

⁷ Atentar para a diferença conceitual entre “tradição jurídica” e “sistema jurídico”: enquanto o sistema jurídico indica um conjunto operacional de instituições jurídicas de determinado ordenamento vigente, a tradição jurídica sinaliza os pressupostos históricos, culturais e políticos com os quais o referido sistema está comprometido. A “tradição jurídica”, em resumo, coloca o “sistema jurídico” em perspectiva cultural - cf. MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, pp. 1-2.

⁸ Método de se proceder à inquirição das testemunhas, em busca de eventuais contradições entre os depoimentos.

⁹ No processo civil brasileiro, ainda vige a regra de o juiz interrogar as testemunhas.

processo *adversarial*, não depende de nenhum pressuposto daqueles sistemas, e bem poderia ter sido inaugurado em outro país e, mesmo, ser tido como característico do sistema romano-canônico. Isso quer dizer que institutos isolados não servem para evidenciar a essência das tradições jurídicas. É o conjunto desses dois fatores a que nos referimos – método de aplicação do direito e noção do que seja direito – que constitui o núcleo duro dos dois sistemas jurídicos e os contrastes capazes de identificá-los, diferenciá-los e, por que não, aproximá-los.¹⁰

O modelo jurídico da tradição romano-canônica caracteriza-se por ser um direito legislado, abstrato, e a aplicação do direito por meio da subsunção evidencia a utilização de um método dedutivo (direito científico). Instituídas as normas abstratamente pelo Legislador, a consequência jurídica é estabelecida de antemão, antes mesmo de se verificar qualquer situação concreta, cabendo ao judiciário aplicar a solução ao caso *sub judice* (função declaratória).

No *common law*, diferentemente, a norma é evidenciada apenas após a ocorrência de determinada situação. Nesse contexto, da solução do caso será extraída uma norma jurídica com pretensão de regular, também, situações futuras semelhantes, de modo que tradicionalmente se reconhece às cortes judiciais o poder de criar direito (função constitutiva).¹¹ Como a norma e orientação de condutas semelhantes surgem após o julgamento de um caso concreto e dentro do processo, diz-se que o *common law* utiliza na aplicação do direito o método indutivo, no que os precedentes têm fundamental importância (direito pragmático).

Ora, o Brasil é um país de herança da tradição romano-canônica. Os precedentes vinculantes consistem em instrumento que o folclore atrela à tradição do *common law*.¹² Daí

¹⁰ Conforme anota Van Caenegem: “não são apenas as leis sobre o divórcio ou sobre a velocidade máxima nas rodovias que são diferentes, mas toda a abordagem do Direito e a própria maneira de pensar juridicamente” – CAENEGEM, R.C. van. *Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica européia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1. Cf. ainda BELL J., *Sources of Law, in English Private Law*, v. I. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 12, *apud* VARANO, *La Tradizione...*, p. 272.

¹¹ Recentemente, porém, o direito legislado vem se manifestando com mais força também na Inglaterra, por meio de *statutes*, o que merecerá tratamento mais adequado no presente estudo.

¹² Segundo Dr Goodhart, um grande estudioso sobre o *common law* e precedentes, é a doutrina dos precedentes vinculantes que representa a distinção fundamental entre o método jurídico inglês e o método jurídico continental - cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. New York: Clarendon Press, 1991., p. 49. Também, o grau de observância do precedente é fator utilizado para diferenciar sistemas jurídicos: “*Legal systems differ markedly over the question how, and how far, they require or expect judges and others to observe precedents as governing models for decision*” – McCormick e Summers, in SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents: A comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 2.

se segue que a proposta de implementação de precedentes vinculantes no Brasil pressupõe uma abordagem da relação entre as tradições romano-canônica e do *common law*, com enfoques (i) histórico-comparatístico, que identifique o momento histórico em que as tradições consolidaram-se, bem como o desenvolvimento nos séculos posteriores até a idade contemporânea (item 1.1), e (ii) estrutural-funcional, com pretensões de identificar as características da teoria do direito em cada uma das tradições (item 1.2).

A relação entre as tradições, ao que interessa ao presente estudo, serve a definir a função que cada sistema atribui ao Poder Judiciário, assim como a desenhar as principais linhas do método que cada sistema utiliza para a aplicação do direito. A atual conformação do órgão judicial, do poder judiciário, decorre de longa evolução e tem origens bem claras. Rastrear essas origens e traçar o modelo por meio do qual cada sistema aplica e constrói o direito na atualidade é o objetivo da abordagem histórica que seguirá, com início na origem no direito romano, porque este é o patrimônio que determinou a formação de uma cultura jurídica ocidental.

O objetivo específico dessa primeira parte é superar a mitologia da oposição e da incompatibilidade entre as tradições jurídicas do *common law* e romano-canônica. O estudo pretende assim evidenciar que a conformação atual é fruto de acidentes históricos, de pressupostos que formaram outros pressupostos que formaram outros até chegar ao estágio em que tanto a ideia do que seja direito quanto o método da sua aplicação tornaram-se distintos. Se as tradições são, é certo, diferentes, daí não se segue que sejam tradições incomunicáveis, desde que se verifiquem quais os pressupostos que sustentam o instituto jurídico que se pretende comunicar – no caso, os precedentes –, e se faça a devida adaptação.¹³

¹³ Conforme Roscoe Pound, o estudo da história, de grande importância para o efetivo entendimento de um instituto jurídico, vem sendo abandonado no ensino do Direito, onde se tomam os institutos como impositivos, desconectados de um contexto específico que deve necessariamente ser evidenciado: *"In law, as in every other branch of learning, we sought to understand things by studying their development. The age of history is in the past. In law particularly the history of institutions and doctrines is no longer accounted a necessary part of teaching. We teach public law as if it had been put in force by a fiat of a sovereign yesterday without the elaborate introductory historical inquiry which was formerly a matter of course. Hence there has come to be a tendency to forget what historically lies behind the separation of powers and to assume it something growing out of eighteenth century philosophical theories which we may well throw over in the less rigid political and legal thinking of today"* - POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis?* in *Fordham Law Review*, v.X. n. 1, jan 1941, p. 4.

1.1. A RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE AS TRADIÇÕES

1.1.1. A origem no Direito Romano

Na cultura ocidental, o estudo da história do direito passa a ter relevância na Grécia antiga, onde a evolução jurídica inicia já no período da civilização cretense (século XX a.C.), passando pela formação dos clãs, das cidades, até o estabelecimento da democracia e do exercício do poder por meio das assembleias. Na democracia ateniense a partir do século VI a.C. passaram a ser editadas leis estabelecendo sensíveis alterações sociais. Por exemplo, impunham a utilização de tribunais para a resolução dos conflitos entre os clãs (Lei de Drácon, 621 a.C.), instituíam a igualdade civil e suprimiam a servidão por dívidas (leis de Sólon, 594-593 a.C.). Em que pese a elaborada prática jurídica e a presença de grandes escritores, oradores e filósofos, os gregos não constituíram uma ciência do direito. Sua grande contribuição à sabedoria mundial concentrou-se no campo político e filosófico.¹⁴ A tarefa de consolidar a ciência do direito e, por conseguinte, de assumir o papel de fonte histórica de direito na civilização ocidental foi avocada pelos romanos.

Se os gregos estavam orientados à política e à democracia, os romanos firmaram-se como povo militar vocacionado à conquista e à expansão territorial. O pequeno pólo rural que era Roma por volta do século VIII a.C. (época de sua fundação) passou a ser centro de um imenso império que se estendeu sobre quase a totalidade do continente europeu, inclusive sobre o território da Inglaterra.¹⁵ Como estratégia de conquista, não bastava a ocupação do território: a necessidade de o exército estar em constante movimento e a dificuldade de comunicação entre os territórios anexados e o centro do poder exigiam, para a consolidação da vitória, algo mais que o domínio da terra: exigiam que as práticas e usos dos dominados passassem a observar os costumes dos dominantes. Daí porque o processo de conquista e de expansão territorial implementado pelos romanos utilizou, como um de seus instrumentos, a imposição do seu direito. O direito romano, portanto, foi largamente utilizado no continente europeu não só pelo alto grau de desenvolvimento e de registro escrito, mas, principalmente, por medida impositiva do Império.

¹⁴ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 73-76.

¹⁵ *Ibidem*, p. 80.

Disso decorre que o direito romano era uma realidade latente em todo território que uma vez já integrou o Império, influenciando, ainda que com suas reminiscências, o desenvolvimento jurídico mesmo após a desocupação. É por essa razão que o direito romano está presente também na formação do *common law* e, obviamente, na formação da tradição romano-canônica, de modo que a compreensão destas tradições passa necessariamente pelo estudo do direito romano, notadamente do processo civil romano, e análise do alcance de sua influência sobre cada uma delas.¹⁶

O estudo do processo civil no Direito Romano é convencionalmente dividido em três grandes períodos: (i) *legis actiones*; (ii) processo *per formulas*; e (iii) *extraordinaria cognitio*. Os dois primeiros períodos compõem o chamado *Ordo Iudiciorum Privatorum*, e o terceiro período representa aquilo que ficou conhecido *Cognitio Extra Ordinem*.¹⁷ Evidentemente que a história do processo civil romano serve de substrato às mais variadas investigações contemporâneas e é pressuposto ao estudo aprofundado sobre temas como recursos, evolução do direito de ação, conceito de jurisdição, sanções processuais, poderes da parte na condução do processo, colaboração, etc.

Contudo, como a análise é agora realizada com o objetivo de identificar conexões históricas e mais precisamente origem comum entre a tradição romano-canônica e o *common law*, o enfoque estará no método de aplicação do direito e nos poderes dos magistrados, que representa o âmago da distinção entre as tradições e caracterizam-nas e individualizam-nas entre si. Nesse sentido, o Processo Civil Romano será apresentado de forma linear nas suas principais linhas, desde a origem, a fim de identificar dois pontos

¹⁶ Ao contrário do que a clássica denominação poderia sugerir, a influência do direito romano não se limitou sobre a tradição romano-canônica. Essa denominação, na esteira da classificação de alguns ordenamentos como “romanistas”, surgiu no século XIII e teve como motivação a adoção do direito científico resultante da redescoberta do direito romano em Bologna no século XI – GILISSEN, *op. cit.*, p. 200.

¹⁷ A distinção entre *ordo iudiciorum* e *iudicium extraordinario* é mais antiga, remetendo a um período conturbado na história romana em que, devido ao isolamento agrário ou bélico de alguns cidadãos, as controvérsias tinham de ser resolvidas em determinado período, e como eram em grande número, a sequência de solução, estabelecida em sorteio, representava o *ordo iudiciorum*, ao passo que as outras, ou ainda aquelas em que as partes dispensavam que o julgamento fosse feito pela assembleia (*conventus*) e optavam por um único julgador, eram tidas como *extra ordinem*. Posteriormente, no Império, *extra ordinem* passou a significar a causa cuja solução não era delegada a um julgador particular, mas resolvida diretamente pelo próprio magistrado, sem bipartição das instâncias entre *ius* e *iudicium* – cf. ENGELMANN, Arthur. *A History of Continental Civil Procedure*. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 253. Também é utilizada a repartição entre direito arcaico e direito pré-clássico (século VIII a.C. a século II a.C.), direito clássico (século II a.C. a século III d.C.) e direito pós-clássico (século III a século VI d.C.).

específicos, os quais fazem, cada um, as vezes de semente para o que viria a ser, séculos mais tarde, a tradição romano-canônica e o *common law*.¹⁸

1.1.1.1. O direito arcaico e as *legis actiones*

No direito arcaico romano, as situações jurídicas subjetivas eram exigidas por meio da *patria potestas* (poder do pai sobre os filhos), da *manus* (poder do marido sobre a esposa) e do *mancipium* (poder do proprietário), nas quais o titular tinha de empregar a força para capturar a outra parte e obter a satisfação de seu direito. Ao contrário do que possa parecer, a utilização da força para o exercício das próprias razões não implicava a um poder geral do mais forte em obter o que bem entendesse. Não se estava diante de uma ordem anárquica. Somente os interesses merecedores de proteção, assim reconhecidos pelas regras jurídico-religiosas, é que podiam ser exercidos pela força, de modo que a violência aplicada na satisfação era socialmente aceita apenas se estivesse em conformidade ao direito. É justamente por isso que o estudo do processo inicia nesse período, em que há a efetivação de direitos individuais por meio da aplicação de força privada limitada e controlada pelo Público.¹⁹ Bem entendido, o amplo interregno conhecido como *legis actiones* representa a prática social de uma comunidade já alinhada ao direito e com instrumentos coativos aptos a realizar pretensões,²⁰ cuja utilização era reservada aos cidadãos romanos, fazendo parte do *ius civile*.

O exercício da força, para ser legítimo, dependia da observância de um ritual, com palavras e gestos pré-determinados, praticado em público ou na presença de testemunhas.²¹ Em uma sociedade em que a religião tinha forte influência sobre o direito (forte relação entre *ius* e *fas*), coube aos pontífices a tarefa de dar forma ao procedimento, daí o simbolismo e ritual que marcaram o período.²² Apenas algumas situações, de antemão já

¹⁸ Cf. item 1.1.2.4 – O direito romano em perspectiva e sua influência posterior.

¹⁹ KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 429.

²⁰ PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991, p. 58-59.

²¹ Apenas em alguns casos se admitia que o titular escolhesse o modo que melhor lhe conviesse (como ao *pater familias*, p. ex.), e outros, ainda, que não se submetiam ao procedimento da *legis actiones*, como a *pignoris capio*. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 61. KASER, *op. cit.*, p. 429.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 41. A forma processual mais antiga – a *legis actio sacramento* – é de origem

tidas como indiscutíveis, podiam ser exigidas por meio da força sem prévio processo. Todas as demais exigiam a introdução pela *actio* e o reconhecimento por sentença.²³ A observância do rito, tão característica desse período do direito, tinha o efeito de legitimar a força, de limitar a possibilidade de oposição da parte adversária e de evitar que a autotutela assim exercida fosse puramente privada e sem nenhum controle por parte da comunidade. Tanto é assim que os atos de autotutela foram gradualmente superados ou relativizados, e atualmente são tidos como característicos de uma forma mais antiga de *legis actiones*.²⁴

As fontes que possibilitam o estudo do período, aliás, são relativamente recentes, entre as quais se destacam a Lei das XII Tábuas (tábuas I e II, especificamente, destinadas ao regulamento do processo – século V a.C.) e as Institutas de Gaius (século II a.C., que descreve o procedimento tanto das *legis actiones* quanto do processo formulário). Embora o termo *legis actiones* apareça nas fontes apenas por volta do século III a.C. (em obras dos pretores), a denominação é utilizada também para retratar o período anterior, em função da característica comum de que sempre quando se falava em *actio*, se falava em *legis*, para deixar claro que a ação deveria ser fundada em lei.²⁵ É que no direito romano não havia separação entre direito privado e direito processual civil, e suas fontes, inclusive, apresentam conjuntamente e sem distinção disposições de direito material e processual, fazendo com que as consequências jurídicas fossem concebidas em conjunto com o procedimento destinado à sua satisfação.²⁶

Em uma visão global do período, apenas as situações abarcadas pelos *mores* (costumes) e pelas XII tábuas eram tuteláveis pelas *legis actiones*. O início do processo, que se dava na fase *in iure*, dependia da análise deste pressuposto processual de existir na ordem jurídica uma *actio* que protegesse juridicamente o caso em questão.²⁷ É característica do

sacerdotal, e mesmo depois o colégio dos pontífices manteve-se como guardião e protetor do conhecimento jurídico e das formas empregadas. ENGELMAN, , *op. cit.*, p. 242.

²³ KASER, *op. cit.*, p. 429.

²⁴ PUGLIESE, *Istituzioni...*, pp. 61-62.

²⁵ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 62. Ver também Institutas de Gaius, que é o exemplo prático da ligação entre ação e lei.

²⁶ KASER, *op. cit.*, p. 427. Não obstante a longa vigência das *legis actiones*, é possível evidenciar dois subperíodos, cujo marco divisor é representado pela mudança da flexão do substantivo *lex*, que passou do ablativo *lege* (função de adjunto adverbial) - utilizado no período mais antigo em *lege agere* ("agir pela lei") - para o genitivo *legis* (função de adjunto adnominal restritivo), utilizado na segunda fase em *legis actiones* ("ações da lei") - PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 62-63. Ainda assim, Pugliese justifica a adoção do termo *legis actiones* para representar todo o período arcaico na circunstância de ser tradicionalmente utilizado pelos romanistas.

²⁷ Se houvesse, o pretor concedia o processo, determinava o programa a ser seguido e nomeava o *iudex*; se não houvesse, o pedido do autor era liminarmente recusado (*actionem denegat*) - KASER, *op. cit.*, p. 431. Geralmente uma *legis actio* servia para tutelar mais de uma situação jurídica subjetiva, conforme as disposições dos *mores*, leis e a interpretação dada - PUGLIESE, *op. cit.*, p. 63. O direito subjetivo existe antes

período, além dessa tipicidade, também a formalidade do ato, oral e gestual, controlada pelo *rex* ou magistrado.²⁸

Já a solução do conflito surgido com a *vindicatio* (início do processo pelo autor) e a *contravindicatio* (defesa pelo réu) inicialmente cabia a um juízo sacramental, que posteriormente veio a ser substituído por um juiz próprio, escolhido pelo magistrado.²⁹ Quer dizer, nas *legis actiones* mais antigas, ainda se estava diante de um processo unitário, posteriormente passando-se a uma bipartição do processo entre a fase *in iure* – no tribunal, perante o magistrado (o *praetor*)³⁰ – e a fase *apud iudicem* – perante um particular, o *iudex*, a quem foi confiada a função judicial e a quem cabia prolatar a sentença (divisão entre *ius* e *iudicium*).³¹

O formalismo rígido das *legis actiones*, que poderia implicar à perda da ação pelo simples erro de forma, acabaria por torná-las odiosas.³² Gaio traz uma esclarecedora ilustração da força do formalismo: um autor que agia por causa de videiras cortadas, teria

do processo, por decorrência do ordenamento jurídico. A *actio*, porém, não deve ser vista como instrumento para tutelar direitos subjetivos, pela simples razão de que, no direito romano, não havia direito subjetivo formalmente instituído por um legislador. No direito romano o direito surgia do fato – *ex facto oritur ius*. Ter *actio* significa ter direito. O pretor, então, na análise inicial do pedido do autor, não lhe concedia uma *actio*, mas se comprometia em concedê-la se ao final as afirmações do autor fossem confirmadas pelo *iudex*. Assim, a *actio* é um agir, reparador da pretensão que foi reconhecida em juízo. Inicialmente, a *actio* era exercida pelo próprio particular, e posteriormente, no direito clássico e moderno, passou a ser exercida através do Poder Judiciário - SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008 pp. 273-275.

²⁸ A reprodução errônea da forma implicava à perda da ação.

²⁹ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 65.

³⁰ Magistrado era o rei e, posteriormente, o pretor. – KASER, *op. cit.*, p. 430. Nas *legis actiones* de cognição seguia-se o debate em juízo, ainda perante o magistrado, formando-se a *litiscontestatio*, quando o magistrado nomeava o órgão julgador - o *iudex*. A *litis contestatio* nessa época tinha um sentido diverso daquele que viria a assumir no processo *per formulas*. Nas *legis actiones*, a *litis contestatio* era tida como uma apresentação do processo perante testemunhas e como uma declaração das partes no sentido de que desejavam litigar uma com a outra, com submissão à decisão do *iudex*. Não obstante, em ambos os períodos – o que não acontece no período subsequente, da *cognitio extraordinem* -, a *litiscontestatio* servia de fundamento da relação processual que se estabelecia. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 344. As *legis actiones* de cognição eram a *legis actio sacramento in rem*, a *legis actione sacramento in personam*, a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Já as executivas eram a *legis actio per manus intectionem* e a *pignoris capio*. Posteriormente foram criadas novas ações. Para uma descrição das características principais de cada uma, consular ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 271-282.

³¹ KASER, *op. cit.*, p. 430. A razão da posterior bipartição das instâncias está no desenvolvimento dos litígios, tanto em número quanto em complexidade, exigindo, para além da figura do *rex* (mistura entre sacerdote e monarca, expressão da confusão entre *ius* e *fas*), magistratura com dedicação cada vez maior. Engelmann explica a divisão no sentido de que a primeira fase representava a força da República, ao passo que a segunda fase representava o povo. ENGELMAN, *op. cit.*, p. 247. Parece que essa não é a melhor explicação para a bipartição do procedimento, até porque o próprio conceito de república já expressava a força do povo romano (*Senatus Populusque Romanus*). A efetiva causa da bipartição parece estar na necessidade política de descentralizar o poder jurídico das mãos dos sacerdotes, que até então monopolizavam o procedimento civil, para que os particulares, na figura do *iudex*, também tivessem papel na ordem jurídica, aumentando inclusive a legitimidade da prática judicial.

³² Gaio, l. 4, 30. (RT, p. 189)

negada a ação simplesmente se usasse o termo “videira” (“*vites*”) em vez do termo legalmente indicado na lei, “árvores” (“*arboribus*”).³³ Esse fato evidencia a falta de poder do magistrado das *legis actiones*. A tutela jurídica deveria ser prestada tão somente com base nos termos da lei, e nada mais.

As *legis actiones* representam, então, o período embrionário do direito romano (modelo processual utilizado desde a fundação de Roma, século VIII a.C., até o século I a.C.).³⁴ Embora tenham se mostrado inadequadas para as novas necessidades, devem ser tidas como um avanço, já que originariamente o direito era aplicado pelos sacerdotes com base em critérios dificilmente previsíveis aos particulares. Não obstante, é certo que a tônica da aplicação do direito no período ora apresentado era de limitar a atuação dos magistrados, que nem sequer tinham papel na criação do direito. O direito era o que estava posto na lei, ou consagrado pelo costume, daí a limitação inclusive temática das matérias protegidas pelo direito por meio das ações tipicamente previstas de *legis actio sacramento in rem*, *legis actio sacramento in personam*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per manus iniectionem* e *pignoris capio*. Por evidente, tal concepção de direito deixou uma série de situações de fato carente de proteção jurídica, o que acabou por abrir caminho ao incremento do poder dos magistrados. A partir daí, os magistrados passaram a atuar fortemente na definição das situações tuteláveis e, em consequência, na própria formação do direito, tudo isso por meio das fórmulas, inaugurando um novo período do Processo Civil Romano. Enfim, como objeto de estudo, o processo da *legis actiones* evidencia a época em que o direito passou a ser preocupação da comunidade, tanto que surgiram profissionais na área (ainda que incipientes) e suprimiu-se a hegemonia dos sacerdotes, ou seja, evidencia o primeiro momento na história ocidental em que o direito passou a ser objeto de estudo e registro, como instrumento para garantir a ordem e a paz social.

³³ Cf. Gaio, Institutos, IV, 11.

³⁴ Época em que o sistema processual então em vigor foi desmantelado pela edição da *Lex Aebutia* (século II a.C.) e finalmente abolido pela *Lex Iulia iudiciorum privatorum* (17 a.C.) - PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 274-275. A não ser perante o tribunal dos *Centumviri*, em que as *legis actiones* continuaram sendo aplicadas – cf. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 282. A *Lex Aebutia* instituiu a prática da fórmula dada pelo pretor ao *iudex*, mas como nas *legis actiones* a fase *in iure* consistia na formação da *litis contestatio* mediante a intervenção do pretor, é bem provável que, na definição da controvérsia e no encaminhamento do caso ao *iudex*, o pretor já vinha adotado a prática, para facilitar seu trabalho, de remeter instruções escritas ao *iudex*. Assim, a *Lex Aebutia* veio apenas para institucionalizar algo que já se tornara praxe jurídica – cf. SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana: Esercizio e Difesa dei Diritti*. Padova, Cedam, 1936, p. 110.

1.1.1.2. O processo *per formulas*

O processo formulário (processo *per formulas*, ou *per concepta verba*) surgiu ainda na República Romana. Passou a ser utilizado a partir do século III a.C., com a criação do *praetor peregrinus* em 242 a.C.,³⁵ e por muito tempo viveu ao lado das *legis actiones*,³⁶ reservado, sempre, às matérias de direito privado.³⁷ Em uma época em que o comércio entre romanos e peregrinos acentuava-se constantemente, as *legis actiones*, elaboradas para tutelar apenas as situações de *ius civile* (do povo romano), deixavam de atender satisfatoriamente aos anseios de segurança jurídica das questões comerciais, cujos protagonistas muitas vezes eram peregrinos e sujeitos ao *ius gentium*. E mesmo entre os cidadãos romanos controvérsias respeitantes a negócios mais complexos nem sempre eram possíveis de serem reduzidas e apresentadas nos estritos termos de alguma ação da lei. O processo formulário veio justamente para preencher essa lacuna, estando adaptado às novas necessidades de uma ordem jurídica mais complexa. Muito mais elástico, o processo formulário dispensava as formas verbais e solenes, de modo que era também acessível aos peregrinos, os quais, aliás, nem seriam capazes de utilizar os termos complicados das *legis actiones*.³⁸ Com a edição das Leis Júlias (*Iuliae iudiciorum privatorum e publicorum*, de 17 a.C.), o processo formulário passou a ser utilizado em todas as situações,³⁹ tornando-se o processo civil ordinário do período clássico, apto a tutelar todas as situações jurídicas.

Ao contrário do que ocorria na época anterior, o pretor tinha o poder de adotar o meio que lhe parecesse mais oportuno para sanear a controvérsia que se lhe apresentava, o que ampliou consideravelmente as situações de fato tuteláveis pela ordem jurídica. Se nas

³⁵ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 266-267.

³⁶ ENGELAMANN, *op. cit.*, pp. 252-253. Discute-se acerca do surgimento do processo formulário, se surgiu como evolução interna das *legis actiones*, se foi instituído por lei, se decorreu da prática já adotada nas províncias, se se deveu ao pretor *peregrinus*, ao pretor *urbanus*. Não obstante essas várias hipóteses, o certo é que o processo formulário é resultado de um conjunto de fatores – PUGLIESE, Giovanni. *Il Processo Civile Romano. Il Processo Formulare*. v. 2. t.I. Milano: Giuffrè, 1963, pp. 23-73.

³⁷ Contrapõe-se *iudicia privata* a *iudicia publica*, representando esta última os processos penais. A diferença, contudo, se dava mais em termos de exigências de procedimento (não ser julgado por um juiz privado, p. ex.) do que de substância, tanto que algumas questões não estritamente privadas também utilizavam-se do processo formulário como os processos por multas ou as disciplinadas pela *Lex agraria*. PUGLIESE, *Il Processo Civile Romano*, v. II..., pp. 76-88.

³⁸ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 280.

³⁹ KASER, *op. cit.*, p. 433. Não obstante, algumas das *legis actiones* continuaram a ser utilizadas mesmo após a instituição do processo *per formulas* - PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 266-267.

legis actiones havia limitação em um esquema rígido, no processo formulário havia tantas fórmulas quantos fossem os direitos e ações reconhecidos.⁴⁰

Esse caráter mais maleável, flexível, do processo formulário, fugindo da rigidez das antigas *legis actiones*, é evidenciado já pelo fato de nas *legis actiones* se falar em *certa verba*, ao passo que no processo *per formulas* se fala em *concepta verba*.⁴¹ A diferença prática evidenciada por esses modos de descrever os respectivos períodos é que nas *legis actiones*, em razão da *certa verba*, o pretor autorizava a ação apenas e sempre que o autor apresentasse seu pedido nos termos específicos previstos na lei. Já no processo formulário, o pretor, agora com mais poderes, poderia e deveria determinar a instalação do *iudicium* quando verificasse que o pedido do autor correspondesse a uma controvérsia jurídica, ainda que o autor, na narração dos fatos, não tenha sido capaz de qualificar o caso com base em algum preceito de lei vigente. No processo formulário, portanto, a atividade do pretor, a fim de autorizar ou negar a ação, supera a atividade de simples análise da forma escolhida pelo litigante – como se dava nas *legis actiones* – para centralizar-se na análise dos fatos.⁴² Dos fatos, então, o pretor extraía o direito, o que foi o mote do processo civil clássico em Roma, representado pelo brocardo *ex facto oritur ius*.

A fórmula, elaborada pelo pretor com palavras que normalmente seguiam esquemas práticos, constituía o programa processual a ser observado pelo *iudex* e, assim, era a própria expressão da autoridade do pretor.⁴³ Servia a fórmula, então, a determinar a tarefa do julgador (*iudex*), estabelecendo qual o objeto do litígio e qual o valor da eventual condenação, tanto assim que uma sentença discrepante da fórmula era nula.⁴⁴

Com o sucessivo julgamento de questões novas e repetição de casos, os magistrados foram criando acervos de decisões e estabelecendo certos modelos de fórmula, com cláusulas a serem observadas, cujos termos, aliás, para além de simples preenchimento de espaços em branco, poderiam ser alterados para adaptar as cláusulas às especificidades do

⁴⁰ PUGLIESE, *Processo Civile Romano...*, v. II, p. 12.

⁴¹ Cf. Gaio, I.4, 29 e I. 4, 30.

⁴² ENGELMANN, *op. cit.*, p. 287. A análise da questão seria algo como “esses fatos apresentados pela parte – suas declarações deveriam provisoriamente ser tidas como verdadeiras – são capazes de dar lugar a uma relação jurídica que requeira proteção judicial?” – ENGELMANN, *op. cit.*, p. 287.

⁴³ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 277. Tão diversa a forma de agir em relação aos períodos precedentes que Gaio utiliza-se da expressão litigar *per formulam* em contraposição ao agir *per sponsionem* (4, 91; 4, 141) ou *per legis actionem* (4, 95), o que dá nome ao período.

⁴⁴ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 286 e 330. Ainda que assumisse a qualidade de programa processual, com todas as diretrizes a serem seguidas pelas partes e pelo *iudex*, a fórmula era geralmente condensada no espaço limitado de uma frase. Para consultar alguns exemplos de fórmulas, cf. KASER, *op. cit.*, p. 450 e ss.

caso concreto.⁴⁵ A despeito dos modelos de fórmulas e cláusulas existentes, era necessário que na fase *in iure* se procedesse à adaptação da fórmula à pretensão deduzida em juízo. O objetivo da fase *in iure*, assim, era a redação definitiva da fórmula, com a escolha do juiz ou dos *recuperatores*,⁴⁶ além de constituir o momento do *iudicium dare* (=dar a ação) e da definição da *litis contestatio*.⁴⁷ A fórmula, ainda que aprovada por decreto do pretor, não era definitivamente operante enquanto não houvesse a conclusão da *litis contestatio*,⁴⁸ que funcionava como uma espécie de consumação do que poderia ser chamado de direito de ação.⁴⁹

Como característica do direito romano, o exercício dos direitos pressupunha a utilização de um modelo: a *actio*. *Actio* era tanto a atividade concreta do autor quanto o modelo que seguia.⁵⁰ Os pretores lançavam *editos* nos quais elencavam algumas situações que já contavam com proteção definida, fazendo correlação entre uma determinada ação e a respectiva fórmula – fórmulas tipo,⁵¹ o que representa a germinação da ideia de se decidir e proceder com base em precedente, em decisão anterior do magistrado.

Havia no período formulário também uma certa tipicidade, pois quando da apresentação do objeto litigioso o autor deveria requerer a concessão de determinada *actio*, constante no *edito* do pretor.⁵² Mas era uma tipicidade decorrente da própria concepção de se agir pela experiência do passado e, enfim, de todo superável por eventual necessidade de se criar uma proteção jurídica a uma situação ainda não contemplada pelos *editos*, já que o pretor resguardava-se o direito de tutelar novas situações jurídicas ao conceder, por decreto, uma

⁴⁵ Foram individualizadas quatro cláusulas, quatro partes que geralmente estavam presentes nas fórmulas, ainda que não conjuntamente (Gaio, l.4, 39), que eram: i) *demonstratio*: explicava o motivo da ação, os fatos da controvérsia (Gaio, l.4, 40); ii) *intentio*: parte da fórmula que continha a pretensão do autor (Gaio, l.4, 41); iii) *adiudicatio*: dá ao juiz o poder de entregar a coisa a um dos litigantes (Gaio, l.4, 42); e iv) *condemnatio*: confere ao juiz o poder de condenar ou absolver, sempre de forma monetária (Gaio, l.4, 43). PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 291. KASER, *op. cit.*, pp. 457-458. Esses modelos de forma alguma deviam ser estritamente observados, servindo antes para facilitar e agilizar a resolução dos conflitos, o que demonstra que no processo formulário o magistrado estava mais preocupado com o conteúdo, enquanto nas *legis actiones* estava mais preocupado com o rigor formal - PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 278 e 293. ENGELMANN, *Op. Cit.*, pp. 288-299.

⁴⁶ *Recuperatores* era um colégio de jurados, não permanente, composto de 3 a 11 juizes, a quem competia julgar casos urgentes de interesse público. KASER, *op. cit.*, p. 444.

⁴⁷ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 317.

⁴⁸ O decreto do magistrado concedendo a ação representava uma aprovação da fórmula proposta pelo autor. Já a *litis contestatio* era um negócio jurídico, cuja conclusão, mediante aprovação de ambas as partes, atribuía poderes ao *iudex* ou *recuperatores*, submetendo, ao mesmo tempo, a controvérsia ao juiz, e as partes à sentença - PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 317.

⁴⁹ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 304.

⁵⁰ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 284.

⁵¹ KASER, *op. cit.*, p. 448; PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 284.

⁵² KASER, *op. cit.*, p. 440.

actio:⁵³ ou uma *actio in factum* - uma fórmula adaptada ao caso concreto -, ou uma *actio utilis* – uma fórmula derivada de outra, por analogia.⁵⁴

Ao lado do pretor, que era eleito anualmente pelos *centumviri*⁵⁵ como representante do poder da República, manteve-se, então, a figura do *iudex*, um particular a quem se confiava a função judicial.⁵⁶ Deferida a fórmula pelo pretor, seguia-se o *iudicium*, a cargo do *iudex*.⁵⁷ O *iudex* escolhido tinha o poder e o dever de julgar a causa, tinha um *munus iudicandi*, pelo que se diferenciava de um simples árbitro privado.⁵⁸ Perante o *iudex* produzia-se a prova, os maestros da retórica discutiam sobre seu conteúdo, seguindo-se a prolação da sentença ou a pronúncia do *non liquet*. A sentença implicava à formação da *res iudicata*, que tornava imutável a decisão – até porque não existia apelo –, e implicava também à formação de uma obrigação, a *obligatio iudicati*, que substituíra a obrigação original, e que era efetivada por meio da *actio iudicati*.⁵⁹

A bipartição das instâncias (*in iure e apud iudicem*), que já era adotada desde as *legis actiones* e que também foi a regra em algumas *cognitiones*, constituía uma das principais características do período. É que, ao passo que nas *legis actiones* a bipartição da instância foi fruto de uma evolução (de retirada do poder dos sacerdotes e atribuição de poder à sociedade civil), e nas *cognitiones* foi uma prática herdada da experiência e tradição, no processo formulário era o elemento específico e distintivo, uma vez que não haveria razão para existir fórmulas se não houvesse a necessária etapa posterior, *apud iudicem*.⁶⁰

⁵³ ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 306-307. A bem da verdade, o pretor não concedia uma *actio*. Ao contrário: prometia reconhecê-la, se as afirmações do autor forem confirmadas como verdadeiras.

⁵⁴ KASER, *op. cit.*, p. 449.

⁵⁵ Tribunal antigo e prestigiado, composto por aproximadamente 100 juízes, sob a presidência do *praetor urbanus*. KASER, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁶ Originariamente, os julgadores eram escolhidos pelo Senado. Com o aumento dos litígios, o círculo de pessoas legalmente qualificadas para atuar como julgadores teve de ser ampliado, passando a abranger também os *equites illustres*, e também os cidadãos que pagavam mais tributos. Posteriormente, foram os nomes compilados no *album iudicium*, que passou a servir como lista oficial dos cidadãos habilitados a atuar como juízes. ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 334-335. Em um primeiro momento, o julgador era escolhido pelo pretor dentre aqueles de sua confiança. Depois, adotou-se a prática da eleição pelas partes ou a designação por sorteio de um nome constante do *album iudicium selectorum*. KASER, *op. cit.*, pp. 443-444.

⁵⁷ Antes da citação, havia a *Edere actionis* (ou *editio actionis*), uma medida extrajudicial, prévia ao *iudicium*, em que o autor apresentava a causa ao demandado, inclusive expondo as provas e a fórmula a ser aplicada ao caso – KASER, *op. cit.*, p. 440; SCIAJOLA, *op. cit.*, pp. 150-151. Isso se assemelha à *common law*, no sentido de os litigantes apresentarem as armas que tem. Código processo civil inglês de 1999: exige protocolos anteriores à ação informando das armas e das pretensões. Isso é requisito para a futura demanda.

⁵⁸ KASER, *op. cit.*, p. 447. PUGLIESE, *Istituzioni...* p. 318.

⁵⁹ PUGLIESE, *Istituzioni...*, pp. 328-330.

⁶⁰ PUGLIESE, *Processo Civile Romano*, v II... p. 187.

Nessa época, como já ficou evidenciado, incrementou-se sensivelmente o papel dos magistrados (pretor) na criação do direito e no estabelecimento de precedentes.⁶¹ A grande diferença para com o período anterior é que agora foi reconhecido ao pretor poder de *imperium* (*potestas* delegado ao magistrado pelo povo, por meio da *lex de imperio*)⁶², um poder discricionário de comando que marcou profundamente o período e teve grande influência posterior.⁶³

Como o pretor não estava plenamente vinculado pelo direito escrito, podia também aplicar princípios de direito e com base neles decidir a causa, constituindo ele próprio o direito. Ocorre que era o *iudex* o encarregado pela decisão final, o que poderia causar um conflito de difícil solução, pois o detentor do *imperium* era o pretor, e não o *iudex*, e cabia apenas ao pretor decidir com base em princípios de direito. Ora, não seria suficiente que o pretor, por meio da fórmula, autorizasse a instauração do processo e deixasse a cargo do *iudex* a decisão final, pois essa decisão final, de lavra do *iudex*, poderia contrastar com aquela decisão que o pretor tinha em mente. É por essa razão que a fórmula era acompanhada por orientações vinculantes ao *iudex*. Ao lado do direito a ser aplicado, o pretor indicava ao *iudex* quais os pressupostos fáticos que deveriam ser objeto do procedimento probatório. Com a confirmação dos fatos noticiados pelo autor no início do processo e elencados pelo pretor na fórmula, confirmam-se as premissas estabelecidas pelo pretor, até culminar na necessária conclusão, simplesmente declarada pelo *iudex*. Isso era possível mediante uma técnica condicional utilizada pelo pretor, consistente em comandos sempre precedidos pela condição “*si paret...*” (“se parecer ao julgador...”).⁶⁴

⁶¹ Engelman distingue o processo das *legis actiones* do processo formulário nos seguintes termos: nas *legis actiones*, o magistrado apenas permitia ao *iudex* que proferisse uma decisão judicial, ao passo que no formulário a concessão do *iudicium* pelo pretor equivalia a uma ordem para que o *iudex* julgasse; nas *legis actiones*, tanto o magistrado quanto o *iudex* eram governados por direito promulgado, já no processo formulário o *iudex* era sujeito à extensa influência da autoridade dos editos dos magistrados. ENGELMAN, *op. cit.*, p. 242.

⁶² SCIALOJA, *op. cit.*, p. 73.

⁶³ O *imperium* era originariamente restrito aos reis do período monárquico. Na República foi deferido aos *consuls*, os quais herdaram os poderes dos reis e posteriormente foram substituídos pelos os pretores. CRANWELL, Ricardo E. *Las Legis Actiones Según el Jurisconsulto Gayo*. Buenos Aires: Coni Hermanos, 1909, p. 58. Os pretores exerciam o *imperium* legitimados por lei, que lhes dava tal poder enquanto vigente a pretura (*Lex curiata de imperio*) – cf. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁴ ENGELMANN, *op. cit.*, pp.287-288. Como na fórmula era utilizado o método do *si paret*, conclui-se que a *actio* era dada em hipótese. Não por outra razão a fórmula deve ser entendida como se o pretor emitisse um juízo hipotético. O julgamento só se forma ao final, se provados os fatos apresentados. A *actio*, assim, só vem ao final, de modo que a *actio* significava o mesmo que ter direito, e não simplesmente direito ao julgamento de mérito. PUGLIESE, *istituizione...*, p.284-285. SILVA, *Direito Material...* p. 274.

O pronunciamento do pretor na fórmula constituía um comando tanto na forma – em razão das palavras usadas, de inegável caráter imperativo, como *condemna, absolve, adjudica, pronuntia* –, quanto na essência, uma vez que advinha do pretor, autoridade oficial munida de *imperium*, direcionada a *munus publicum*.⁶⁵ Isso quer dizer que assim como o pretor tinha o dever de conceder o *iudicium* àqueles litigantes cuja controvérsia respeitava os termos legais do procedimento, o *iudex* estava vinculado ao comando emanado do pretor, para decidir conforme a orientação recebida.

Além do poder de *imperium*, havia a *iurisdictio*, exercida pelos julgadores desde o princípio das *legis actiones* e que compreendia a função de constituir o direito e organizar o processo. Para além de significar a pronúncia dos três verbos (*dare, dicere ed addicere*) e declarar a norma aplicável, a *iurisdictio* romana significava a própria conformação do direito ao caso concreto, não por meio de uma norma abstrata, mas como um comando concreto, referente ao caso *sub iudice*.⁶⁶ Como o direito na época era de certa forma fragmentado nos *mores* e legislação esparsa, e dele não se podia inferir com clareza e exatidão a solução da controvérsia, a *iurisdictio* tinha inevitavelmente de constituir direito, de criar a norma concreta a partir do direito em vigor.⁶⁷ *Imperium* e *iurisdictio*, eis as duas funções da magistratura da época, sendo que, em determinado sentido, ambas eram exercidas pelo pretor. Isso porque era o pretor quem determinava ao *iudex* como julgar. O pretor indicava a norma (*ius dicere*), e o *iudex*, por sua vez, julgava sob as orientações do pretor. Em última análise, eram os próprios magistrados (os pretores) quem exerciam a *iurisdictio*, a função de *ius dicere*, até porque a *iurisdictio* é tida como uma *potestas* compreendida dentro do *imperium*.⁶⁸

O exercício da *iurisdictio* pelo pretor se dava justamente ao autorizar ou negar o exercício da ação e a introdução do processo, ocasião em que indicava ao *iudex* o direito a ser aplicado. O *iudex*, portanto, utilizando-se de sua função de *iudicare*, era o órgão competente para a prolação da decisão, mas se limitava pelas diretrizes passadas pelo pretor na fórmula.⁶⁹

⁶⁵ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 286.

⁶⁶ PUGLIESE, *Il Processo Civile Romano*, v. II..., p. 114.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 114.

⁶⁸ PUGLIESE, *Processo Civile Romano*, v. II..., p. 118.

⁶⁹ SILVA, *Direito Material..* p. 267. O *iudex* inicialmente foi tido como aquele que *ius dicit* (Lei das XII Taboas, 2,2), e posteriormente sua atividade passou a ser indicada pelo verbo *iudicare* – CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo Istituzionale Del Processo Privato Romano*, in *Il Processo Formulare*. Turim: Giappicelle, 1982, v. II, p. 21, *apud* SILVA, *Direito Material...* p. 268.

Como se vê, *iurisdictio* e *imperium* não estavam separados nessas fases arcaica e clássica do direito romano, já que ambos faziam parte das atribuições da grande figura do pretor.⁷⁰

O pretor, aliás, não tinha um corpo de leis definido do qual pudesse retirar a solução da causa. O *dicere ius* pretoriano equivalia mesmo a uma atividade análoga ao legislador moderno, como se legislasse no caso concreto, criando direito para o futuro por meio dos seus precedentes.⁷¹ Uma atividade análoga, e não idêntica, pois o pretor não criava normas em abstrato – como o faz o legislador moderno –, mas criava um vínculo concreto para regular a situação das partes,⁷² do que se extraía uma proposição jurídica a ser condensada nos *editos* destinando-se a servir como direito vigente.

Os pretores, portanto, eram os próprios desenvolvedores do direito na época do processo formulário.⁷³ Se os modernos falam em direitos, os romanos falam em ações, em *actio*. Ao passo que os modernos da tradição romano-canônica identificam no legislador o

⁷⁰ Cf. PUGLIESE, *Il processo civile romano – Le legis actiones*, p. 163, *apud* Ovídio, *direito material...* pp. 267-268. A *iurisdictio* que cabia ao pretor era apenas a civil, o que é representado pela tripartição de suas funções em *dare, dicere ed addicere*. *Dare* significa *dare iudicem*, a autoridade do pretor de apontar ao *iudex* o norte da decisão; *dicere* diz respeito a *dicere ius*, a autoridade do pretor em administrar justiça, em criar direito; e *addicere* remete a *addicere rem*, o poder do pretor de efetivar o julgado - ENGELMANN, *op. cit.*, p. 255. Mais sobre esse ponto em GIOFFREDI, Carlo. *Diritto e Processo nelle Antiche Forme Giuridiche Romane*. Roma: Apollinaris, 1955. Em oposição, no sentido de que a função do pretor era administrativa, expressada por suas ordens, ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 353 e ss. Registre-se, porém, que em determinada passagem de sua obra Engelmann descreve o pretor como vestido pela jurisdição - ENGELMANN, *op. cit.*, p. 286. O exercício conjunto da *iurisdictio* e do *imperium* ficou mais evidente a partir do século II d.C., quando a *iurisdictio* passou a abarcar também a função penal. É que havia duas noções de *iurisdictio*, uma vulgar e uma técnica, e a noção técnica historicamente foi mais restrita, para deixar de fora algumas atividades típicas do pretor Cf. PUGLIESE, *Processo Civile Romano...*, p. 116. De resto, Os pretores dividiam-se em *praetor urbanus* (criado em 367 a.C.) e *praetor peregrinus* (criado em 242 a.C.), com competências bem definidas: aos primeiros cabia julgar os litígios entre cidadãos romanos, e aos segundos julgar os litígios em que uma das partes fosse peregrino. A atividade dos pretores formou paulatinamente o *ius honorarium*, que ficou conhecido como o direito produzido pelos pretores, por meio dos *editos*, no intuito de densificar, complementar e corrigir o direito então existente, constituindo-se em corpo jurídico paralelo ao *ius civilis*.

⁷¹ A multiplicidade de fontes, somada ao seu caráter não coercitivo, determinava o caráter criativo da jurisprudência. A discricionariedade inerente à jurisprudência é um ponto a respeito do qual a doutrina moderna nem sequer controverte. Cf. VACCA, Letizia. *La Giurisprudenza nel Sistema delle Fonti del Diritto Romano*. ed. 2. Torino: G. Giappuchelli Editore, 2012., p. 61. “Enquanto nossos juízes estão submetidos a declarar o direito que o soberano estratificou nos códigos, o Pretor criava-o a partir de outras fontes que lhe permitiam uma ampla área de *discricionariedade*, verdadeiramente criadora de direito” SILVA, *Direito Material...* p. 278. E, mais a seguir na mesma obra: “dizer o direito – *ius dicere* – era uma função do Pretor, hoje é função do legislador. Quem exerce a jurisdição, tal como a exercia o Pretor romano, é o Poder Legislativo. A jurisdição que nossos magistrados exercem é uma função delegada, como era a exercida pelo *iudex*” (SILVA, *Direito Material...* p. 279).

⁷² SILVA, *Direito Material...* p. 270.

⁷³ PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 281. É certo que os demais jurisconsultos também tinham grande relevância na formação jurídica em Roma. Mas o encarregado de dar forma, eficácia e publicidade a esse direito era o pretor, por meio dos *editos*.

responsável pela criação do direito, em Roma, no período clássico, as leis eram esparsas e poucas situações eram juridicamente tuteladas. Como o direito não se identificava com um conjunto abstrato de normas, havia poucos direitos (*ius*). A análise da controvérsia centrava-se, assim, sobre os fatos. Não por outra razão a *jurisprudencia* (*juris prudentia*) romana mantinha fortes vínculos com a prudência enquanto virtude delineada pelos gregos. A *prudencia* era aplicada como tradução do termo grego *phronesis* e revelava, assim, um tipo de saber que orienta a ação (*praxis*).⁷⁴ O direito romano clássico era mais obra dos pretores que buscavam o justo segundo a natureza, utilizando-se da dialética de Aristóteles, sem estarem preocupados com a sistematicidade e com a uniformidade e não-contradição.⁷⁵ Para além de uma aplicação dedutiva do direito – ao contrário do que lhe pretendeu atribuir parte dos romanistas modernos, que o encaixaram em método dedutivo, axiomático⁷⁶ –, o direito romano clássico era um direito do caso, construído pelos pretores a partir da resolução dos problemas práticos, sem existir um sistema de dispositivos normativos. Aliás, nem sequer existiam regras abstratas, previstas abstratamente em dispositivos. Existiam, sim, proposições,

⁷⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *Prudência e Jurisprudência* – uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. Disponível em <http://academicodireito.com>, acesso em 26 de junho de 2012. P. 01. Gustavo Zagrebelsky indica que há uma contraposição entre o que se designa por *scientia juris* e o que se designa por *juris prudentia*, a primeira como racionalidade formal, a segunda como racionalidade material: “Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo. Son dos mentalidades contrapuestas em general. Em el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina ‘razonabilidad’: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la ‘prudencia’ em el tratamiento del derecho” - ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 123.

⁷⁵ “O ‘método de interpretação’ – ou melhor, de elaboração do direito – dos jurisconsultos clássicos é, em essência, conforme ao ensinamento de Aristóteles: recurso aos textos provenientes quer da tradição jurisprudencial (*ius civile*), quer do pretor, dos comícios ou do Senado; e, contudo, caso seja necessário, correção do texto em nome da *equidade*, noção aristotélica” – VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 72. “

⁷⁶ Max Kaser, *apud* Villey, p. 73. “Quando, num tratado recente, tratam-se as fontes do direito canônico clássico como se esse direito consistisse em regras, sob as rubricas ‘da criação e da interpretação das regras’, comete-se um erro de perspectiva. Transpõem-se os hábitos positivistas para uma época à qual eles não convêm. (...) Os jurisconsultos romanos, assim como os da Idade Média, escreveram sobretudo obras de casuística jurídica; por isso permanecem sempre perto dos fatos da ‘causa’, capazes de extrair a solução dos fatos objetivos (...), de haurir o direito da *natureza*. Ademais, não dispondo de regras assimiláveis ao direito, que nos dariam o direito já pronto e do qual teríamos apenas que ‘deduzir’ a solução do processo, essa busca parte mais humildemente das *opiniões* existentes sobre a espécie de caso discutido” – VILLEY, *op. cit.*, pp. 430-431. Mais adiante na obra (pp. 502-503), o autor retoma o assunto e afirma, de novo com esteio em Max Kaser, que “o verdadeiro direito romano é tudo menos ‘axiomático’. Ele não deduz suas soluções de regras dadas de antemão (...) Não procede de cima para baixo, a partir dos axiomas ditados por um sábio legislador. Não é um direito legalista, faz uso apenas de um número mínimo de leis, e seria inútil buscar nele o equivalente dos códigos modernos. Ele só pratica moderadamente o raciocínio dedutivo (...) Os juristas romanos trabalham com a ajuda de um método casuístico (...), geralmente segundo as vias da *dialética* aristotélica”.

expressões abreviadas contendo as experiências adquiridas pela casuística, cujo conteúdo deveria ser atribuído em estrita observância dos casos dos quais extraídas.⁷⁷

Daí se segue que o pretor era figura essencial do período. Utilizando-se de seu *imperium*, tinha o poder de oferecer tutela jurídica a situações antes não previstas abstratamente, e o fazia por meio de direito público, concedendo uma *actio* e elencando-a no *edito*. Essa a razão de o objeto do direito em Roma ser a *actio*, e não tanto o *ius*.⁷⁸ De fato, no contexto do direito romano clássico a *actio* era uma instituição fundamental, pois representava o ponto de ligação entre o processo e o direito material e possibilitava a própria solução do litígio. Ao desenvolverem o sistema de ações, os pretores, por via reflexa, estavam desenvolvendo o sistema de direitos.

Nesse sistema construído pelos pretores, a resolução do conflito entre os particulares contava com a participação destes em contraditório. Uma vez que não existia um direito de emanção imperial com pretensão de prever todos os casos conflitivos e predeterminar a solução justa, competia aos atores do processo, por meio do contraditório, alcançar a solução justa dentro do processo - *Iudicium est actus trium personarum* (Búlgaro). A solução da controvérsia baseava-se, assim, na prudência, um saber prático para alcançar o justo meio, sendo conceitualizada como virtude do homem de ação, distinta da sabedoria, que caracterizava o filósofo.⁷⁹ Como se sabe, a filosofia nunca poderia ultrapassar o estágio da discussão ou da disputa para alcançar o estágio da decisão. Essa tarefa fica a cargo da prudência.⁸⁰ É nesse ponto que se evidencia a grande contribuição romana: ao conciliar o espírito grego da *phronesis*, no sentido de orientar a ação, com a prudência do homem político, no sentido de conformar o certo e o justo, possibilitou o desenvolvimento do direito romano de forma muito mais sofisticada que o direito grego.⁸¹ A jurisprudência romana, assim, é a ciência do justo e do injusto, com um saber jurídico identificado com o conhecimento da realidade das coisas.⁸²

⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56-61. BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte de Direito*. Trad. Lenine Nequete. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 132.

⁷⁸ SCIALOJA, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁷⁹ BARZOTTO, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁰ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?* Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 11.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 64.

⁸² Conforme Barzotto, a jurisprudência, do modo como concebida pelos romanos, destinava-se mais à formação de políticos que de juristas - BARZOTTO, *op. cit.*, p. 9.

A prudência aplicada no âmbito jurídico guiava a atividade do pretor, daí resultando os *editos*, os quais eram dotados de força vinculante – pois implicavam a que situações semelhantes também recebessem tutela jurídica – e, em consequência, alteravam o direito em vigor. O pretor editava seus *editos* estabelecendo quais as situações tuteláveis. Por força de seu *imperium*, aquilo o que o pretor estabelecia nos seus *editos* era tido como palavra da República, ainda que não com a mesma força de lei,⁸³ numa expressão típica de direito por meio de precedentes.

Os *editos* vigiam durante a pretura (um ano), e a cada ano novos *editos* eram editados. Os princípios legais aplicados em juízo, cristalizados nos *editos*, mantinham-se assim em um constate estado de fluxo: aqueles que serviam adequadamente à prática jurídica mantinham-se nos *editos* posteriores (fenômeno conhecido como *edictum traslatitium*), e aqueles que não tinham utilidade prática eram revogados. Também novas situações e relações eram contempladas pelos *editos*, passando a ter, dessa forma, reconhecimento jurídico.⁸⁴ Os *editos*, enfim, em determinado momento histórico foram consolidados no *Editum Perpetuum*, que passou a representar a recolha da experiência passada.⁸⁵

Ainda que o protagonista do *iudicium* fosse o *iudex*, a atividade do pretor não se limitava simplesmente em concedê-lo e prepará-lo, pois atuava durante todo o procedimento, mediante provimentos integrativos.⁸⁶ Os provimentos integrativos constituíam-se em medidas fundadas no *imperium* do pretor, tendo por função tutelar situações jurídicas em setores não cobertos pelas ações e assegurar o correto desenvolvimento do processo ordinário e a eficácia do resultado, e por isso os romanistas tendem a excluí-los do âmbito da *iurisdictio*.⁸⁷ Aliás, os interditos – uma espécie de provimento integrativo – constituem demonstração inegável do *imperium* do pretor romano. Utilizados para regular determinada situação fática, antes mesmo

⁸³ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 252.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 317.

⁸⁵ O *Editum perpetuum* foi consolidado no Império Romano, no século II d.C., por ordem do Imperador Hadrian e por execução por parte do jurista Salvius Julianus. A disciplina do *Editum perpetuum* não podia ser alterada pelos magistrados, uma vez que era tida como direito promulgado, como lei – cf. ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 263-264.

⁸⁶ SCIAJOLA, *op. cit.*, p. 152 e 183.

⁸⁷ A influência da concepção de que os provimentos integrativos do pretor não tinham natureza jurisdicional sobre o conceito moderno de jurisdição é magistralmente exposta por Ovídio A. Baptista da Silva. Cf. SILVA, Ovídio Araújo da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 17 e ss. Eram estes os provimentos: i) *interdictum*: ordens emanadas do pretor para situações que não contavam com ações típicas; ii) *in integrum restitutiones*: para fazer voltar a situação anterior ao fato, ato ou negócio jurídico; iii) *le missiones in possessionem*: por meio da qual o magistrado autorizava alguém a se imitar na posse dos bens de outrem; iv) *stipulationes praetoriae*: o magistrado, ao invés de dar uma ação ou um *interdicto*, fazia um terceiro prometer mediante *stipulatio* dar uma soma em dinheiro ao titular do interesse – cf. PUGLIESE, *Istituzioni.....*, pp. 335-341.

da instauração do processo, eram expedidos pelo pretor, como ordem às partes, sem necessariamente fazer uma ligação com o direito existente. Era uma ordem, portanto, fundamentada simplesmente no poder de império, para decidir uma questão e ordenar que se faça ou deixe de fazer algo (Gaio, IV, 139). Apenas depois de emanada a ordem e de exigida pela parte é que poderia a situação dar ensejo a um processo.⁸⁸ Os interditos, assim, expedidos tão somente com base nos fatos apresentados ao pretor, pouco auxiliavam no aprimoramento da ordem jurídica. Eram medidas paliativas. Como quer que seja, após a consolidação do império do pretor e de sua função de conceder ação a situações não previstas nos *editos*, por meio das *actiones in factum*, os interditos foram perdendo seu campo de utilização, substituídos justamente pela *actio in factum*.⁸⁹ A *actio in factum*, além de representar o *imperium* do pretor, também colaborava com o enriquecimento do patrimônio jurídico, amalgamando explícita e inequivocamente as funções “administrativas” e jurisdicionais do magistrado, e afastando a ilusória distinção radical entre questões de fato - que seriam resolvidas pela “função administrativa” do pretor - e questões de direito - as quais seriam objeto da *iurisdictio* propriamente ditas.

O processo formulário servia adequadamente às necessidades do povo romano, e teve alcance territorial muito maior que as *legis actiones*. Ao passo que as *legis actiones* tiveram aplicação quase que restrita a Roma, o processo formulário foi largamente utilizado nas províncias, muitas vezes com matizes característicos, determinados pelos poderes específicos do pretor da província.⁹⁰ Não obstante, motivadas também pela distância do centro do poder, algumas províncias e cidades romanas mais importantes, após a extinção das *legis actiones* (século I a.C.), não adotaram a prática das fórmulas e decidiam as controvérsias diante de tribunal próprio, com regras de procedimento próprias: as chamadas *cognitiones*, por meio das quais a cognição era procedida diretamente pelo magistrado ou funcionário imperial perante o qual havia sido inicialmente apresentada (sem a obrigatória divisão em

⁸⁸ Em vista desse caráter dos interditos, de serem extravagantes ao direito e fundamentarem-se mais no império do magistrado do que no sistema de ações em vigor, costuma-se classificar os interditos na função administrativa do pretor, e não na sua função jurisdicional, o que é objeto de severas críticas por parte de Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Direito Material e Processo...*, pp. 263 e ss.

⁸⁹ SCIAJOLA, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁹⁰ O processo formulário foi aplicado tanto nas *provincia populi Romani* quanto nas *provincia imperiali*. Nas províncias era aplicado de acordo com as contingências locais, experimentando especificidades no que concerne ao processo aplicado em Roma. Pugliese, processo civile romano, II, p. 17 e pp. 96-102. Essa aplicação se deu também em Britannia, a província que atualmente corresponde ao território da Inglaterra, e que fez parte do Império Romano de 43 a.C. a 410 d.C.

duas fases, *in iure e apud iudicem*).⁹¹ Esse fenômeno de aplicação disforme do procedimento ocorria também em parte dos novos territórios anexados, que não receberam o processo formulário ou aplicavam-no com desvios.⁹² Apenas com a concessão de cidadania romana a todos os habitantes do império, em 212 d.C., é que se buscou uma uniformidade na aplicação do direito em todo o território, o que implicou, porém, a problemas decorrentes da importação de um tipo de procedimento, e à consequente decadência do processo formulário.⁹³ Foi aí que se introduziu grande reforma jurídica por obra do príncipe e do senado, que levou à tutela processual por meio de *cognitio*.⁹⁴

1.1.1.3. *Extraordinariae cognitiones*, o direito justinianeu e o direito romano-canônico

No ano 27 a.C. o Senado investiu Otaviano no poder supremo, com a denominação de *princeps*. Iniciava-se, assim, o Império Romano, o que representou a centralização do poder político na figura do *princeps* e renunciava a total alteração do contexto político-judiciário, em que o direito, até então construído no processo, saía das mãos do pretor para ser abraçado pelo Príncipe, o qual centralizava toda a produção jurídica a fim de garantir a unidade do Império.

Já no início do Principado (a primeira fase do Império) o processo formulário perdeu força e acabou se fundindo com o *cognitório* que, aperfeiçoado, tornou-se a base do processo comum. As *cognitiones*, aplicadas inicialmente apenas em algumas províncias ou, em Roma, somente em alguns tipos de controvérsia, passaram a ser o modelo processual ordinário, em substituição ao processo *per formulas*, suprimido oficialmente apenas em 342 d.C.⁹⁵ A evolução das *cognitiones* é melhor apreendida dividindo-se a análise em duas fases: a

⁹¹ Já o julgamento por julgador não escolhido pelas partes discrepava das linhas básicas do processo formulário. PUGLIESE, *Istituzione*, p. 341 e 347.

⁹² PUGLIESE, *Istituzioni...*, p. 341.

⁹³ *Ibidem*, p. 341. Isso porque os novos cidadãos, muitos da civilização helenística, sofreram um impacto na sua tradição jurídica e processual, tornando difícil a manutenção do processo formulário. Pugliese, p. 767.

⁹⁴ A *cognitio* na verdade já era exercida pelo pretor no processo formulário, ao conceder a fórmula, mas como nesse novo estágio a *cognitio* centralizava as atividades de *ius* e *iudicium* em um mesmo órgão, sendo estranha ao modelo então conhecido, foi denominada de *cognitio extra ordinem* (as fontes a denominam de *extraordinariae cognitiones*). Cf. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 316.

⁹⁵ KASER, *op. cit.*, p. 465. PUGLIESE, *Istituzioni...*, pp. 766-767. Quando as *cognitiones* passaram a ser o procedimento ordinário não havia motivo para continuar denominando-as de *extra ordinem*, tanto que as fontes, a partir daí, passaram a fazer referência a *extraordinaria cognitio*, ao passo que o direito civil e pretoriano eram conhecidos como *ius ordinarium*. Em 342 d.C. foi editada a constituição de Constantius e

do processo cognitório clássico (com o surgimento do Principado), e a do processo cognitório pós-clássico (com a superveniência do Dominato, em 285 d.C., com Diocleciano). Isso porque a caracterização das *cognitiones* tem íntima relação com o poder do imperador, e esse poder tem diferentes conotações em cada uma dessas fases políticas.

A afirmação do processo cognitório implicou à superação do processo formulário e, em consequência, à alteração da metodologia jurídica. Se no período anterior os pretores eram vistos como representantes da República e tinham o poder de produzir direito dentro do processo, agora o imperador, no seu desiderato de centralizar o poder político, devia também eliminar outras fontes de direito. Para a consecução dessa finalidade, o imperador utilizou como instrumento a diminuição do poder dos pretores, o que teve início com a edição do *edictum perpetuum*.

Com a consolidação de todos os *editos* (documento elaborado pelo pretor que previa as situações tuteláveis juridicamente) anteriores em um único documento (*edictum perpetuum*), não mais havia necessidade dos pretores editarem e reeditarem, a cada ano, novos editos confirmando as situações passadas e prevendo novas situações tuteláveis pela ordem jurídica.⁹⁶ E dado o grande número de *editos* existentes e consolidados no *edictum perpetuum*, ou seja, dado o grande leque de situações oficialmente acobertadas pelo direito, o pretor praticamente não mais tinha grande relevância na criação do direito – embora permanesse editando *editos*, essa atividade não tinha muito sentido prático.⁹⁷ É claro que, no desenrolar do procedimento, a atuação do pretor, com seu *imperium*, era de suma importância para a eficácia da *actio*. Porém, ao deixar de editar *editos* com a mesma frequência, seu poder perante a sociedade foi perdendo força em razão da ausência de demonstração explícita. Aliás, o fato do *editum perpetuum* ter força de lei e só poder ser alterado pela lei também teve reflexos na sociedade no que toca à ideia popular do que seja direito, que passou a ser identificado ao direito emanado do poder central, tão somente.

Ao passo que no Reino e na República o direito consistia primordialmente nos costumes (*mores*), na opinião dos jurisconsultos e nos *editos* dos pretores (=precedentes judiciais), no Império Romano o direito em grande parte indentificava-se com o material

Constans, a qual oficialmente deixou de lado o processo formulário. Antes disso, porém, com a constituição de 294, de Diocleciano e Maximian, o processo formulário já havia sido completamente descaracterizado, ao suprimir a antiga separação do procedimento em *ius* e *iudicium* e a consequente abolição da bipartição de instâncias, do *datio iudicis*. ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 318-319.

⁹⁶ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 317.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 318.

jurídico emanado do imperador (=lei). O poder do Príncipe de participar e garantir a aplicação do direito imperial foi o mote das *cognitiones*. Com justificação jurídica em uma lei editada em 30 a.C., e também com base no seu perfil sócio-político, na sua *auctoritas*, o Príncipe sentenciava questões cíveis e penais por meio do *appelo*. O *appelo*, nessa época anterior, ainda não designava a impugnação de uma sentença já proferida, mas a invocação do próprio juízo de Otaviano e dos sucessivos príncipes.⁹⁸

Ainda durante as *cognitiones* não imperiais (clássicas), o imperador, que gradualmente foi usurpando as funções antes exercidas pelo *praetor*,⁹⁹ estabeleceu-se institucionalmente como juiz de segundo grau.¹⁰⁰ A formação do direito por parte do imperador e o fato de ele próprio delegar suas funções ao magistrado densificaram o princípio do *iura novit curia*, tanto que as partes não precisavam mais elaborar um requerimento exatamente de certa forma, pois era pressuposto que o magistrado conhecia o direito a aplicar.¹⁰¹ Essa delegação e controle dos atos por parte do poder central trouxe consigo a burocratização do processo, enfraquecendo a oralidade, até então dominante, para que os atos passassem a ser reduzidos em ata, possibilitando a sindicabilidade das decisões.¹⁰²

A par disso, no campo político, o império romano mudava suas características básicas. No século III, com a assunção do poder por Diocleciano, superou-se a fase do Principado e inaugurou-se a fase do Dominato. Sob o Principado, o governo autocrático do imperador era mascarado por formas e convenções herdadas do período político da República Romana (509 a.C. a 27 d.C.), ainda sob o lema *Senatus Populesque Romanus* (SPQR). Já no

⁹⁸ PUGLIESE, *Istituzioni...*, pp. 342-343.

⁹⁹ SILVA, *Direito material...* p. 265. A própria figura dos pretores desapareceu – a do pretor *peregrinus* deixou de justificar-se em razão da edição da lei de Caracala, concedendo o direito geral de cidadania, e a do pretor *urbanus* foi adjudicada pelo *praefectus urbi* - ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 263-265.

¹⁰⁰ A difusão dessa atividade revisora induziu-o a nomear outros funcionários e delegar-lhes a função, como é o caso do *praefectus urbi* e do *praefectus praetorio*. Havia uma hierarquia entre esses órgãos judicantes e não raro a nomeação do julgador era acompanhada de uma orientação vinculante de como decidir.

¹⁰¹ Na ausência de um corpo claro de leis, não existia a categoria do direito subjetivo no direito romano clássico, e nem antes das consolidações levadas a cabo no Império. O autor apresentava ao pretor não um direito subjetivo, mas um conjunto de fatos, os quais seriam qualificados juridicamente pelo pretor. Aí a idéia de *iura novit curia* tem fundamento, porque é o pretor que constrói o direito a partir dos fatos (o direito nascia dos fatos – *ex facto oritur ius*), cf. SILVA, *Direito Material..* pp. 273-275. No direito contemporâneo esse princípio perde o sentido original, pois atualmente os particulares apresentam as controvérsias com a indicação do direito a ser aplicado, construído por ele mesmo, no exercício de sua função constitucional de participação na aplicação do direito por meio do contraditório.

¹⁰² KASER, *op. cit.*, p. 471.

Dominato, o imperador exibia claramente os sinais do seu poder – p. ex., usava coroas, púrpuras e outros ornamentos simbólicos¹⁰³ –, o que se refletiu também na ordem jurídica.

Com a monarquia absoluta representada pelo Dominato verificou-se, então, uma modificação do caráter do processo.¹⁰⁴ As *cognitiones* pós-clássicas (*cognitiones* da época do Dominato, enquanto o processo da época do Principado é denominado de *cognitiones* clássicas) constituíram um novo modelo processual, baseado no direito imperial, desenvolvido perante órgãos estaduais e sem bipartição.¹⁰⁵ O poder do imperador de participar na aplicação do direito, que se via desde o processo formulário por meio do *appelo*, nesse novo período passou a ser a tônica do processo. Em geral, o processo imperial, tanto no que toca ao conteúdo da decisão quanto ao próprio desenrolar do procedimento, fundava-se sobre o poder discricionário do príncipe.¹⁰⁶

A avocação, por parte do imperador, dos poderes tradicionalmente exercidos pelo pretor é evidenciada pelo procedimento da *rescripta*. Por meio da *rescripta* se invocava a jurisdição do próprio imperador, que poderia ou decidir prontamente a causa (decisão precedida de uma investigação dos fatos), ou indicar os fatos a serem esclarecidos e os princípios legais a serem aplicados (por meio de uma decisão denominada de *epistola*) e assim delegar a decisão a um julgador por ele indicado.¹⁰⁷ A *epistola* era uma resposta genérica e condicional ao resultado da prova, geralmente acompanhada da cláusula *si vera sunt* (se for verdade...), sem, portanto, decidir o mérito da causa. Não obstante, esse parecer do imperador acerca da questão jurídica era vinculante ao juiz de primeira instância, e daí a importância do imperador na formação do direito mesmo durante o processo.¹⁰⁸ *Epistola* e *rescripta* constituíam, assim, respostas do imperador a questões jurídicas que lhe fossem apresentadas. Para consolidar a influência do príncipe no desenho do direito da época, suas sentenças, chamadas de *decreta*, incluíam-se nas *constitutiones principes* e valiam como fonte de direito, assim como as *epistola* e *rescripta*, todos aplicados com força de lei (Gaio, I.5).¹⁰⁹

Em que pese a inédita intromissão do imperador no âmbito jurídico, a função judiciária foi prestigiada. O juiz – o funcionário que exercia a *iurisdictio*, uma vez que

¹⁰³ LEMERLE, Paul. *História de Bizâncio*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 4.

¹⁰⁴ KASER, *op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁵ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 767.

¹⁰⁶ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 345.

¹⁰⁷ ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 321-322.

¹⁰⁸ KASER, *op. cit.*, pp. 472-473

¹⁰⁹ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 344 e 792.

desapareceu a figura do juiz privado¹¹⁰ – teve os poderes incrementados e a autotutela foi suprimida graças ao aumento dos poderes dos auxiliares do juízo, podendo ser requisitada inclusive força militar. Essas medidas garantiam que a tutela fosse prestada inteiramente por meio do Império e independentemente da colaboração da parte ré, tanto que a contumácia passou a ser largamente admitida.¹¹¹

Porém, se de um lado o juiz experimentou acréscimo de poder, de outro lado o juiz não tinha nenhuma discricionariedade (salvo na adaptação do procedimento a exigências específicas do caso),¹¹² uma vez que foi suprimido o poder criativo do pretor e dos órgãos jurisdicionais em geral.¹¹³ Ao passo que no período clássico a lei era apenas uma fonte secundária do direito, se confrontada com o direito produzido em juízo pelos pretores e expressado nos *editos*, no direito romano imperial a lei consolidou-se como fonte primeira. Ora, era justamente aquela pluralidade de fontes (lei, *senatusconsultos*, constituições imperiais, resposta dos prudentes, *editos*¹¹⁴) que determinava o caráter criativo da jurisprudência, já que as fontes do direito não tinham um sentido coercitivo.¹¹⁵ No império, porém, as ações passaram a ser resolvidas não tanto com base no direito tradicional, mas, principalmente, com arrimo nas novas constituições imperiais (*constitutiones principes*), que constituíam um corpo de normas que predeterminava os efeitos de vários atos processuais e disciplinava até mesmo a valoração da prova, com a inclusão do sistema de prova legal.¹¹⁶

Como características processuais, manteve-se nas *cognitiones* pós-clássicas aquilo que já vinha sendo praticado desde as *cognitiones* clássicas: a unicidade do procedimento, sem a obrigatória divisão em duas fases (*in iure e apud iudicem*).¹¹⁷ Apesar da superação da divisão do procedimento em duas fases, o desenvolvimento do processo evidenciava etapas bem definidas: comparecimento das partes diante do juiz, a *litis*

¹¹⁰ Não obstante, o magistrado continuou a ser denominado de “*iudex*”. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 320.

¹¹¹ PUGLIESE, *Istituzioni....*, pp. 768-769. KASER, *op. cit.*, p. 466.

¹¹² KASER, *op. cit.*, p. 466. A introdução do *appello* com função de revisão da sentença implicou também à sujeição da atividade do juiz a controle superior. Com a reforma do ordenamento provincial feita por Diocleciano (entre 284-305) e a consequente reestruturação territorial da administração, instituiu-se hierarquia entre os órgãos judiciais, estabelecendo-se inclusive um tribunal de revisão, posicionado entre o juiz e o tribunal imperial. Estava previsto, ainda, um modo extraordinário de impugnação, diretamente ao imperador, por meio da *supplicatio* - PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 769.

¹¹³ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 769. KASER, *op. cit.*, p. 469.

¹¹⁴ Cf. Gaio, *Institutas*, I, 3.

¹¹⁵ SILVA, *Direito Material...* p. 264.

¹¹⁶ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 769.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 775.

contestatio,¹¹⁸ a produção da prova, a pronúncia da sentença.¹¹⁹ As partes perderam grande parte de seu poder de direção do procedimento, o qual passou a ser exercido pelo Império, com o domínio jurisdicional do processo.¹²⁰

O processo, principalmente a partir do século III d.C., iniciava-se pela *litis denuntiatio*, que nada mais era que uma etapa extrajudicial promovida pelo autor da ação para o fim de notificar o réu acerca da primeira audiência e do pedido e argumentos que pretendia deduzir em juízo.¹²¹ No direito justinianeu, a seu turno, o processo passou a ser inaugurado por meio do libelo, uma reclamação escrita, constituindo assim o período que ficou conhecido pelo predomínio do *libellus conventionis*. O documento deveria conter os fatos e uma descrição do direito a ser aplicado, o que era controlado pelo magistrado.

A formação de um corpo de direito pelo poder central no período pós-clássico e justinianeu implicou à superação da distinção entre *ius civile* e *ius honorarium*.¹²² Na verdade, a nova legislação do período bizantino (a partir do século IV d.C.),¹²³ tanto no conteúdo quanto na forma, distanciava-se da tradição jurídica clássica,¹²⁴ o que evidencia uma divisão entre os períodos clássico e pós-clássico, cuja linha demarcatória utiliza-se da tinta do cristianismo. Entre as causas dessas alterações na lei, destacam-se a afirmação do poder absoluto, a influência do oriente, a decadência da ciência que não chegou a guiar o processo

¹¹⁸ A *litis contestatio* era diversa daquela do processo formulário. Tinha em comum a fixação dos termos da lide, a interrupção da prescrição, direito aos frutos da coisa, mas não tinha o efeito de extinguir a situação jurídica material, nem o efeito preclusivo da *litis contestatio* do processo formulário. Também não tinha o efeito de sujeição ao juiz escolhido, já que as partes, no processo *cognitório*, estavam de antemão submetidas à autoridade julgadora, pois foi suprimida a etapa prévia de aceitação do juiz assim como a divisão do procedimento, que era uma das principais razões da existência da *litis contestatio*. A *litis contestatio* imperial servia mais a evidenciar a existência da relação processual, do que a fundamentá-la - PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 782. KASER, *op. cit.*, p. 466. ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 324-325.

¹¹⁹ PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 775.

¹²⁰ KASER, *op. cit.*, p. 468.

¹²¹ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 321. Relação com o *common law* de obrigar a parte a apresentar seu material jurídico, principalmente probatório, antes de iniciar o processo.

¹²² PUGLIESE, *Istituzioni....*, p. 780.

¹²³ Como a distinção entre o Império Romano e o Império Bizantino é em grande parte uma convenção moderna, não é possível atribuir uma data de separação. Vários eventos do século IV ao século VI marcaram o período de transição durante o qual as metades oriental e ocidental do Império Romano se dividiram. Em 285, o imperador Diocleciano (284-305) dividiu a administração imperial em duas metades. Entre 324 e 330, Constantino (306-337) transferiu a capital principal de Roma para Bizâncio, conhecida mais tarde como Constantinopla ("Cidade de Constantino") e Nova Roma. Sob Teodósio I (379-395), o cristianismo tornou-se a religião oficial do império e, com sua morte, o Estado romano dividiu-se definitivamente em duas metades, cada qual controlada por um de seus filhos. Finalmente, sob o reinado de Heráclio (610-641), a administração e forças armadas do império foram restruturadas e adotaram o grego ao invés do latim. Em suma, Bizâncio se distingue da Roma Antiga na medida em que foi orientado para a cultura grega ao invés da latina, e caracterizou-se pelo cristianismo ortodoxo ao invés do politeísmo romano.

¹²⁴ BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano Cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952, v. 1, p. 1.

legislativo e, principalmente, o estabelecimento definitivo da nova religião, do cristianismo. Amalgamando esses fatores, há ainda três elementos fundamentais – catolicismo, crmandade e germanismo –, cujas influências sobre a arte, filosofia, política e costume é consenso entre os historiadores, não causando estranheza que também sobre o Direito tenham funcionado como catalisadores de alterações.¹²⁵ O colapso do mundo pagão, portanto, não poderia deixar de influir no âmbito do direito, ainda que como características particulares.¹²⁶ Isso porque, diferentemente de outras áreas, como a arte, em que seria possível iniciar um patrimônio artístico novo e completamente identificado com o espírito cristão da época, com o direito não é possível fazer *tabula rasa*: o que se colocaria em seu lugar? Seria mesmo uma insensatez acabar com toda a tradição jurídica romana a fim de inaugurar uma nova ordem legal. Evidentemente que no âmbito jurídico as transformações não poderiam ser tão radicais, devendo, antes, imporem-se travestidas de alterações graduais.¹²⁷

Essa ampla transformação do direito romano iniciou com Constantino (reinado de 306-337), o primeiro imperador cristão do Império. À época, o Império não conhecia regra de sucessão.¹²⁸ Constantino alçou-se à posição de Augusto aproveitando-se de um período de vacância do posto após a renúncia conjunta de Diocleciano e Maximiniano em 305 d.C., e estabeleceu-se no poder, após ter se casado com a filha de Maximiniano e após guerras civis perpetradas contra seu sogro e cunhado. Em vista dessa ascensão improvável, e ainda do forte espírito cristão da época, o povo romano sempre associou as vitórias de Constantino às realizações divinas. “O fervor religioso daqueles tempos dificilmente pode ser valorado pelos modernos”;¹²⁹ Deus passou a ser visto como o grande regente dos acontecimentos do mundo. Roma sentia uma difusa religiosidade, tão grande que superava em intensidade a influência de qualquer outro fator social, como o helenismo oriental, por exemplo. O cristianismo, em uma época de máximo fervor religioso, não é apenas uma força dentre as demais. É a força fundamental. Assim, o espírito oriental, que a partir do século IV passou a ditar os rumos do Império como epicentro das transformações religiosas, é essencialmente cristão.¹³⁰ A par disso, Constantino, cuja legitimidade como Augusto era completamente duvidosa, aproveitou-

¹²⁵ BIONDI, *op. cit.*, p. 2. Também SAVIGNY, *Sistema...*, v. 1, 75: “o cristianismo influenciou tanto a vida quanto o direito. O cristianismo não é apenas de ser reconhecido como regra de vida, pois revolucionou o mundo, de modo que todo o pensamento, ainda que possa parecer estranho ou ainda hostil ao cristianismo, foram por ele influenciados e transformados”. Para uma lista de monografias sobre influências pontuais do cristianismo sobre várias instituições do direito romano, ver referências nas notas 1 a 15 da p. 27 do livro de BIONDI, *op. cit.*

¹²⁶ BIONDI, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹²⁸ LEMERLE, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ BIONDI, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 49-50.

se da sua associação a protegido de Deus para estabelecer-se no poder. Fez da religião o fundamento de seu império, e não por acaso foi o primeiro imperador a proclamar abertamente o cristianismo, do que é exemplo o ocorrido na Batalha da Ponte Mílvio em 312, quando, após derrotar seu último opositor, anunciou seu sonho da noite anterior no qual lhe teria sido revelada uma cruz com a gravação “*In hoc signo vinces*” (“*Sob este símbolo vencerás*”), fazendo, em seguida, entrada triunfal em Roma.¹³¹

A partir daí, Império e Igreja abandonam a antiga luta irremediável e partilham dos mesmos ideais, impulsionados pelo cristianismo e catolicismo.¹³² A união dessas duas forças poderosas resultou em uma nova civilização, da qual o direito é espelho.¹³³ O direito romano tornou-se romano-canônico da mesma maneira que a antiga civilização tornou-se romano-cristã.¹³⁴ A doutrina e o pensamento da Igreja penetraram na nova legislação, de modo que, assim como a sociedade, *o pensamento jurídico bizantino é todo particular, o direito tornou-se outro*.¹³⁵ Identificada a grandeza de Roma com a Roma Cristã, o baixo império romano surge não como decadência, mas como expressão de esplendor de uma sociedade civil orientada aos fins da Igreja.¹³⁶ Mesmo na alta idade média, alguns manuscritos tendentes à relaboração das instituições justinianéias ainda identificavam a justiça à vontade divina.¹³⁷

A profunda alteração do direito praticada no período bizantino, portanto, equivale a uma revolução jurídica, operada, porém, de forma lenta e silenciosa.¹³⁸ O

¹³¹ LEMERLE, *op. cit.*, p. 7 e pp. 27-39.

¹³² Cristianismo e catolicismo porque são coisas diferentes. O cristianismo vem antes do catolicismo. Se o cristianismo se baseia em uma crença e atua sobre o pensamento, o catolicismo se baseia em uma doutrina fundada em dogmas e atua sobre o comportamento.

¹³³ BIONDI, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 43-44.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 1. Os vínculos do direito brasileiro com o direito romano, ademais, são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que moldou o direito do último período romano – cf. SILVA, *Jurisdição...*, p. 77. BIONDI, *op. cit.*, p. 4-5.

¹³⁶ Não obstante, como aponta Biondo Biondi, é certo que o domínio do cristianismo sobre a sociedade civil e sobre todos os campos do conhecimento direcionou os estudos e implicou à decadência, em todos os campos, da arte à filosofia, da jurisprudência à legislação. A ciência do direito, principalmente, sofreu considerável redução, já que os estudiosos da época, até então voltados ao estudo das leis humanas, alteraram o objeto de análise para as leis divinas, que estava em plano superior à primeira e pretendia regular a vida em todos seus aspectos. Não se tratava, enfim, de uma decadência intelectual, até porque a Igreja sempre foi guardiã da escrita e do conhecimento, mas uma decadência decorrente da alteração do foco das investigações, centralizadas agora nos assuntos religiosos – cf. BIONDI, *op. cit.*, p. 47 e 56-57.

¹³⁷ Cf. BIONDI, *op. cit.*, pp. 11-13.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 3. O estabelecimento do cristianismo, aliás, se deu de forma silenciosa tanto no direito quanto na civilização. Em meio à variedade de crenças importadas do Oriente, o paganismo almejado por Augusto já havia perdido espaço. “As religiões e as superstições do Oriente se haviam expandido por todo o império, onde conviviam e se confundiam as crenças mais singulares, os ritos mais estranhos. Tendia-se para uma religião

cristianismo pode ser considerado como demolidor do mundo antigo, mas não se tratava de uma demolição para se construir do zero. Ao contrário, o velho servia de instrumento ao novo.¹³⁹ Se é certo que os primeiros imperadores cristãos continuaram adotando parte do acervo legislativo da época clássica, também é certo que todas as instituições herdadas do período anterior passaram a ser coloridas pelo espírito cristão.¹⁴⁰ A influência cristã no direito romano pós-clássico era tão forte e evidente que levou Teodosio II, no século V d.C., a ordenar fosse elaborada uma consolidação das leis romanas anteriores, com o detalhe de que deveria ter por objeto apenas as leis romanas promulgadas a partir de Constantino (o primeiro imperador cristão), ou seja, apenas as leis elaboradas sob a influência do cristianismo.¹⁴¹ Também a experiência da jurisprudência clássica foi desprestigiada nessa consolidação jurídica, a não ser os julgados de Papiano, que se acreditava ser cristão.¹⁴²

Certamente as alterações textuais promovidas sobre os textos dos juriconsultos clássicos, para a consolidação no Digesto, não se deveram apenas à influência do cristianismo, mas a exigências práticas, decorrentes, por exemplo, da nova estrutura social e econômica. Porém, a presença do espírito cristão é evidente. Justiniano não tinha a mesma relutância de Teodósio II em adotar parte do direito clássico. Ao contrário, no Digesto constam diversas passagens elaboradas por juristas clássicos. Mas é certo que essas disposições do período clássico não valem por si sós, como se a fonte de que emanada ainda tivesse alguma autoridade no Império Bizantino. Elas devem ser observadas porque contaram com a ratificação do Imperador Justiniano, no ato único que instituiu todo o *Corpus Iuris*. Vê-se assim que toda a compilação estava submetida a uma vontade central, e foi essa vontade que adaptou o patrimônio jurídico romano à moldura do cristianismo, seja expressamente por

desligada desse mundo decepcionante, que transferisse para outro mundo o objetivo e o fim da existência terrena. O monoteísmo atraía os melhores espíritos. O cristianismo, sem fazer alarde, acabava de estabelecer sua organização e seu dogma.” LEMERLE, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁹ BIONDI, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁰ SILVA, *Jurisdição...*, p. 78.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 78. É possível, porém, indicar uma motivação mais pragmática para o fato de ter-se utilizado apenas das constituições posteriores a Constantino. Foi Constantino quem fundou o império oriental. A partir daí a situação política ficou instável, com sucessão de vinte imperadores no poder. Havia, porém, uma legitimação de direito – o imperador de um império era coroado pelo imperador do outro império – e também uma legitimação de fato – cada imperador tinha poderes suficientes para fazer observar sua vontade. A fim de harmonizar as relações, adotou-se a prática de que as constituições só seriam válidas se comunicadas ao imperador do outro império. Daí a relevância de limitar a compilação às constituições posteriores à Constantino, porque apenas essas surgiram durante a existência dos dois impérios e, em consequência, apenas essas seriam válidas. Cf. LEMERLE, *op. cit.*, pp. 27-28. Não obstante, o decisivo foi o apego ao Cristianismo, porque não só as constituições se limitaram ao período pós-Constantino, mas também todo o material jurídico clássico foi posto de lado em favor do pós-clássico. Enfim, é fato conhecido que Teodósio I era cristão fanático, sendo o responsável, inclusive, pela proibição da superstição pagã (edito de 392) – LEMERLE, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴² BIONDI, *op. cit.*, p. 7.

meio de interpolações, seja indiretamente por meio de disposições vagas sobre a matéria.¹⁴³ No *codex*, por exemplo, há uma parte intitulada *in nomine Domini nostri Ihesu Christi*, e Justiniano reconhece governar e editar leis por mandato outorgado por Deus.¹⁴⁴

Na medida em que o cristianismo saía das catacumbas, reclamava do Império não apenas reconhecimento e liberdade, mas também que as leis fossem orientadas a seus ideais.¹⁴⁵ Ocorre que o cristianismo, também em período de afirmação, não tinha diretrizes rígidas e claras, o que, somado ao declínio da ciência jurídica da época, tornava difícil traduzir essa ideologia em precisas e impositivas dispositivos legais.¹⁴⁶ A par disso, o maciço sistema romano, com sua enorme força de inércia, opunha-se à fluidez dos preceitos cristãos. Antes de buscar o estabelecimento de taxativas normas de conduta, o cristianismo impunha apenas uma orientação geral, um norte à legislação.¹⁴⁷

Se não intervinha diretamente no *ius*, a nova religião atuava no âmbito jurídico por meios dos cânones e outros instrumentos sacerdotais, como as *statuta patrum* e *sacra auctoritas*, os quais, contando com a aprovação dos imperadores cristãos – principalmente Justiniano – acabaram por transmutar o caráter do direito romano. A Igreja, assim, funcionava mais como fermento das modificações do Direito do que como fonte de imposição

¹⁴³ É por isso que o caráter cristão do *Corpus Iuris* não se evidencia facilmente da análise de instituições isoladas. Muitos institutos foram transpostos do direito clássico. A influência cristã evidencia-se da análise do todo. Aliás, as novas eras, como é o caso do império romano bizantino, nem sempre necessitam desfazer-se do patrimônio jurídico anterior para se estabilizar. O mesmo aconteceu na França Liberal, em que o Código de Napoleão aproveitou-se de dispositivos anteriores. Também na Itália na publicação do código civil de 1942 que se pretendia ênfase fascista, mas que também utilizou-se da doutrina precedente. Enfim, a relação é a mesma entre o antigo e novo testamentos – cf. BIONDI, *op. cit.*, pp. 53-55.

¹⁴⁴ BIONDI, *op. cit.*, p. 10 e 168-180.

¹⁴⁵ Bem de ver que a fonte primeira do direito do cristianismo, na expressão que lhe deu santo Agostinho, estava unicamente na Sagrada Escritura. Cf. Villey, citando santo Agostinho: “É certo que também há ‘*mores*’, instituições de fato, em relação às quais santo Agostinho também exige obediência, mas subsidiariamente – ‘Pois Deus disse: eu sou a verdade e a vida; ele não disse: eu sou o costume’. Os costumes e as leis humanas só têm valor no silêncio dos textos divinos” – VILLEY, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶ Afora os dez mandamentos, o preceito fundamental ético do Cristianismo “ama o próximo como a ti mesmo” constitui apenas uma diretiva, sem conter em si nenhuma norma de conduta, o que dificulta a transposição para a lei. “*Dio è sempre lo stesso, tanto per gli ebrei che per i cristiani, ha i medesimi attributi e la sua posizione rispetto agli uomini è sempre la stessa: sempre padre e padrone onnipotente. (...) Si soul dire che la predicazione di Gesù, in ciò che ha veramente di nuovo ed essenziale, manca di quella precisazione che è propria della norma giuridica. Ciò è vero, come è vero che Il Vangelo non è un codice (...) nè Gesù è legislatore nel senso umano della parola. (...) Il precetto fondamentale ‘ama Il prossimo tuo come te stesso’, che rappresenta l’emento nuovo della predicazione di Gesù non indica alcun modo preciso di comportamento. Ma è appunto la Chiesa che ha Il precipuo compito di precisare e adattare all’infinito quel comandamento, fissando norme pratiche e concrete, diverse secondo i tempi ed i singoli rapporti*” - BIONDI, *op. cit.*, pp. 74-75.

¹⁴⁷ BIONDI, *op. cit.*, p. 44. Mas nem por isso se deve ignorar o caráter jurídico dessas diretrizes, as quais tinham inegável influência sobre o conteúdo da legislação oficial, assim como os tratados e declarações de direitos humanos contemporâneos, apesar de suas disposições vagas e gerais, determinam o conteúdo da legislação dos países signatários.

absoluta,¹⁴⁸ e atuava mesmo por simbologias, como a exigência de que nenhum processo poderia iniciar sem a presença da Sagrada Escritura.¹⁴⁹

Alguns conceitos abstratos típicos do cristianismo também influíram na legislação. Além da caridade, da moderação, da clemência, o conceito de equidade serve como exemplo da transformação das instituições na passagem do direito romano clássico ao direito romano pós-clássico, principalmente do século V d.C., já sob o manto do cristianismo. *Aequitas*, no período clássico, correspondia a um valor imanente ao sistema jurídico, de modo que uma lei iníqua era uma lei que discrepava do sistema. A equidade, nesse período anterior, era um critério intrínseco ao sistema. Já com Justiniano e com a influência cristã, a *aequitas* passou a significar *humanitas* – bondade, piedade cristã –, funcionando como um critério extralegal da correção da lei, fora do sistema positivo.¹⁵⁰ Inclusive foi graças à influência da equidade no curso do procedimento que o processo nas *cognitiones* imperiais é tido como mais elástico que o processo formulário.

Outra consequência da influência do cristianismo foi a alteração da própria forma de legislar. Já se demonstrou aqui que foi no império romano que a lei passou a ocupar o centro da atividade jurídica, estabelecendo-se como fonte de direito por excelência. Ainda assim, até Diocleciano (o imperador predecessor de Constantino) a legislação tinha um caráter pontual, orientando-se para a solução de casos concretos. Já com Constantino a legislação assumiu sentido de disposições gerais com o fito de regular situações de forma abstrata, de modo que o centralismo do direito estatal assumiu mais força que nunca.¹⁵¹

Formalmente, o direito canônico surge e se desenvolve de modo autônomo, mas em sua substância não passa de relaboração do direito romano, sob o influxo das correntes espirituais do medievo e das exigências da Igreja com relação a suas finalidades. Mesmo em pontos delicados como o matrimônio, a lei romana serviu de ponto de partida para a Igreja

¹⁴⁸ Cf. SOLMI, Arrigo. *Contributi alla Storia Del Diritto Comune*. Roma: Foro Italiano, 1937, pp. 56-57. *Apud* SILVA, *Jurisdição...*, p. 80-81. Segundo Biondi, “A revolução, entendida como alteração inesperada dos sistemas, é fenômeno desconhecido não só pela Igreja mas também pela tradição romana. Nunca se altera bruscamente, mas sempre se adapta incessantemente. Tradição e revolução são conceitos não contrapostos mas intimamente compenetrados; encontram-se na mesma relação em que são o freio e o motor: um suporta o outro” - BIONDI, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁹ BIONDI, *op. cit.*, p. 377 do V. III. *apud* SILVA, *Jurisdição...*, p. 85.

¹⁵⁰ CALASSO, Francesco. *Storicità del Diritto*. Milano : Giuffrè, 1966, p. 369. A relação entre a lei divina e a caridade cristã, manifestada pelo perdão, determinou a relação entre o *ius* e a *aequitas*. A *aequitas* passa a ser o equivalente humano à caridade divina, e deixa de integrar o direito como elemento interno, para ser uma entidade jurídica própria, coexistente à lei - BIONDI, *op. cit.*, p. 78.

¹⁵¹ BIONDI, *op. cit.*, pp. 123-124.

elaborar sua regulação.¹⁵² Por outro lado, foi a aceitação da lei romana pela Igreja que possibilitou o contínuo desenvolvimento do direito romano e sua difusão, estabelecendo-se o direito canônico ao mesmo tempo como um corretivo e como continuação cristã do direito romano.¹⁵³ Por essas razões, direito romano e direito canônico nesse período estavam intimamente articulados.¹⁵⁴

O direito romano-canônico, assim, deve ser entendido como o direito resultante das leis romanas editadas pelos imperadores cristãos (de Constantino a Justiniano) e que constituiu o fermento para as transformações do direito romano, cristalizado, enfim, no *Corpus Iuris Civilis*.¹⁵⁵ Porém, não se deve pretender uma separação rigorosamente formal, porque, como o catolicismo utilizou-se do patrimônio cultural pagão, dando-lhe novos contornos, o direito editado antes dos primeiros imperadores cristãos deve ser tido, agora sob uma nova interpretação promovida principalmente pelos padres, também como direito romano-canônico.¹⁵⁶ Na verdade, o que se verificou foi uma intensa inter-relação entre os elementos romano (a tradição romana, que culmina em Diocleciano) e cristão, que foi capaz de superar uma classificação formal do direito romano-canônico (distinguindo-o simplesmente pela data em que editadas as leis) para possibilitar uma classificação substancial, pelo conteúdo do direito.¹⁵⁷ A inter-relação entre direito romano e catolicismo é, ademais, uma constatação contemporânea, em grande parte evidenciada por Biondo Biondi (*Il diritto romano cristiano*, 1952-54), já que até então os intérpretes, como os glosadores e os pandectistas, estavam mais preocupados em extrair um conteúdo dogmático do *corpus iuris* do que averiguar suas raízes históricas.

Até aqui foi apresentada a evolução do direito romano, como era aplicado em Roma e nas províncias. O direito romano, contudo, não se confunde com o direito da tradição romano-canônica, e nem com o direito da tradição do *common law*. Apresentou-se o direito romano porque, como se pretende demonstrar nos próximos parágrafos, ambas as tradições jurídicas ocidentais nutriram-se em seus pressupostos. Resta, agora, a tarefa de avançar nos

¹⁵² BIONDI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 42. Os cânones são considerados superiores às leis por causa da fonte divina. Constituem-se assim em normas e diretivas para a lei, e não raro pela recepção tornaram-se diretamente lei – *Ibidem*, p. 240.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹⁵⁷ Sobre esta base se forma a tradição medieval que identifica a grandeza de Roma com a Roma cristã, apresentando o baixo império como um momento de esplendor, já que foi o momento em que a fé cristã se afirmou em todos os campos, fazendo com que Constantino e Justiniano fossem vistos como modelo de legislador cristão, por personificar todos os ideais da época. (BIONDI, *op. cit.*, p. 11).

séculos a fim de identificar o desenrolar dos institutos jurídicos até o ponto em que a reunião de diversos fatores e contingências afins gerou paradigmas que, reunidos, foram promovidos à condição de tradição jurídica.

1.1.2. A formação dos direitos comuns – A consolidação da tradição romano-canônica e do *common law*

1.1.2.1. Em especial, o Continente

1.1.2.1.1. O sepultamento do direito romano

Após séculos de ascensão, o direito romano entrou em fase de declínio juntamente com o Império. Em uma época conturbada, era difícil conter os movimentos étnicos que agitavam as massas germânicas. Os godos, por exemplo, desde muito se inseriam pacificamente no Império, fazendo serviços no campo, ocupando cargos no exército e mesmo de administração. Ao passo que o Oriente soube conviver inclusive com a predominância do partido dos godos sem sofrer interferência militar, o Ocidente pereceu.¹⁵⁸ Assim, o primeiro a ruir foi o direito romano em latim, praticado no império do ocidente. Com a queda do Império Romano do ocidente e a invasão dos povos bárbaros, o direito romano, elaborado à luz de uma ciência jurídica, foi perdido. Amalgamou-se com o direito dos povos invasores, formando-se o chamado direito romano vulgarizado.

A partir do século VI, a estrutura judiciária se divorcia daquela praticada sob a égide romana, inaugurando-se o que hoje se estuda como direito medieval. O período gótico que se seguiu à deposição de Rômulo Augusto da península itálica é determinante para a assimilação das alterações jurídicas, principalmente com a conquista pelos ostrogodos. Os ostrogodos, embora dominantes, preservaram a cultura dos dominados, tanto que receberam a investidura da Igreja Católica. Aproveitaram o melhor das duas culturas, de modo que

¹⁵⁸ LEMERLE, *op. cit.*, pp. 36-37.

mantiveram algumas das características do Império Romano, como o Senado, a estrutura da administração e a maior parte das leis e da disciplina processual.¹⁵⁹

Os Visigodos, porém, mais próximos à península ibérica, tinham perfil diverso, de imposição de sua cultura quando da invasão, colaborando para um rápido esquecimento da cultura romana nos territórios por eles dominados. No período longobardo-franco, a partir de 568 d.C., verifica-se claro rompimento cultural e territorial com o passado. Os longobardos, assim como os Visigodos, tinham um perfil impositivo de sua cultura germânica. Impuseram, portanto, sua cultura na península itálica, o que implicou à diminuição do poder central. O território foi dividido em ducados, os quais, embora funcionando como delegados do poder central, assumiram pouco a pouco as funções soberanas que eram do rei. Foi nesse período que se destruiu a unidade territorial e a homogênea tradição jurídica na península itálica.¹⁶⁰

É aqui que o direito romano encontra o sepultamento, abrindo espaço para efetiva penetração do elemento germânico nos usos e na prática jurídica.¹⁶¹ No que toca ao processo decisório, há a instalação do órgão assemblear, passando as decisões jurídicas a ser tomadas em conjunto na assembleia, um típico instituto germânico. Em quase todas as populações germânicas, o procedimento de decisão dividia-se entre dois órgãos: (i) a assembleia, formada por pessoas do povo e encarregada de dar o conteúdo da decisão (*Urtelsfinder*), reunindo em si inclusive tarefa legislativa, e (ii) o órgão revestido de soberania a quem competia declarar a sentença como comando obrigatório concreto (*Richter*).¹⁶² Os longobardos trouxeram e impuseram fortemente o caráter místico dos germânicos e o julgamento passou a ser tido como expressão da vontade divina. Em detrimento da aplicação do direito de forma racional, privilegiava-se a pacificação do litígio, ainda que por meio de ordálios, duelos.

Passa-se pelo período carolíngio, na região da França e na península itálica por volta do século VIII. Essa monarquia franca também tinha como característica não alterar demasiadamente a cultura dos dominados. Fica preservada a estrutura fracionada do território,

¹⁵⁹ CAMPITELLI, Adriana. *Processo. I. Processo Civile: b) Diritto Intermedio*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. XXXVI., pp. 80-81. “A atitude espiritual destes povos não conhecia qualquer repulsa íntima pelas respeitáveis e brilhantes tradições, que eles tinham encontrado” – WIACKER, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁰ CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶¹ “L’Introduzione della legislazione giustiniana in Occidente era um fatto ancora recente quando la nuova conquista, più corposa e com intenti molto diversi dalla precedente [dei godi], allentò maggiormente i legami con Bisanzio e permise l’affermarsi de uma situazione politica e giuridica completamente diferente dal passato” - CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶² CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina. 1961...., I, p. 115.

assim como a jurisdição dos condes. Há um governo central que delega suas atribuições aos governos locais. Utiliza-se o *Missi dominici*, um órgão administrativo e jurisdicional itinerante. Com a perda do poder do império carolíngio, fortaleceram-se os senhores locais, dando início ao regime feudal, cujo modelo jurídico dominou a Europa Ocidental do século IX ao século XII.¹⁶³

O processo medieval perdia sistematicamente aquela assimetria aplicada no período pós-clássico, tanto que o direito passou a ser proclamado diretamente por pessoas do povo, reunidos em assembleia. Em contrapartida, a partir da influência germânica perde-se a ciência do direito construída pelos romanos. Ao passo que a atividade judicante do magistrado romano deveria ter em conta a lei aplicável ao caso e, com base nela, valorar os fatos que lhe eram apresentados, a assembleia bárbara incorporava a própria função legislativa. Quer dizer, se de um lado o juiz romano pós-clássico decidia sob o influxo do direito posto, de outro lado a assembleia bárbara era chamada a decidir a controvérsia estabelecendo ela mesma o direito do caso, com base no costume.¹⁶⁴

Em uma palavra, o mote da época estava na praxe. Como consequência da baixa atividade normativa, o direito se transformava constantemente e variava de território a território. Jurisdições penal e civil se confundiam e não havia uma precisa divisão de atribuições entre os órgãos dos reinos.¹⁶⁵ No início da alta Idade Média, com os *fueros* hispânicos, os *ordinamenti* italianos e algumas compilações alemãs e escandinavas, a vida jurídica, até então invariavelmente vinculada a uma tradição oral, sofreu os influxos da cultura literária laica e passou a manifestar-se por escrito. Ocorre que assim o fez de uma maneira tão rica em variedade de línguas vulgares que inviabilizou uma aplicação uniforme em todo o território.¹⁶⁶ A praxe, assim, de todas as formas estabeleceu-se como norte do trabalho jurídico. Embora pretendesse preservar algumas figuras do direito romano, a praxe sofria arrebatadora influência da cultura local que acabou por deixar vulgarizado o direito romano. Ficava mesmo impossibilitada qualquer tentativa de resgate do patrimônio cultural do

¹⁶³ GILISSEN, *op. cit.*, p. 128. Nesse período a unidade política pode ser denominada de Reino Medieval Feudal, caracterizada pela fragmentação territorial e social do poder político entre territórios independentes chamados feudos, em uma sociedade hierárquica com relações interdependentes estabelecidas entre rei, suseranos e servos – cf. SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. pp. 20-22.

¹⁶⁴ CALAMANDREI, *cassión...*, I, pp. 121-122. A proclamação pelo presidente da decisão da assembleia transformava o dispositivo da sentença em um verdadeiro preceito legal, decorrendo daí a inatacabilidade da sentença bárbara - CALAMANDREI, *cassión...*, I, p. 125.

¹⁶⁵ CAMPITELLI, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹⁶⁶ WIACKER, *op. cit.*, p. 23.

passado, uma vez que a doutrina não foi preservada – o direito escrito só vai ressurgir no século XII, na época da escola de Bologna, e antes disso a vida jurídica manifestava-se basicamente de forma oral.

Em razão das diversas formas de se exercer a jurisdição no período, é impossível oferecer uma representação unitária que desenhe com precisão o perfil judiciário da época.¹⁶⁷ Em linhas gerais, o direito sempre teve uma conotação espiritual para os germânicos,¹⁶⁸ em uma aplicação praxista, costumeira, integrante das formas de vida, do costume, e também encontrava validade na intuição, no sentimento da vida, na origem divina de um direito natural.¹⁶⁹ O direito era confirmado pelo juízo por meio de um procedimento delineado pela praxe, como um direito de casos. Enfim, o direito não se ligava ao poder político, diferentemente do que acontecia em Roma, em que o direito sempre teve alguma conexão com o poder central. Apesar da existência do *Missi dominici*, instalado como que para garantir a unidade do território e a presença do rei na resolução dos litígios, a vinculação dos territórios ao poder central sempre foi apenas formal. A aplicação do direito, no máximo, submetia-se ao poder dos senhores feudais, tanto que os tribunais comitais eram instalados geralmente onde o feudatário mantinha residência.¹⁷⁰

Caracterizam o período, portanto, a pluralidade de ordenamentos jurídicos e de jurisdições. O caráter fracionário da jurisdição correspondeu à afirmação do poder senhorial. Desgarrando-se do rei definitivamente no século X, os territórios assumiram as diversas funções próprias da soberania que até então eram exercidas pelo poder central, ao qual sempre estiveram vinculadas, ainda que muitas vezes apenas formalmente.¹⁷¹ Nesse processo de divisão do poder, perdeu-se o antigo *imperium* dos romanos, e a eficácia da decisão judicial dependia da sujeição espontânea do vencido. A tradição de justiça prestada pelo próprio império, herdada do direito romano e exercida nos primeiros tempos bárbaros, cedeu lugar à violência dos particulares, e na ausência de um poder capaz de exercer ação coativa sobre uma das partes, o *decisium* efetivava-se pelo compromisso, assumido por ato solene, de sujeição ao decidido pela assembleia. Como consequência, o órgão judicial – e o processo

¹⁶⁷ CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁸ Não por outra razão o *vescovo* (bispo) tornou-se personagem de relevo na época, dispondo tanto de poder civil quanto autoridade espiritual, alçando o tribunal eclesiástico a um órgão de exercício da jurisdição. CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 87

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Como es Posible La Legitimidad por Vía de Legalidad?* In Revista Doxa Universidade de Alicante, 1988, p. 23. WIACKER, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁰ CAMPITELLI, *op. cit.*, pp. 85-87.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 87.

civil, em geral – assume a função de pacificar o conflito, em abandono àquela função romana pós-clássica de servir de instrumento para a aplicação do direito do império.¹⁷²

Apesar da propensão em se buscar qual o elemento predominante da época, se o elemento romano ou o elemento germânico, o fato é que a tradição jurídica do período aparece cambiante e descontínua, incapaz de ser reconduzida a uma única matriz. A fluidez da praxe indica constantemente a criação de um modelo novo, que aparece como uma tentativa de equilibrar os resíduos das normas assimiladas sob o influxo daqueles dois elementos.¹⁷³

O direito dos invasores germânicos não prevaleceu porque não se consolidou. Não foi aplicado de maneira uniforme até mesmo por causa do esfacelamento do território. Por isso que se recorreu, posteriormente, às leis romanas como unidade do direito a superar o particularismo jurídico e, em consequência, a fragmentação do território. Nesse período embrionário do *ius commune* não estava estabelecido um direito claro sob o qual deveria ser julgada a controvérsia, fato que contribuiu para uma falta de confiança na classe dos juízes, justamente porque não estavam vinculados a um direito pré-existente. A consequência foi o predomínio do princípio dispositivo, com as partes sendo os protagonistas da marcha processual.¹⁷⁴

1.1.2.1.2. A redescoberta do direito romano

No século XI teve início um movimento cultural geral em busca das camadas mais profundas da cultura antiga.¹⁷⁵ Por meio de documentos e de uma linguagem juridicamente correta e coerente preservada na Igreja Católica, uma antiga praxe era recomposta: o procedimento civil romano. Depois de séculos de incertezas e aplicações vulgarizadas, volta ao esplendor a ciência jurídica romana, cujas leis eram até então

¹⁷² Ibidem, pp. 90-91.

¹⁷³ Ibidem., p. 92.

¹⁷⁴ É possível identificar as questões políticas determinantes das principais alterações jurídicas em cada período, evidenciando uma utilização do ofício jurídico como plataforma para a alteração do *status quo*: (i) na bipartição do ofício julgador em *praetor* e *iudex*, o objetivo político era o de afastar o poder centrado nos sacerdotes e garantir a intervenção da classe média no poder; (ii) na superação da tipicidade das *legis actiones*, o anseio político era o de possibilitar a tutela jurídica às novas questões trazidas pela expansão do comércio; (iii) já o tolhimento do poder criativo do magistrado na *cognitio extra ordinem* veio para consolidar o anseio de centralização jurídica no imperador, o criador do direito da época que naturalmente tinha grande interesse na unidade na aplicação; (iv) enfim, no alvorecer do *ius commune*, em tempos de instabilidade política em que a força e o arbítrio tomam o controle, a atribuição ao juiz de uma atividade passiva, privilegiando-se o poder dispositivo das partes, revela uma preocupação com os abusos do ofício jurisdicional, e recorrer à unidade do direito romano contribuía para a legitimação da atividade dos juízes, assim como para o alcance da unidade do território.

¹⁷⁵ WIACKER, *op. cit.*, p. 38.

observadas dentro dos estreitos limites que se poderia exigir de observância da lei de um povo vencido. O direito romano se reafirmava com superioridade sobre todas as leis que lhe eram concorrentes, e em razão da característica particular de seu sistema de ações, de confundir direito com procedimento, reafirmava-se também o processo romano.¹⁷⁶

Iniciava-se o *ius commune* na Europa continental e, em consequência, a história do direito privado moderno, no período que pode ser denominado de *diritto comune classico*, que se estende desde a redescoberta do direito romano até a formação dos novos estados absolutos (séculos XII-XV).¹⁷⁷ Esse momento, que representa a primeira ruptura do direito continental, marca o início da tradição romano-canônica, na qual a fusão dos elementos germânico e romano acabou por criar um sistema processual completamente novo e original – o *ius commune* –,¹⁷⁸ fundamentado em tríplice estrutura: o direito sacro, o direito romano e o direito consuetudinário; o primeiro como legitimador do poder (como direito natural estabelecendo um marco dentro do qual o príncipe exerceria o poder profano), o segundo como instrumento, e ambos encarregados de dar forma aos diversos direitos consuetudinários, em geral não escritos, formando assim o terceiro elemento.¹⁷⁹

Designa-se por *redescoberta do direito romano* a aplicação das formas e comentários do ensino do *trivium* ao estudo do *Corpus Iuris* justinianeu.¹⁸⁰ Nos séculos que se seguiram à queda do Império Romano e à vulgarização da ciência, o *trivium* preservou o conhecimento escrito, preservou um instrumento de trabalho utilizado pela Escola de Bologna. O *trivium* foi preservado nas escolas eclesiásticas da época. Desde a legislação fundamental em matéria de instrução pública de Carlos Magno (século IX), e principalmente

¹⁷⁶ CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 93. Bizâncio persistiu até 1453. Mas desde a derrota do ocidente o império perdeu influência sobre grande parte do território. Os territórios ainda ligados a Bizâncio após a ruptura política e jurídica da península itálica mantiveram o procedimento do baixo império, com pequenas modificações com relação à magistratura, à competência do juízo e ao rito – cf. CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 86. O Império Romano do Oriente enfim foi enfraquecido pelas cruzadas e pela dominação latina, e em 1261 estava economicamente esgotado. As letras floresciam, mas a cultura jurídica não tinha mais capacidade para se afirmar - LEMERLE *op. cit.*, p. 105 e 110.

¹⁷⁷ CALASSO, *op. cit.*, p. 427.

¹⁷⁸ CAENEGEM, *op. cit.*, p. 5. CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil Italiano en el Cuadro de la Contraposicion "Civil Law" – "Common Law"*. In Proceso, Ideologias, Sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 330-331.

¹⁷⁹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁰ WIACKER, *op. cit.*, p. 11. Falava-se em *trivium* – gramática, lógica e dialética e retórica - e *quadrivium* – geometria, aritmética, música e astronomia. Todas essas formavam as *artes liberales*, que ainda tinham uma ligação com o período clássico grego. Com as invasões, esses ensinamentos por meio da escrita ficam reclusos dentro da Igreja. As outras escolas, ditas profanas, assumem a cultura germânica. A Igreja passa a ser a única instituição do período em que há a preservação da escrita. O *trivium* sai da Igreja e alcança a sociedade civil por meio de Irnerio, um gramático e também um clérigo, um monge, com acesso ao conteúdo do *trivium* passado pela Igreja.

com a Reforma Gregoriana do século XI, que pretendia reafirmar o poder papal frente ao poder dos feudos, todas as escolas eram em princípio eclesiásticas, monásticas ou episcopais, todas dirigidas por bispos ou abades.¹⁸¹ Todos os estudos tinham por objeto o conhecimento das grandes verdades da fé. Nesse contexto, a teologia era soberana, permeava o método de pensamento crítico no ensino das universidades medievais, movimento que ficou conhecido como Escolástica. No norte da Itália, porém, o comércio voltava a florescer e a sociedade tinha necessidades práticas de um direito que regulasse efetivamente as relações sociais, ao que não bastavam as diretrizes do Cristianismo. Assim surge, patrocinada pelas famílias da região,¹⁸² a Escola de Bologna, que se caracteriza justamente pelo estudo do *Corpus Iuris* pelo referencial teórico do *trivium*, sem a vinculação à Igreja Católica.¹⁸³

Nos séculos que se seguiram à queda do império romano e com a vulgarização do direito e eclipse das ciências e do saber, a Igreja Católica manteve a escrita e o estudo das artes, representando, assim, talvez a instituição mais importante da época.¹⁸⁴ A ordem jurídica interna da Igreja influenciou, ainda que indiretamente, a construção conceitual e o conteúdo dos princípios jurídicos e, principalmente, o método na aplicação do direito.¹⁸⁵ O jurista formado nessas escolas, ainda como clérigo, começou desde cedo a desempenhar funções na administração, diplomacia e mesmo nos órgãos judiciais dos territórios e estados nacionais europeus.¹⁸⁶ Desde Constantino a Igreja Católica havia assumido muitas das tarefas públicas, sociais e morais, de modo que desde cedo a cristandade fixou o conceito de direito e os clérigos substituíram de forma eficaz a administração, a autoridade, a cultura, a jurisdição e as

¹⁸¹ VILLEY, *op. cit.*, pp. 118-123.

¹⁸² Bologna fica no norte da Itália, um dos poucos lugares onde se encontrava disponível o *corpus iuris civilis* de Justiniano, fruto de uma tentativa de retomada do controle do ocidente pelo oriente, no século VI. Já no século XI, Bologna era uma cidade rica. Na época, o conhecimento que estava disponível era o conhecimento oferecido pela Igreja. Surgiu a necessidade de criar uma outra instituição que possibilitasse a independência do pensamento. Nasce, assim, a universidade. “É significativo que o ponto de partida formal dos estudos jurídicos de Bologna tenha sido a decisão da comuna de criar uma escola de artes, com professores pagos pela cidade, para a formação de funcionários públicos como síndicos, procuradores, notários e advogados (1088)” – WIACKER, *op. cit.*, p. 41 e 57.

¹⁸³ “There are few more impressive and bizarre developments in history than the efforts to the Bolognese glossators to pick up the thread of Roman legal history where it had been dropped six centuries before and to bring the law of the Roman Republic and Empire to its doctrinal fulfilment and logical conclusion in the universities of medieval Italy” – CAENEGEM, *The Birth...*, p. 94.

¹⁸⁴ “A Igreja era a força espiritual de longe mais importante (...) a mais coerente e a mais extensa organização social da Idade Média” – WIACKER, *op. cit.*, p. 67. Não é de se admirar, assim, que foi a própria Igreja quem colaborou para o posterior desenvolvimento do direito. O próprio fundador da Escola de Bologna, Inernius, era um abade, e já contava inclusive trabalhos não jurídicos, mas gramáticos e lógicos.

¹⁸⁵ WIACKER, *op. cit.*, p. 69. “a missão de uma nova ciência do direito da Igreja não era, em princípio, a redescoberta, mas antes a ordenação formal e espiritual de uma tradição contínua, embora fluida e emaranhada” – WIACKER, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 11.

técnicas notariais das autoridades seculares.¹⁸⁷ Se é certo que o *ius civile* e o *ius canonicum* em princípio desenvolviam-se em separado a partir do estabelecimento da Escola de Bologna, também é certo que essas duas culturas jurídicas da Idade Média se aproximavam e se penetravam reciprocamente, com um intercâmbio de institutos que favoreceu a formação de um mútuo princípio de subsidiariedade: os juízos eclesiásticos aplicavam subsidiariamente o direito romano, e a jurisdição profana aplicava, também de forma subsidiária, os princípios gerais do direito canônico.¹⁸⁸ Não por outra razão se afirma que Roma ditou as leis do mundo e serviu de fator de união entre os povos em todas suas fases políticas: (i) no seu apogeu, por unificar uma grande parcela territorial; (ii) na queda do império, quando a Igreja assumiu o papel da unidade; e (iii) mesmo durante a Idade Média, quando seu antigo direito foi resgatado para servir de base ao *ius commune*.¹⁸⁹

O *corpus iuris*, por representar a ideia da tradição da antiguidade romana, além da crença na origem providencial do império, assume uma autoridade semelhante à Bíblia.¹⁹⁰ É, assim, interpretado de forma sacra, como se sua palavra representasse a revelação e, por si só, adquirisse autoridade.¹⁹¹ Os glosadores¹⁹² são respeitados porque tratam de um texto que tem autoridade, e nessa época tinham função eminentemente exegética, sem exigir-lhes repostas para solução de casos, o que implicou a total distanciamento da vida prática. A ciência dos glosadores representava uma ciência do direito reclusa em si mesma, e embora fosse esperada uma função declarativa da palavra do *corpus iuris*, muitas vezes exerciam uma atividade criativa do direito, com seus trabalhos contradizendo o conteúdo do texto. Na verdade, o que era aprendido na Itália e França era mais o método, a gramática jurídica, do que o direito realmente aplicável nos vários domínios, o que inclusive facilitou que os glosadores pudessem criar uma aparência de validade universal e de justeza intertemporal do

¹⁸⁷ Ibidem, p. 17.

¹⁸⁸ Ibidem, pp. 76-77. Tanto que há registros de muitas eclesiásticos matriculados na Universidade de Bologna – cf. WIACKER, *op. cit.*, p. 77. Aliás, “Através do direito canônico, a ciência jurídica erudita alcançou então a Europa central e setentrional muito antes do próprio *jus commune*. Só recentemente foi atribuída uma atenção global a esta realidade, sob a designação de ‘pré-recepção’” – cf. WIACKER, *op. cit.*, p. 87 e 120.

¹⁸⁹ “Três vezes Roma ditou as leis ao mundo e três vezes serviu de traço de união entre os povos: primeiro, pela unidade do Estado, quando o povo romano ainda se achava na plenitude de seu poderio; depois, pela unidade da Igreja, desde o início da queda do Império, e, finalmente, pela unidade do Direito, ao ser ele adotado durante a Idade Média. (...) A importância e a missão de Roma, na história universal, se resumem numa palavra: Roma representa a vitória da ideia de universalidade sobre o princípio das nacionalidades” JHERING, R. *O espírito do Direito Romano*. p, 11.

¹⁹⁰ WIACKER, *op. cit.*, p. 43.

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999., p. 101.

¹⁹² Únicos que possuíam o *trivium*, logo os únicos que poderiam interpretar o *corpus iuris*. Glosadores: Inernius (fundador em 1140). Búlgaro. Acúrsio. Passaram a ter autoridade na vida constitucional e jurídica de seu tempo – cf. WIACKER, *op. cit.*, p. 78.

direito romano.¹⁹³ Enfim, foram os glosadores os responsáveis por delinear um modelo jurídico de solução de litígios, desvinculado do recurso à força, a costumes e a formas de vida que caracterizavam o trabalho jurídico germânico.¹⁹⁴ Já os comentadores – a classe que se seguiu aos glosadores – constituíam uma classe distinta, destinada à aplicação das lições dos glosadores a problemas práticos. Dominavam toda a realidade jurídica e, como arquitetos da modernidade europeia, converteram o direito justinianeu em um direito comum a toda a Europa – o *ius commune* –, formando, assim, o estilo de jurisprudência que dominou até o século XVII.¹⁹⁵ Os comentadores são sistemáticos, ao passo em que os glosadores são exegéticos, e ambos formaram a segunda camada culta da Europa da Idade Média, ao lado do clérigos. É especificamente aqui que se identifica o surgimento de um direito comum.¹⁹⁶

O referencial teórico do *trivium* impunha como método de aplicação do direito, tal como na época do direito romano clássico, o método dialético-argumentativo, tópico, uma vez que, utilizando-se de uma racionalidade prática, o jurista tinha de resolver o problema visando ao consenso. Porém, da atuação completiva da universidade, dos glosadores e comentadores, e da influência indireta da Igreja e do direito canônico, resultou um sistema com caráter relativamente racional e lógico, ordenado de acordo com as regras de direito material, por obra das universidades e do legislador. O *ius commune* designa no Continente o direito erudito, elaborado com base no direito romano e servindo de direito supletivo às leis e costumes de cada país.¹⁹⁷ Caracteriza-se pela presença de regras quanto à prova, critérios matemáticos quanto à valoração da prova, utilização da escritura, princípio do que não está nos autos não está no mundo, adoção de uma mentalidade abstrata a apriorística como método, formalismo dos atos processuais.¹⁹⁸ Nesse sistema havia pouca relação direta entre juiz e partes, entre juiz e testemunhas, e a escritura funcionava como a muralha que separa o

¹⁹³ Ibidem, pp. 78-79.

¹⁹⁴ “Os glosadores, pela primeira vez na Europa, apreenderam dos grandes juristas romanos a arte de resolver os conflitos de interesses da vida em sociedade, não mais com recurso à força ou a costumes espontâneos irracionais, mas através da discussão intelectual dos problemas jurídicos autônomos e de acordo com uma regra geral baseada nesta problemática jurídica material. Esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionizou para sempre a vida pública na Europa (...) a jurisprudência criou uma condição essencial para o progresso da civilização material. (...) os glosadores tornaram-se os pais da jurisprudência europeia” – WIACKER, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁵ WIACKER, *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁶ Há tempo utilizado nos tribunais eclesiásticos, o processo romano passava a ser aplicado também nos tribunais laicos, com a pretensão de reordenar, com base em antigas categorias, a praxe desconexa de uma correta linguagem jurídica - CAMPITELLI, *op. cit.*, p. 93. Em um primeiro momento, o processo eclesiástico e laico, embora independentes, apresentavam-se de maneira muito semelhante, o que consolidou o processo romano-canônico.

¹⁹⁷ GILISSEN, *op. cit.*, p. 208.

¹⁹⁸ Decretal do Papa Inocencio III, em 1216: *quod non est in actis non est in mundo*. Cf. OLIVEIRA, *Do Formalismo...*, pp. 47-58.

juiz dos outros sujeitos do processo. Tal formalismo nasceu por uma exigência jurídico-social, de justiça e de liberdade, para proteger os litigantes da iniquidade e do arbítrio dos juízes. Desconfiava-se do ofício judiciário e desconfiava-se da capacidade do juiz, e por isso não se queria deixar a seu estado de ânimo a liberdade e a honra dos homens.¹⁹⁹ Como consequência, somado ao fato de que a tradição romana que se resgatou foi aquela do período pós-clássico, o método dialético sofre sua primeira *capitis diminutio* no Continente, porque se evitava que a justiça ficasse nas mãos dos homens, para que passasse a constar nas leis.

Assim, durante a baixa idade média (séculos XII-XVIII), reis/grandes senhores conseguem reforçar seu poder e em cada território desenvolveu-se um sistema jurídico próprio com base nos costumes locais, na legislação e jurisdições reais/senhoriais.²⁰⁰ Com o intuito de simplificar o processo comum, editaram-se leis, as quais, contudo, eram incompletas, sem caráter de codificação. O direito permanecia em grande parte desvinculado do poder político, como expressão de um direito vivo no povo. Resgatou-se a tradição escolar, e com o acúmulo e incremento do material jurídico o processo tornou-se progressivamente mais moroso e complexo.²⁰¹

1.1.2.2. Em especial, a Inglaterra

1.1.2.2.1. As sucessões do poder sobre território inglês

A história do direito inglês até o século XII é semelhante à história do direito dos países do Continente. A Inglaterra, então *Britannia*, também fez parte do Império Romano (do século I a.C. ao século V) e como província imperial (*provincia imperiali*) também aplicava o direito romano, mais especificamente o processo formulário, obviamente que conformado de acordo com as características do local e um pouco afastado da matriz original da península itálica. À diferença do Continente, *Britannia* não conheceu o direito romano pós-clássico, ou justinianeu-cristão. *Britannia* aplicou o processo formulário e teve cortados seus laços com o Império antes da afirmação das *cognitiones*. A tradição jurídica inglesa teve início, assim, com o desenvolvimento do direito experimentado sob o influxo do direito romano clássico,

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 338.

²⁰⁰ GILISSEN, *op. cit.*, p. 130.

²⁰¹ WIACKER, *op. cit.*, p. 64.

mais especificamente do processo formulário, sem herdar as características posteriores do direito romano pós-clássico e justiniano. Isso quer dizer que o direito inglês tem origens no *case law* do processo formulário e no incremento dos poderes dos magistrados, figuras respeitáveis do reino, sem sofrer os efeitos centralizadores do *dominato* (período do direito romano pós-clássico), que levaram a uma reunião do jurídico na figura onipotente do imperador romano, em substituição dos pretores.

A partir do século VI, *Britannia* foi invadida por tribos germânicas, principalmente Anglos, Saxões e Jutos, que lá estabeleceram seus reinos, cuja fusão das culturas deu origem ao termo anglo-saxão. À invasão seguiu-se a fragmentação do território e a edição de leis bárbaras, inclusive reunidas sob a forma de *codex*, porém não em latim (como eram as *leges barbarorum* do Continente), mas em língua germânica. Os povos germânicos que invadiram o território do Continente europeu após a queda do império romano do ocidente (Ostros, Visigodos, Francos, Lombargos) estavam acostumados à cultura romana. Sempre ocuparam as fronteiras contíguas ou muitas vezes participaram mesmo da administração do território. No Continente, natural que após a invasão muitas das instituições romanas fossem preservadas, já que não completamente estranhas aos dominadores. Na *Britannia*, porém, os povos nórdicos Anglos, Saxões e Jutos eram muito pouco romanizados (situavam-se onde hoje fica o norte da Alemanha, Holanda e Dinamarca, territórios que nunca integraram o império romano), razão pela qual as instituições inglesas tiveram maior influência da cultura germânica dos invasores do que da cultura romana dos ocupantes precedentes e menos ainda da cultura celta dos habitantes originais do território.²⁰² Após a invasão, o direito romano foi aos poucos substituído pelos diversos costumes praticados em cada território.²⁰³ Vigia nessa época, portanto, o direito anglo-saxônico,²⁰⁴ cujo procedimento caracterizava-se por ser oral, perante as cortes dos “*The Hundred*” e “*The Shire*”, sem a admissão de contumácia, e com a utilização de juramentos e de ordálios como meio de prova.²⁰⁵

Em 1066 ocorre a invasão normanda. Guilherme, cognominado de “o conquistador” (em inglês, “William the Conqueror”), chega, na verdade, como herdeiro do

²⁰² LYON, Bruce. *A Constitutional and Legal History of Medieval England*. New York: Harper & Brothers, 1960, pp. 10-13.

²⁰³ *Ibidem* p. 15.

²⁰⁴ *Ibidem* pp. 3-5. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 284. “Os anglo-saxões conservaram (...) a identidade lingüística de suas leis” – WIACKER, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁵ LYON, *op. cit.*, pp. 99-103.

reino saxão.²⁰⁶ Bem por isso não teve o objetivo de impor uma nova cultura, de afirmar seu poder político por meio de um rompimento com o passado. Ao contrário, tinha interesse em preservar os direitos anglo-saxônicos, e para possibilitar tal empreitada importou o feudalismo para a Inglaterra. O feudalismo na Inglaterra, contudo, teve menos força que no Continente. É que os senhores normandos que acompanharam Guilherme à Inglaterra estavam em um país conquistado, do qual ignoravam a cultura e seu povo. Permaneciam ligados ao poder central inclusive para sua própria proteção, não se destacando nenhum barão para fazer frente ao poder real. Em 1290, inclusive, proibiu-se a suserania, e todos os senhores passaram a responder diretamente ao rei.²⁰⁷

No século XII, o costume permanece a principal fonte do direito,²⁰⁸ inclusive tendo Guilherme proclamado expressamente que o direito anglo-saxônico continuava em vigor.²⁰⁹ À diferença do Continente, a Inglaterra não precisou utilizar o direito como instrumento de unificação do território.²¹⁰ Em consequência, a unificação do direito tomou rumo diverso. A bem da verdade, a Inglaterra manteve-se no mesmo rumo em que estava, sem romper com seu passado e tradição jurídica.

1.1.2.2.2. A formação do *common law*

O nascimento do sistema do *common law* – o direito comum inglês – deveu-se em grande parte à ação dos tribunais reais na baixa idade média (séculos XII a XV), expressão típica do chamado *Judge made law* – o direito elaborado pelos juízes –, que consolidou a jurisprudência como fonte principal do direito. Já no século XII a Inglaterra contava com uma complexa organização judiciária. As cortes dividiam-se em *curia regis*, *hundred court*, *county court*, *comunal court*, *King's high court*, *Royal court*, todas com competências específicas. Além disso, seguindo a característica do feudalismo do Continente, Guilherme o Conquistador atribuiu a alguns dos senhores normandos o direito de administrar justiça em seus territórios, por meio das *private* ou *franchisal courts*, cuja competência, porém, limitava-se a algumas matérias, de modo que essas cortes nunca funcionaram como sérios concorrentes

²⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151.

²⁰⁷ DAVID, *op. cit.*, p. 285. Sobre a teoria de pactos entre servos-senhores, senhores-rei e rei-servos, que explica a relação de poder inglesa nesse período, v. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre, 2002, pp. 101-102.

²⁰⁸ GILISSEN, *op. cit.*, p. 209.

²⁰⁹ LYON, *op. cit.*, p. 103. DAVID, *op. cit.*, p. 285.

²¹⁰ E sabe-se que “A pulverização das jurisdições e da formação jurídica da Baixa Idade Média [foi] a causa externa mais evidente da propensão para a adoção do direito romano” – cf. WIACKER, *op. cit.*, p. 115.

com as cortes inglesas.²¹¹ Portanto, apesar do sistema feudal, o poder real sempre manteve a autoridade sobre todo o território do reino. Mais que isso, o poder real, no reinado de Henry II, Richard I e John alcançou forças tão grandes que beirou o absolutismo,²¹² o que facilitou que já no século XII estabelecessem-se tribunais reais de justiça (*Tribunais de Westminster*), com a incumbência de delinear o *common law*, já que a atuação do rei, da *curia regis*, era excepcional.²¹³ Henry II foi, assim, o verdadeiro fundador do *common law*.²¹⁴

Gradualmente, dentro da *curia regis*, se especializaram três órgãos: *Exequer*, *Common Pleas* e *King's Bench*, os quais se tornaram cortes, as cortes de Westminster.²¹⁵ A atuação de todos tribunais era provocada pelos particulares mediante pedido ao Chanceler, que, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem – *writ*²¹⁶ – a uma autoridade (geralmente um xerife) para ordenar ao réu que desse uma satisfação. O sistema dos *writs* era inicialmente adaptado caso a caso. Bem se sabe que direito que não se realiza, direito não é, e era justamente pela presença de um remédio processual que se garantia a eficácia da relação jurídica material – *remedies precede rights*.²¹⁷ Nesse período, a função do Chanceler, por meio dos *writs*, era semelhante a do pretor romano, que concedia a ação ao particular por meio de seu *edito*.²¹⁸ Com o tempo, o sistema de *writs* evoluiu para se tornar fórmulas estereotipadas, a fim de facilitar o trabalho do Chanceler e possibilitar o atendimento a um maior número de litígios, dando, assim, destaque à jurisdição real em detrimento da jurisdição dos barões.²¹⁹ Como se vê, as origens no direito romano clássico deixaram raízes sobre as quais se desenvolveu o processo civil inglês. Os normandos pouco inovaram no âmbito do direito processual, de modo que sua estrutura básica, de pedidos, prova e procedimento, era a mesma já praticada pelos anglo-saxões,²²⁰ demonstrando certa ligação com o processo *per formulas* romano. Em 1285, por meio do *Statute of Westminster*, estabeleceu-se que o

²¹¹ LYON, *op. cit.*, pp. 191-193. DAVID, *op. cit.*, pp. 287-288.

²¹² LYON, *op. cit.*, p. 244.

²¹³ DAVID, *op. cit.*, p. 286.

²¹⁴ LYON, *op. cit.*, p. 279.

²¹⁵ VARANO, *La tradizione...*, pp. 276-278.

²¹⁶ Chamada em latim como *breve*.

²¹⁷ Grossi, *L'Europa...*, p. 80. VARANO, *La Tradizione...*, p. 282. Esse ponto evidencia uma relação entre o *common law* e o direito romano clássico. Em ambos o remédio precede o direito e a tutela se realiza apenas depois de o particular obter um documento (fórmula e *writ*) de um órgão aparentemente não jurisdicional (Pretor e Chanceler) – VARANO, *La Tradizione...*, p. 288.

²¹⁸ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 31.

²¹⁹ CAENEGEM, *op. cit.*, p. 115. No mesmo sentido, LYON, *op. cit.*, p. 198, e DAVID, *op. cit.*, p. 288. O interesse na extensão da jurisdição real se justificava porque era uma atividade rentável – os litigantes pagavam para ter o privilégio de serem ouvidos nessa instância – e também porque a jurisdição central parecia melhor aos particulares – LYON, *op. cit.*, p. 299.

²²⁰ “*Process and procedure in the royal and public courts were little changed by the Conquest. (...) Again the Normans adopted and strengthened rather than destroyng and replacing*” - LYON, *op. cit.*, p. 195.

Chanceler não poderia criar novos *writs*, podendo aplicar somente os já existentes a casos similares – os chamados *breve in consimili casu* –, sistema que permanece em vigor até o século XIX.²²¹

O direito, então, desenvolveu-se com base na lista de *writs*. O sistema de *writs* e a utilização do júri foram os instrumentos que mais colaboraram para a disseminação da jurisdição real e para a consolidação do *common law*.²²² O estabelecimento dos *writs*, ademais, insere-se na lista das eficientes medidas administrativas tomadas por Henry II, além de demonstrar preocupação maior com a realização do direito do que com o próprio direito – *remedies precede rights*. Esta então a diferença de estrutura para com o direito continental: o direito inglês foi elaborado com base em um número limitado de formas processuais (*writs*), e não, como no Continente, sobre regras relativas ao direito material.²²³ O interesse do *common law* sempre foi centrado no processo, com a finalidade de formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri²²⁴ e buscar mais a solução do litígio que a realização da justiça.²²⁵ Só aos poucos o *common law* passou a contar com normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um.²²⁶

Além do fato de na Inglaterra o direito se desenvolver caso a caso, os juristas encarregados de desenvolvê-lo nesse sistema de *writs* certamente eram juristas técnicos, mas não juristas formados na universidade, como eram seus colegas do Continente. Esse fato significa que os juristas ingleses não estavam acostumados com o trabalho científico do direito, e por isso nem tendiam ao conhecimento abstrato patrocinado pela Escola de Bologna. Os juristas ingleses formavam-se em centros de formação profissional, e o horizonte na preparação constituía-se tão somente em um horizonte de atuação profissional, prática.²²⁷ Se o Continente teve por protagonistas os professores, na Inglaterra os senhores do direito foram

²²¹ GILISSEN, *op. cit.*, p. 210.

²²² LYON, *op. cit.*, p. 288.

²²³ GILISSEN, *op. cit.*, p. 211.

²²⁴ Aproximação com a bipartição da jurisdição romana entre pretor e *iudex*.

²²⁵ DAVID, *op. cit.*, p. 291.

²²⁶ *Ibidem*, p. 290.

²²⁷ Diferença no ensino jurídico: na Inglaterra se privilegia uma formação prática, na qual o ensino acadêmico, o estudo teórico e a ciência jurídica são postos à margem; no Continente se dá justamente o contrário (CAENEGEM, *op. cit.*, p. 53 e ss). É certo que as universidades inglesas (a partir do século XIII) ensinavam o direito romano e canônico, e apenas no século XVIII foram instituídos cursos de direito inglês (Oxford e Cambridge), mas o fato é que não adiantava estudar os princípios romanos na universidade se na prática não serviam para nada. Caenegem afirma que os estudantes preferiam ir para o tribunal acompanhar o trabalho dos juízes e advogados, tal como o aprendiz de sapateiro prefere observar o trabalho do mestre – CAENEGEM, *op. cit.*, p. 60 e ss.. No mesmo sentido: DAVID, *op. cit.*, p. 307.

os práticos, e nesse processo a universidade teve um papel quase nulo.²²⁸ Porém, ao contrário do que possa parecer, em ambos os sistemas houve uma transformação do direito popular em direito dos juristas, bem como uma transformação do juiz do povo em um jurista culto.²²⁹

Em 1215 é editada a Magna Carta, por concessão do rei John. A Magna Carta consiste em um documento escrito contendo regras por meio das quais o rei deveria governar, além de fortalecer os poderes do parlamento. No mesmo esteio, no século XIII as cortes do *common law* se desvinculam do poder do rei, o que consolida o conceito de *rule of law*, que designa a autonomia do direito frente a interesses específicos, e principalmente a submissão do poder dos governantes ao direito. A partir daí a classe dos juristas passa a ser cada vez mais prestigiada, e a formação dos operadores do direito já colaborava para a formação da consciência do papel do jurista e magistrado no *common law* e de sua independência, todos os atributos fortalecidos pela tradição que se seguiria.²³⁰ O estabelecimento dessa justiça real, porém desvinculada do rei, acabou por enfraquecer a influência das jurisdições senhoriais, as quais gradualmente foram perdendo poder até desaparecerem.²³¹ Como o político estava desvinculado do jurídico, seria mesmo natural que o desenvolvimento do direito coubesse a quem detinha então a soberania jurídica – as cortes –, já que o rei não tinha relevância nesse campo de produção jurídica, ao contrário do Continente, em que o soberano sempre foi visto como o grande legislador e detentor da justiça. Graças à desvinculação do político do jurídico, a Inglaterra assumia sua identidade de ser uma ordem prevalentemente não-legislativa de produção do direito.²³² O *common law*, assim, significa o produto da atuação de juristas, os quais, no medievo, são juristas práticos, empíricos, educados em escolas de formação profissional.

²²⁸ GROSSI, *L'Europa...*, p. 80. VARANO, *La tradizione...*, pp. 301-302 e 339. CAENEGEM, R.C. Van. *Judges, Legislators e Professors*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. Sobre o papel da universidade na Inglaterra ver BRAUN, *Giudici e Accademia*. Não se pode olvidar, ademais, o relevante papel da doutrina. A influência da doutrina não é obstada pelo caráter prático do direito inglês, tanto que muitos doutrinadores se destacaram ao longo da história e seus escritos adquiriram grande autoridade, a balizar por muito o desenvolvimento do direito inglês, como é o caso de Glanvill (século XII), Bracton (século XIII), Fortescue (século XV), Littleton (século XV), Coke (século XVI) e Blackstone (século XVIII). Além disso, a universidade vem incrementando seu papel na formação do jurista inglês, e o trabalho do magistrado inegavelmente é influenciado pelos escritos de outros juristas, e nas últimas décadas foi abandonada a prática de não citar teóricos nas decisões judiciais, e nas decisões da corte superior frequentemente se faz referência a escritos doutrinários – VARANO, *La Tradizione...*, p. 340. Em resumo, a doutrina impulsionou o desenvolvimento inicial de ambas as tradições. A diferença está em que ao passo que no Continente a doutrina foi sucedida pelo legislador, na Inglaterra a doutrina cedeu lugar aos juízes.

²²⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 06.

²³⁰ GROSSI, *L'Europa...*, p.p 80-81.

²³¹ DAVID, p. 295. O que em grande parte se deveu à instauração da justiça itinerante – VARANO, *La Tradizione...*, p. 280.

²³² Grossi, *L'Europa...*, p. 82.

Por volta do século XV, a rigidez dos *writs* deixava sem tutela uma série de direitos. Os juízes, embora nomeados pelo rei, tinham-se tornado relativamente independentes. Nesse contexto, a ideia de recorrer diretamente ao rei, fonte de toda a justiça, foi retomada, consolidando a jurisdição de *equity*, na qual o Chanceler – representante do rei, “*the keeper of the king’s conscience*” – decidia com base na equidade, sem ter em conta as regras do *common law*.²³³ Por muito tempo, inclusive, o chanceler foi um eclesiástico (do surgimento da *equity* até o século XVII), o que explica ser o processo de *equity* inspirado no direito canônico e com forte apelo ao direito romano, caracterizado ainda pelo caráter inquisitório, escrito, secreto e sem júri,²³⁴ o que inclusive favorecia a consolidação do poder central.²³⁵

Estabeleceram-se, assim, duas jurisdições concorrentes: *equity* e *common law*. O processo de *equity* aplicando um procedimento semelhante ao do sistema romano-canônico,²³⁶ ao passo que o processo do *common law* era um processo fortemente pautado pela oralidade. Nesse período (século XVII), dada a proeminência da *equity* e o declínio do *common law*, o direito inglês quase se colocou no sistema continental.²³⁷ Contudo, nos conflitos entre Rei e Parlamento no século XVII, os juízes posicionaram-se ao lado do Parlamento contra o absolutismo, o que permitiu a subsistência do *common law* em um sistema dualista de direito, com duas jurisdições, cada qual com suas regras próprias, que só voltaram a se juntar em 1873-75 (*judicature acts* - reformas de organização judiciária).²³⁸ Ressalte-se que já a partir do século XVII a jurisdição de *equity* muda de caráter, passando o chanceler a basear suas decisões em precedentes, com controle da Câmara dos Lordes.²³⁹

²³³ David afirma que a decisão inicialmente era tomada pelo rei em seu conselho, função que foi paulatinamente passada ao Chanceler (século XV). O chanceler, a partir de 1529, na dinastia Tudor, não é mais um confessor do rei, ou um eclesiástico, mas um jurista. (DAVID, *op. cit.*, p. 296). Cf. RADBRUCH, *op. cit.*, pp. 31-32, houve críticas à época, como a de John Selden (1584-1654), segundo o qual fazer da consciência do chanceler o critério de equidade é o mesmo que fazer de seu pé a medida de cumprimento.

²³⁴ VARANO, *La tradizione...*, p. 291-293.

²³⁵ DAVID, *op. cit.*, p. 296. Em oposição ao espírito do século XIII, em que se rejeitava o *corpus iuris* por ser uma expressão de domínio imperial, o que poderia criar receios nos senhores feudais de um poder tirânico do rei – TUCCI, *op. cit.*, p. 151. De fato, se reconheceu cedo na Inglaterra o perigo do código bizantino, manifestado pelo princípio de que *quod principi placuit legis habet vigorem* (Ulpiano), ou seja, o que o príncipe estabelecer tem valor de lei – RADBRUCH, *op. cit.*, p. 06.

²³⁶ PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione All’alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 61.

²³⁷ DAVID, *op. cit.*, pp. 296-297. CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, p. 332.

²³⁸ GILISSEN, *op. cit.*, p. 213. Essa reforma foi influenciada pelo Código Field, vigente no Estado de Nova Iorque (EUA) desde 1848, que, entre outras inovações, aboliu a distinção entre *action at law* e *suits in equity*, para reunir todas sob o título de *civil actions* – cf. FRIEDMAN, *op. cit.*, pp. 391-398.

²³⁹ DAVID, *op. cit.*, p. 298. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 32.

Atualmente, olhando para trás, a *equity* é vista como um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito inglês, e que passaram a integrá-lo. As razões que exigiram a intervenção do chanceler, contudo, já não mais existem, uma vez que o parlamento tem o poder de aperfeiçoar o direito inglês quando necessário, de forma mais democrática.²⁴⁰

O sistema do *common law* escapou à influência da ciência jurídica das universidades medievais e modernas por ser, desde sua formação inicial, considerado tão adequado às necessidades e tão bem inserido na realidade social de seu tempo que não havia por que alterá-lo sob a influência do estudo científico do direito romano no Continente.²⁴¹ Em consequência dessa construção caso a caso do direito, o direito inglês foi ordenado sem preocupação lógica, nos quadros determinados pelo processo.²⁴² Tornou-se o direito dos países que foram colonizados pela Inglaterra: País de Gales, Irlanda, EUA, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e países da África.

Em resumo, a expressão *common law* foi utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais.²⁴³ Interessava ao *common law* apenas o costume do reino, o chamado costume geral imemorial do reino, uma vez que pretendia, por oposição aos costumes locais, ser o direito comum a toda a Inglaterra.²⁴⁴ Já na Europa Continental, a influência dos costumes locais foi considerável até o século XVIII. O *common law*, portanto, não se confunde com o *ius commune* do Continente. Ao passo que aquele prevalecia sobre os direitos locais, este tinha caráter apenas subsidiário.²⁴⁵ O *common law* manteve-se alheio ao direito romano justiniano e não surgiu como um direito erudito, mas como um direito judiciário do caso, uma construção empírica. Nesse modelo, o recurso ao direito romano como direito supletivo, além de não ser desejado,

²⁴⁰ DAVID, *op. cit.*, p. 299. VARANO, *La Tradizione...*, p. 290.

²⁴¹ TUCCI, *op. cit.*, p. 150.

²⁴² DAVID, *op. cit.*, p. 306.

²⁴³ GILISSEN, *op. cit.*, pp. 207-212. O sistema foi chamado por muito tempo por *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses utilizaram-se do francês até o XVIII.

²⁴⁴ R. C. Van Caenegem afirma, por conta da unidade do *common law*, que foi o primeiro direito nacional de que se tem notícia na Europa, pois nos demais países o direito ou era europeu, ou local, mas não nacional: “[The common law] is the oldest body of law that was common to a whole kingdom and administered by a central court with a national-wide competence in first instance. In the rest of Europe, the law was either European or local, not national. In consequence a number of countries paradoxically adopted the cosmopolitan *jus commune* to provide a national legal system which the divergent customs could not produce, because they were not sophisticated enough and regional pride resisted the imposition of the customs of one region on all others” – CAENEGEM, R.C. Van. *The Birth of the English Common Law*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 88.

²⁴⁵ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 23.

era mesmo muito difícil,²⁴⁶ tendo em conta a complexidade do procedimento perante os tribunais reais, que só podia ser apreendido na prática.

1.1.2.3. Os diferentes métodos de consolidação das tradições

A formação de um conjunto coordenado de institutos jurídicos,²⁴⁷ tanto na Inglaterra quanto no Continente, se deu na mesma época e teve o mesmo propósito: o de superar o particularismo do direito costumeiro das diferentes regiões. No entanto, a diferença em direção a um direito comum está no método. No Continente, há uma brusca interrupção: a unidade vem da redescoberta da racionalidade ínsita ao direito romano codificado, desenvolvido por obra dos juristas formados nas universidades, sem depender do poder real, que ainda era fraco para realizar a centralização política. Já na Inglaterra, a construção do *common law* deveu-se ao fortalecimento do poder do rei, que unificou o direito criando cortes de justiça centralizadas, operadas por juristas práticos, sob um empirismo e método indutivo.²⁴⁸

Essa diferença de nascimento do *common law* e do *ius commune* determinou as fundações de cada tradição e estabeleceu as diretrizes da evolução posterior. A influência sobre a Inglaterra partiu do direito romano clássico, infenso à doutrina cristã. Essa foi a bagagem cultural herdada pelo direito britânico, que deu origem ao *common law*. Já o direito continental deriva diretamente do direito romano-canônico, em que o próprio método de aplicação do direito alterou-se sensivelmente desde o direito romano clássico, a fim de se adaptar ao espírito cristão do baixo império, de modo que o direito romano-canônico herdado pelo Continente foi produzido já no Império Bizantino do Oriente. Cada tradição, portanto, derivou sua disciplina jurídica de um específico centro de poder na Roma antiga: ao passo que

²⁴⁶ GILISSEN, *op. cit.*, p. 208. Embora haja semelhança desse sistema com as ações da lei do direito romano, a diferença fundamental é que o sistema dos *writs* manifestava-se como direito público, como ordem do rei – os conceitos do direito romano, portanto, nem sequer poderiam ter sido utilizados para interpretar os atos do processo inglês.

²⁴⁷ Poder-se-ia falar em “*unidade jurídica*”, porém “conjunto coordenado de institutos” é mais adequado uma vez que unidade jurídica depende de unidade territorial, o que não era a realidade do Continente.

²⁴⁸ SOUZA JUNIOR, *op. cit.*, pp. 76-77; RADBRUCH, *op. cit.*, p. 08. O caráter empírico está já a origem do termo “*law*”. Ao passo que o equivalente continental “Direito” deriva de palavras como direita (*rechtsseitig*), justo (*recht*), “*law*” deriva do termo escandinavo “*log*”, que significa aquilo que está posto. Dessa forma, a *case law* indica desde o início que a decisão do juiz tem a mesma força que a lei do rei. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 23. Esse caráter indutivo é semelhante ao método romano clássico, em que os direitos se desenvolvem pelas ações (cf. CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, p. 327).

o *common law* lança suas raízes no ocidente, sob o processo *per formula*, a tradição romano-canônica nutre-se do material jurídico elaborado no oriente, já sob o influxo das *cognitiones*.²⁴⁹

O comprometimento do *common law* com o direito romano clássico evidencia-se por basearem-se ambos no caso e não na lei, por serem sistemas de *case law*.²⁵⁰ É possível, inclusive, fazer as seguintes relações entre institutos jurídicos romano-clássicos que encontram equivalência em institutos do direito inglês: *edicto pretório* – *registrum brevium*; *aciones* e *formulas* – *writs* e *forms of action*;²⁵¹ *ius honorarium* – *equity*; fase *in iure* – *pre-trial*; fase *apud iudicem* – *trial*. Outros pontos de contato se verificam no prestígio da oralidade, concentração dos atos e imediação, livre convencimento do magistrado.²⁵² As razões dessa profunda analogia, porém, parecem decorrer de características culturais comuns a ambas as nações, em vez de diretas influências jurídicas. Ou seja, embora o *common law*

²⁴⁹ “Continental law with which the English Common Law is usually contrasted is influenced by the law of Justinian and the classical law has influenced it only indirectly. The spirit of Roman law during its classical epoch is related to the spirit of English law; the spirit of Justinian’s era is almost in opposition to the English spirit. Two pairs are in opposition, on the one side the law of the Corpus Juris and the continental system influenced by it, and on the other side the classical Roman law and the English law scarcely influenced by it, but bearing an inner relationship to it” – PRINGSHEIM, Fritz. *The Inner Relationship Between English and Roman Law*, in Cambridge Law Journal, 5, 1935, *apud* CAENEGEM, *The Birth...*, p. 94. Especificamente sobre o *common law* escocês: “it is clear that the common law of Scotland is in large measure derived from the civil law; to a less extent, but in important particulars, from the canon law” – GLOAG, William Murray; HENDERSON, Robert Candlish. *Introduction to the Law of Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1927, p. 8.

“este é o direito que nos foi legado pela idade média, um direito romano plasmado segundo os princípios da moral e da Igreja. O direito processual romano-canônico que afinal plasmou as instituições processuais modernas, em muitos aspectos, apresentava-se não apenas em franca oposição ao processo romano, como divergia notavelmente também do processo dos povos germânicos”. SILVA, *Jurisdição e Execução...*, p. 85. “Este processo cognitório do *corpus iuris* continuou a ser modificado na idade média pelo direito canônico e italiano e, nesta forma modificada, foi recebido na Alemanha, onde se tornou a base do processo comum”. KASER, *op. cit.*, p. 434.

²⁵⁰ Cf. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 06. Villey, p. 746. BRUTAU, *op. cit.*, pp. 92-159. Essa relação, contudo, deve ser feita com cautela, tanto que Letizia Vacca, apontando a relação, teve por adequado denominar o direito romano de direito jurisprudencial e o *common law* de *case law*, pela razão de que o pretor romano, em verdade, não criava direito *ex novo*; sua criatividade decorria da inexistência de hierarquia entre as fontes de direito, mas todas deveriam ser por ele observada; suas decisões não tinham caráter vinculante para casos futuros e a consolidação de remédios processuais pelo pretor romano em formas de ação não determinava o surgimento de direito objetivo – cf. VACCA, pp. 113 e ss.

²⁵¹ Os advogados ingleses do século XIII traduziam *actio in factum* como *action on the case (breve in consimili casu)*, dada a similaridade entre o Chanceler inglês e o Pretor romano. CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, nota 31.

²⁵² CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, p. 317, citando Gino Gorla. O *iudex* clássico é uma pessoa privada, assim como os jurados do júri, daí derivando a oralidade, concentração e imediação e de livre convencimento do juiz.

tenha sido pouco influenciado, diretamente, pelo direito romano clássico, certamente tem com ele uma ligação muito estreita.²⁵³

Por outro lado, o direito continental, o *ius commune*, inspirou-se no direito justiniano, bizantino, o que é evidenciado pela ausência de bipartição do procedimento; pela inexistência de fórmulas; pelo fato de não haver *iudex* privado (nem júri) mas um oficial público encarregado pelo julgamento; pelo fato de ter sido tolhida a função criadora do direito dos pretores, gerando a superposição de um direito estatutário, de emanção imperial; e pela utilização de um método numérico e apriorístico de valoração das provas.²⁵⁴

Enfim, como característica fundamental do direito inglês tem-se a continuidade, a ausência de fratura com seu passado. A Inglaterra mantém forte caráter histórico, sem experimentar ruptura na sua tradição: não experimenta nem a renovação pelo direito romano, nem a renovação pela codificação, que são características do sistema romano-canônico.²⁵⁵ A falta de ruptura se vê também na sociedade inglesa como um todo: o parlamento é uma continuação das corporações medievais; a igreja anglicana mantém ainda hoje muitos traços do catolicismo; as universidades ainda mantêm um caráter de universidade medieval; e a própria figura do *gentleman* é a evolução da ideia de cavaleiro medieval.²⁵⁶ Paolo Grossi, ressaltando o caráter tradicional de continuidade da sociedade inglesa, afirma que a França – o que podemos estender para o continente ocidental em geral – funcionou como o laboratório político-jurídico da modernidade, experimentando guinadas no seu caminho de evolução jurídica ao bel prazer das novas teorias, que a distanciaram da linha evolutiva inglesa. Por outro lado, a Inglaterra preservou a estrutura da sociedade medieval e assim atravessou toda a modernidade, sem nenhuma cisão, sem nenhuma revolução, sem desgarrar-se da trilha de evolução traçada desde os primeiros reis normandos.²⁵⁷

²⁵³ CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, nota 5. Cf. BUCKLAND, W.W.; McNAIR, Arnold D. *Roman Law & Common Law – A Comparison in Outline*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

²⁵⁴ CAPPELLETTI, *El Proceso Civil Italiano...*, p. 329. Inclusive, é dessa herança que vem a denominação *civil law*, utilizada pelos ingleses para designar o sistema baseado no *corpus iuris civilis* de Justiniano.

²⁵⁵ DAVID, *op. cit.*, p.283. CAENEGEM, R.C. Van. *Judges, Legislators e Professors*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 6 e ss, que tem o direito inglês como uma “rede sem costuras”.

²⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. *Lo Spirito del Diritto Inglese*. Milano: Giuffrè Editore, 1962, p. 05. DAVID, *op. cit.*, p. 283.

²⁵⁷ GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. 6 ed. Roma: Laterza, 2010, pp. 82-83: “Il legalismo, la legolatria, imperversante e soffocante nel diritto continentale sette/ottocentesco, sono ignoti all’esperienza giuridica inglese. (...) Il diritto, bem saldo e continuo al di sotto dei mutamenti politici, è alle radici della storia di un popolo e si fonde perfettamente com essa, diventando il segno più intenso della tipicità inglese”. Ainda, cf. VARANO, *op. cit.*, v. I, p. 274.

1.1.2.4. O direito romano em perspectiva e sua influência posterior

A divisão do direito romano em três períodos (*legis actiones*, direito formulário e *cognitio extraordinem*), com a pretensão de expor a evolução jurídica de mais de mil anos, obviamente serve mais a fins didáticos, para se compreender as características mais marcantes daquele modelo jurídico, do que para retratar fielmente todos os nuances inerentes às contingências históricas destes mais de dez séculos e ao vasto território que caracterizaram a Roma Antiga. A evolução do direito romano tal como foi exposta (e tal como costuma ser exposta pelos romanistas, com base nos ensinamentos de Gaio) deixa claro que o direito é uma característica de qualquer povo, como fenômeno cultural e expressão do justo. Ao contrário do que se infere da doutrina do positivismo jurídico, o direito não se deve ao estabelecimento do Estado. Em vez disso, foi justamente o direito que possibilitou a existência do Estado.²⁵⁸ Não obstante, uma vez estabelecida a força estatal, o direito também se fortalece, como se fosse uma relação de simbiose.²⁵⁹ Como quer que seja, onde há uma comunidade, há direito vigente. O que muda é o que as pessoas entendem por direito, e o meio pelo qual o direito é aplicado.

O direito em Roma sempre esteve ligado ao que hoje se poderia chamar de Estado.²⁶⁰ Essa conexão é mais forte na medida em que a autoridade central ganha força, o que cronologicamente corresponde à passagem da Monarquia à República, e da República ao Império.²⁶¹ Embora não seja possível afirmar com propriedade que nessa época a aplicação do direito já era atribuição do Estado – pois a construção do Estado moderno levou centenas de anos e teve o estopim com os filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII²⁶² –, é certo

²⁵⁸ SILVA, *Direito Material...*, p. 280. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Como es Posible...*, p. 24.

²⁶⁰ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 249.

²⁶¹ “Ao contrário de nosso direito [brasileiro], em que a lei tornou-se sua fonte exclusiva, para o período do direito romano clássico as fontes eram várias e a principal delas não era constituída por uma norma geral e abstrata, cuja observância fosse, como agora, imposta pelo soberano. A profunda distinção entre a *iurisdictio* desse período [clássico] e a jurisdição do direito de Justiniano nasce, com efeito, da circunstância de serem os juristas, e não os juizes, a criarem direito. No período republicano, a ciência jurídica romana é criada pelos juristas, não pelos magistrados, naturalmente sem qualquer caráter coercitivo.” - SILVA, *Direito Material...* p. 264.

²⁶² Em especial Thomas Hobbes – HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2003. A bem da verdade, nem sequer cabe falar em Estado para designar o fenômeno que temos em vista, já que o termo passou a ter o sentido atual apenas na modernidade. Cf. SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

que no direito romano clássico a intromissão do imperador representou o primeiro ensaio de apropriação do direito pelo Estado, funcionalizando o fenômeno jurídico.²⁶³

A confusão entre *ius* e *fas* que dominou a pré-história do direito romano, na qual os sacerdotes tinham grande influência na definição do que é justo e de como efetivar a justiça, cedeu lugar, ainda no período pré-clássico (século III a.C.),²⁶⁴ a uma série de fontes de direito, das quais se destacam o costume e o direito promulgado (XII Tábuas). No período das *legis actiones*, que equivale ao período embrionário de um direito previamente estabelecido e aplicado por meio do processo, com atores com funções específicas e com a participação em contraditório das partes envolvidas, o direito ainda se fazia tímido, e devia ser aplicado tal e qual estabelecido pela previsão normativa. Essa prática acarretou uma tipicidade, limitando as situações tuteláveis, que em determinado momento, em razão da evolução social, deixou de satisfazer os anseios da comunidade.

No período formulário, em que o direito já estava enraizado na cultura do povo, o processo passa a ter reconhecimento e respeito social. A *actio*, assim, é vista já como instituto venerável, ganhando força a figura do pretor, cuja *auctoritas* legitima-o e impulsiona-o a exercer cada vez mais a atividade de construção do direito.²⁶⁵ Nesse período, o leque de fontes do direito abre-se ainda mais para abarcar, dentre outros, os *senatusconsulto*, as respostas dos *prudentes*, a lei e, principalmente, os *editos* dos pretores.²⁶⁶ No processo formulário o pretor é o grande protagonista, tanto do desenvolvimento do processo tendente à solução do litígio, quanto da própria construção do direito. Munido de *imperium*, o pretor alcançou grande reconhecimento na época, praticamente centralizando a formação do direito. Seus *editos* definiam as situações jurídicas tuteláveis e também ao pretor competia tutelar, por meio da concessão do *iudicium*, a situações neles não previstas.

²⁶³ SILVA, *Direito material...* p. 266. Esse caráter funcional, de declaração do direito, foi justamente a que Chiovenda fez referência na relação entre a *iurisdictio* romana (do império) e a jurisdição moderna – cf. CHIOVENDA, G. *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, p. 79. Aliás, na tentativa dos glosadores em estabelecer uma distinção entre o conceito de Estado e de *dominium*, próprio da organização feudal, o conceito de jurisdição acabou por assumir uma faceta política, de autonomia política, de modo que a *iurisdictio* medieval seria o equivalente moderno do poder autônomo de produzir *statuta*, normas jurídicas impositivas em determinado território – Francesco Calasso – *Gli ordinamenti giuridici Del Rinascimento Medievale*, Giuffrè, 1965, p. 274, apud SILVA, *Direito Material...* p. 272.

²⁶⁴ Devido ao fato de, em 252 a.C., um plebeu – Tiberius Coruncanius – ter assumido o ofício do *pontifex maximus* (o grande chefe do colégio dos pontífices), tradicionalmente controlado por sacerdotes, com a função de chefiar a administração da justiça. cf. ENGELMANN, *op. cit.*, p. 271.

²⁶⁵ “naquele período [clássico e pré-clássico], em vez de aplicarem-se normas jurídicas legislativamente constituídas, era através da *iurisdictio* que a norma individual, a ser observada no caso concreto, era criada, literalmente criada, ao menos nas fases mais primitivas do direito romano, a *iurisdictio* representava o direito vivo como era aplicado na vida quotidiana. SILVA, *Direito Material...* p. 266.

²⁶⁶ Cf. Gaio, *institutas*, I.3.

Já na *extraordinaria cognitio*, com a consolidação do Império, o direito passa a ser interesse do próprio império. Em decorrência lógica, a fonte principal passa a ser a lei, emanada do imperador, e como resultado da influência canônica a partir do século IV d.C., a lei passa a ter ares gerais e abstratos. O imperador centraliza tanto a soberania política como a soberania jurídica, avocando para si a titularidade sobre a produção do direito, que antes era exercida pelo pretor.

Se no reino e na república o direito consistia primordialmente nos costumes (*mores*), na opinião dos juristas e nos *editos* dos magistrados, no Império Romano o direito estava nas mãos do imperador. O *Princeps* centralizava a função legislativa e escolhia e nomeava os juízes, únicos autorizados a exercer a função judicante, ficando os demais juristas, inclusive, proibidos de dar consultas, de decidir e de escrever livros de direito.²⁶⁷ A harmonização na aplicação do direito era de grande preocupação do imperador. O direito nessa fase política deixou de ser *populi quaestio*, para torna-se *imperium quaestio*,²⁶⁸ tanto que foi suprimida a possibilidade do *non liquet* – como o processo não era mais apenas interesse das partes, mas também interesse do próprio império, não era conveniente que o litígio permanecesse sem solução.

Verifica-se, assim, uma tendência de assimetria do processo. O processo assimétrico baseia-se na ideia de que a finalidade do processo é antes possibilitar a atuação do império (função pública) do que pacificar o conflito e realizar o direito da parte (função privada).²⁶⁹

Nesse contexto, o desiderato do imperador de dominar a esfera jurídica do império implicava necessariamente a eliminação da figura do pretor, e foi justamente o que fez. E mais, o imperador gradualmente apoderou-se das funções antes exercidas pelo pretor: (i) o julgador indicado decidia a causa conforme as orientações emanadas do imperador, assim como, no passado, o *iudex* decidia conforme as diretrizes estabelecidas pelo pretor; (ii) a decisão do imperador, fixando os fatos controvertidos e o direito a ser aplicado e nomeando um julgador para decidir conforme suas orientações, era chamada de *epistola*, e tinha função equivalente à fórmula, antigamente deferida pelo pretor; (iii) a atividade do imperador na

²⁶⁷ SILVA, *Direito Material...* p. 264.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 264.

²⁶⁹ Sobre os conceitos de processo assimétrico e isonômico, cf. MITIDIERO, *Colaboração...*, pp. 101-103.

aplicação do direito era cristalizada na *rescripta*, assim como, no passado, a atividade do pretor na elaboração e aplicação do direito era consolidada nos *editos*.²⁷⁰

Como se vê, no que toca especificamente ao âmbito jurídico, tanto na aplicação quanto na elaboração do direito, as funções do imperador no direito pós-clássico eram semelhantes às funções do pretor no direito clássico. O fato de o imperador – o grande pivô da formação do direito romano pós-clássico – ter assumido pra si as funções do antigo pretor comprova a importância do pretor na conformação do direito clássico.²⁷¹ Quer dizer, as funções do pretor eram tão determinantes do direito de sua época que o imperador, a fim de garantir seu desiderato de dominar a elaboração e aplicação do direito, teve por necessário chamá-las a si. O direito romano clássico e o direito romano pós-clássico, portanto, tiveram no âmbito jurídico protagonistas bem definidos e bem diversos: o pretor no primeiro, e o imperador no segundo.

A consequência de tais alterações no plano estrutural e a respeito de a quem competia o exercício da soberania jurídica foi a própria alteração do método jurídico, com relação às fontes de direito. Se no direito romano clássico a elaboração do direito competia primordialmente ao pretor – o magistrado, ou seja, um dos atores do processo judicial –, no direito romano pós-clássico o direito passou a ser centralizado no imperador, que era, antes de mais nada, o detentor do poder supremo sobre todo o território do império. A produção do direito se desvincula do processo – pressuposto do método indutivo – para alçar-se a uma posição distante do centro da controvérsia, mas muito próxima do centro do poder – pressuposto do método dedutivo.

Sob essa perspectiva, é possível rastrear com bastante clareza as origens e as causas do que posteriormente foi resultar nas tradições romano-canônica e no *common law*. Ao passo que o *common law* foi influenciado pelo direito romano clássico e pelo processo formulário, no qual os magistrados eram os protagonistas no âmbito jurídico, a tradição romano-canônica, afirmada pela redescoberta do direito romano pós-clássico (justiniano) em Bologna no século XII, assumiu o paradigma de centralização do jurídico na figura do soberano. As raízes no direito romano clássico foram determinantes para que o direito se construísse caso a caso na Inglaterra, por meio da participação dos particulares e da intervenção do magistrado, em uma empreitada com a ajuda de várias mãos e realizada de

²⁷⁰ ENGELMANN, *op. cit.*, p. 322.

²⁷¹ Não por acaso as expressões de Ulpiano (170-228) de que *sententia facit ius* ou *ius facit iudex*. - Paul. D.5,2,17; Ulp. D. 25,3,3, cf. PUGLIESE, *Istituzioni*, p. 788.

forma pulverizada por todos os cantos do território, sob o acabamento final dado pelas cortes de Westminster.

Já o comprometimento com o direito romano justinianeu-cristão instituiu o paradigma no Continente de que os atores do processo (magistrados e partes) deveriam adotar uma atitude passiva frente ao direito, sempre imposto de cima para baixo, como fruto da atividade individual e privativa de um ente poderoso, demasiadamente afastado da sociedade civil. Embora tenha o Continente, sob o direito romano clássico, experimentado a sensível separação entre o jurídico e o político, acabou assistindo a confusão do jurídico e do político na figura do soberano, o que plasmou a doutrina das fontes do direito no Continente, para definir que direito era aquilo o que era imposto pelo imperador e, mais tarde, aquilo o que era manifestado pelo poder político do Estado.²⁷²

As origens em Roma, ao mesmo tempo comum quanto ao substrato (direito romano) e divergentes quanto ao período (clássico x justinianeu), auxiliam mesmo na identificação das particularidades do método de ensino jurídico. No *common law* o ensino jurídico sempre teve um caráter prático, pragmático, de resolução do caso, ao passo que na tradição romano-canônica o estudo do direito muitas vezes é penetrado por conceitos analíticos das ciências da natureza, em uma necessidade de ter o trabalho jurídico como ciência. Historicamente, escolas especificamente jurídicas existiram apenas no oriente bizantino, de onde a tradição romano-canônica retira sua influência direta. No império do ocidente, já decadente, a formação jurídica era incluída no ensino do *trivium*, com retórica e dialética,²⁷³ muito mais próximo do que veio a ser o ensino jurídico na *Britannia*, com provável inspiração.

²⁷² Embora tendo por objeto de comparação o povo romano e o germânico antigo, a seguinte passagem de Engelmann é esclarecedora sobre as relações do povo com o direito, em cada sistema: “while the ancient German found the law and, consequently, the bounds of his freedom in his own consciousness, the Roman saw in the *State* the embodiment of all law and in the will of the State an imperative command of the law. For the German, the community only possessed such power as the individual saw fit to assign it, but, for the Roman, individual freedom only began with that limit which the State, itself, had set to its authority over him (...) Thus, the whole field of political and legal affairs was, in principle, subject to the intrinsically unlimited authority of the State – the ‘imperium’”. ENGELMANN, *op. cit.*, pp. 328-329

²⁷³ WIACKER, *op. cit.*, p. 19.

1.1.3. A ideologia das revoluções – o momento da oposição entre as tradições

A era liberal, iniciada com a Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688), marcou, no Ocidente, a passagem da supremacia do poder do rei – que até então enfeixava todas as funções políticas – para o órgão de representação da opinião nacional, o Parlamento, que assumiu a soberania política.²⁷⁴ Com as revoluções, houve uma cisão clara na forma de manifestação da soberania política e da soberania jurídica. A diferença entre as tradições jurídicas reside em quem assumiu a soberania jurídica: na tradição romano-canônica, o poder mais importante em matéria de política, ou seja, o poder legislativo, assumiu também o poder mais importante em matéria de direito;²⁷⁵ já no *common law*, a última instância do direito manteve-se nas altas cortes, reconhecendo-se nos precedentes a fonte primeira do direito.²⁷⁶

Historicamente, o parlamento inglês só se vê no dever de legislar quando necessário remediar defeitos concretos e específicos do direito, caso em que o conteúdo dos *statutes* se limita à supressão desses defeitos concretos.²⁷⁷ Tem uma função legislativa de caráter complementar. Até mesmo em razão dessa finalidade, a lei é interpretada apenas conforme seu texto, sem meios auxiliares de interpretação, como por exemplo declaração de motivos da lei.²⁷⁸ Com o tempo, os precedentes suprimem a validade inicial da lei, de modo

²⁷⁴ GILISSEN, *op. cit.*, p. 215. Na Inglaterra foi reconhecido um papel de representação do povo ao Parlamento muito antes que nos outros países, uma vez que passou a intervir na legislação no século XIV, e sagrou-se vitorioso no conflito com o Rei, por meio do *Bill of Rights* em 1689, o que só foi acolhido em França em 1789.

²⁷⁵ A Revolução Francesa “foi apenas a tradutora das concepções forjadas nos séculos precedentes, tornando-as possíveis e efetivas” (MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 175). O parlamento no Continente ter assumido o papel de protagonista na criação do direito deve-se a uma série de fatores sociais, políticos e filosóficos, que serão apresentados no ponto 1.2.

²⁷⁶ SOUZA JUNIOR, *A supremacia do direito...*, pp. 86-87. É importante destacar que também na Inglaterra o Parlamento é o poder soberano, o que, em última análise, coloca-o também na soberania jurídica. Ocorre que o Parlamento inglês, historicamente, não utilizou essa sua prerrogativa, deixando ao Poder Judiciário a incumbência, no plano dos fatos, de desenvolver o *common law*. Como ficará mais claro no ponto 1.2, houve desde o início uma separação entre o político e o jurídico. Desde a criação da corte de Westminster o soberano manteve-se alheio ao desenvolvimento do direito. E mesmo quando o rei avocou para si essa responsabilidade de editar o direito, o fez por meio da corte da chancelaria, pela jurisdição de *equity*, em vez do caminho da legislação. Apenas no século XX a legislação manifestou-se incisivamente, o que de início causou até mesmo certa resistência aos magistrados no momento da aplicação. Em resumo, o parlamento é o titular da soberania jurídica na Inglaterra, mas tradicionalmente delegou seu exercício às cortes, deixando para manifestar-se em aspectos pontuais do *common law*.

²⁷⁷ À diferença do sistema romano-canônico, em que as leis são editadas em termos abstratos, visando a aplicação ao maior número de casos, com pretensão de completude e universalidade. ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent: a Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*. In: Louisiana Law Review, n. 65, 2005, p. 779.

²⁷⁸ Não por outra razão, para evitar o recurso a material externo, os *statutes* trazem como que um prólogo contendo o sentido das palavras utilizadas no texto.

que o *statute* é logo substituído pela autoridade dos precedentes.²⁷⁹ Nesse contexto se insere o *rule of exclusion*, segundo a qual, dada a centena de parlamentares e a conseqüente falta de unidade no quando da aprovação da lei, a base incontroversa e realmente forte só pode ser o texto legal. Se o legislador é o último a quem se deve recorrer para entender o verdadeiro significado de uma lei, o intérprete busca o significado das palavras *usadas* pelo Parlamento: busca não o que o Parlamento quis dizer, mas o que efetivamente disse. A *rule of exclusion* liga o juiz ao texto da lei e impede que se aprofunde em outros textos, ainda que relacionados ao tema.²⁸⁰ A letra da lei é um instrumento para se escapar da consideração da vontade do legislador e afastar o juiz de um envolvimento na política.

No Continente, com o código de Napoleão, vê-se algo semelhante, mas com uma finalidade completamente oposta. O método exegético também impunha uma interpretação literal da lei, mas por outro motivo: na França, a lei era tida como manifestação clara e direta da vontade do legislador, e se o poder legislativo detinha a última palavra no direito, é apenas sua vontade que interessa, sem exigir interpretação do aplicador do direito, porque isso invariavelmente admite-o no cenário jurídico/político.

Em ambos os sistemas se buscou a certeza, a segurança jurídica, e cada um alcançou-a de forma particular. No *common law*, a previsibilidade vem pelo respeito ao precedente, ou seja, vem após a concretização do direito.²⁸¹ Já na França, o juiz não pode decidir de modo diverso da lei. Dá ênfase a uma previsibilidade abstrata do direito, colocando-se a segurança jurídica num degrau anterior à formação da norma individual. Em uma tradição é o juiz quem faz o direito (juiz como oráculo do direito), na outra o juiz simplesmente repete aquele direito editado pelo Legislador (juiz como boca da lei). Ao passo que no Continente os atos legislativos pretendem regular situações – leis-prevenção –, na Inglaterra visam a complementar o direito vigente – leis-remédios.²⁸²

Houve, enfim, uma cisão entre as duas tradições acerca da valorização do trabalho dos juristas. A *interpretatio* da idade média constituía-se em uma forma de expressão do direito ao lado da *lex*. A *lex* provinha do poder central, e a *interpretatio* advinha da

²⁷⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 09.; DAVID, *op. cit.*, p. 395. Sobre a interpretação no *common law*, conferir ponto 1.2.3.2, *infra*.

²⁸⁰ CAENEGEN, *op. cit.*, pp. 17-18. GILISSEN, *op. cit.*, p. 215

²⁸¹ Curiosamente, o *stare decisis* foi imposto por via legislativa apenas em 1875, cf. GILISSEN, *op. cit.*, p. 212.

²⁸² Tanto assim que a lei, o ato legislativo no parlamento, tem a pretensão de orientar comportamentos, ao passo que na Inglaterra visa a sanar um defeito pontual no *common law* SOUZA JUNIOR, *Supremacia...* pp. 80-81. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 09.

atividade prática dos julgadores, sendo que a *interpretatio* superava em importância a *lex*, dado o caráter prático que se atribuía à ciência do direito. O equilíbrio inglês possibilitou que a *interpretatio* continuasse no trânsito jurídico, enquanto que os conflitos do Continente implicaram a uma desvalorização da *interpretatio*.²⁸³

A desvalorização da *interpretatio* e o método jurídico utilizado na França explicam-se pelo receio quanto à classe dos juízes, o mesmo receio que levou os juristas do Continente nos séculos XII e XIII a elaborarem um sistema de prova legal e deixar o processo como coisa das partes, ficando o juiz como mero espectador, de cuja atuação o direito também deveria permanecer incólume.²⁸⁴ Nesses dois momentos históricos de falta de legitimidade social dos magistrados, a solução foi a mesma: reduzir-lhes a importância e influência na conclusão jurídica. Diferentemente, na Inglaterra o juiz sempre esteve ao lado do Parlamento contra o arbítrio do monarca. No contexto inglês, nem sequer havia motivo para desconfiar do judiciário e postular sua diminuição frente à lei. Sempre e cada vez mais se impunha o reconhecimento da força do *common law* contra o rei. Assim, a *supremacy of the English Parliament* significou também a submissão do rei ao direito inglês, direito que apenas estava sendo reafirmado, e não criado a partir do nada pelo Parlamento.²⁸⁵

A batalha contra o absolutismo consistiu em opor às pretensões do rei a liberdade tradicional dos ingleses, representados e defendidos pelo Parlamento. De forma conservadora afirmou-se o parlamento inglês.²⁸⁶ Nesse contexto, o material jurídico produzido pelo parlamento inglês inseriu-se no tradicional e antigo regime do *common law*. Diferentemente, o poder legislativo da França desejou criar um direito novo, rompendo completamente com o Antigo Regime, fazendo com que houvesse a substituição de um poder absoluto (monarca) por outro (parlamento).²⁸⁷

²⁸³ “Em toda a parte do continente europeu, durante o século XVIII, prevalece a centralização do poder e, assim, a tendência a privilegiar a ‘lex’ e a codificá-la; enquanto que na Inglaterra, em seguida à derrota histórica da monarquia absoluta (e ao fim do Protetorado de Cromwell), o equilíbrio constitucional, concedendo grande peso aos órgãos judiciários, tornou possível o apreço da *interpretatio* e a consolidação e cristalização dos precedentes judiciários” - TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna - assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 69.

²⁸⁴ Dois modos para responder à ascensão do positivismo, no sentido de que o direito teria de vir da vontade: na Inglaterra, reforçou-se a teoria constitutiva da jurisdição; na França, foi adotada a codificação. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 50-55.

²⁸⁵ MARINONI, *Precedentes...* pp. 36-49. Destaque ao Bill of Rights de 1689, ao qual Guilherme de Orange teve de se submeter para ascender ao trono.

²⁸⁶ A Revolução Gloriosa é conhecida como “a revolução sem sangue”.

²⁸⁷ Sobre o ponto é relevante a descrição de Giovanni Tarello acerca da atividade de Voltarie – a quem tem como “a figura mais representativa do Iluminismo” – e de seu desiderato da instituição de um direito *ex novo*:

São, portanto, duas ideologias distintas, e a história do poder no *common law* e na tradição romano-canônica foi a responsável pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos.²⁸⁸ A evolução da tradição romano-canônica a partir desse momento é poluída pela contínua necessidade de superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário – uma utopia –, a utopia da separação dos poderes.²⁸⁹

Como quer que seja, a Revolução Francesa veio para separar o novo sistema jurídico do direito comum. A codificação que se seguiu mudou em muito o sistema processual. Se até o século XVIII o fundamento do processo estava na interação entre romanismo e germanismo, a raiz do processo civil moderno passa a ser o processo Franco-austríaco, no qual deve ser buscada a moderna ideologia na relação entre sociedade civil e Estado. Essas ideologias foram as matérias primas a partir das quais os legisladores italianos e alemães puderam reconstruir seus processos, o que ecoou nas nações latino-americanas, principalmente quanto à organização do formalismo de um processo assimétrico, em que se privilegia a prerrogativa da autoridade em detrimento dos anseios de participação do cidadão. Tudo isso constituiu, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*um paradigma que só recentemente passou a ser posto em xeque*”.²⁹⁰

1.1.4. A idade contemporânea – o recíproco movimento de confluência

Se é certo que o *common law* caracteriza-se pela predominância do direito jurisprudencial, ao passo que a tradição romano-canônica tem sua nota característica no direito legislado, também é certo que nos últimos anos a legislação vem aumentando sua relevância como fonte formal de direito nos países de *common law*, assim como o direito jurisprudencial assume cada vez mais autoridade nos países de *civil law*.²⁹¹

“querem boas leis? Então queimem as suas e façam novas”, dizia – cf. TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna - assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, pp. 313-318.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.

²⁸⁸ MARINONI, *Precedentes...*, pp. 58

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁹⁰ OLIVEIRA, *Do Formalismo...* p. 190.

²⁹¹ GAMBARO, Antonio. *Civil Law e Common Law: Evoluzione e metodi de confronto*. in Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Numero Speciale: Due Iceberg a Confronto: Le derive di common law e civil law, 2009, p. 11, *apud*. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios...*, p. 37.

Os tribunais do *common law*, tradicionalmente acostumados a construir eles próprios o direito, caso a caso e numa atividade praticamente privativa, adquiriram resistência à tarefa de decidir conforme a lei, esta que aparecia como um corpo estranho. O parlamento há muito apresenta-se como o poder soberano na Inglaterra, e sempre se lhe reconheceu o poder de mudar, a qualquer momento, alguma disciplina do *common law*.²⁹² Mas o parlamento simplesmente não costumava se utilizar dessa prerrogativa, e quando atuava era para corrigir pequenas questões de direito. As cortes, por sua vez, interpretavam restritivamente essa intervenção do parlamento.²⁹³ Tanto é assim que os mais relevantes pontos do direito inglês residem no *common law*, e não nos *statutes*. Não há, por exemplo, nenhum dispositivo legal (*statute*) que obrigue os ingleses a pagarem seus tributos, a honrarem o contrato ou a indenizarem o dano. Em vários outros campos, os *statutes* sempre pressupõem a disciplina jurídica previamente construída pelo *common law*.²⁹⁴ Por tudo isso, Benjamin Cardozo e Harlan Fiske Stone, ministros da suprema corte norte-americana no início do século XX, evidenciaram em alguns de seus escritos jurídicos essa desconfiança do Poder Judiciário em decidir conforme mandamentos do legislativo.²⁹⁵ Não obstante, o fato é que a partir do século XX o fenômeno legislativo ganhou terreno também nos países de *common law*. O direito legislado surgiu a fim de implementar com maior velocidade o *welfare state*. Como consequência, os *statutes* passaram a exercer mais explicitamente sua atribuição de fonte primária do direito, embora ainda se reserve campo às cortes para a criação de direito.²⁹⁶ Assim, tanto precedente quanto *statutes* servem de ponto de partida da argumentação jurídica.

Desde o século XII, então, ficou com as cortes judiciais (*Innes of court*) a incumbência de desenvolver o *common law*. A separação do jurídico e do político trazia como consequência que o órgão na prática responsável pela soberania jurídica (Poder Judiciário) desenvolvesse o direito, deixando-se ao órgão detentor da soberania política a intervenção

²⁹² Por outro lado, e sem que haja nisso um contrasenso, também o *common law* (as cortes) pode declarar a nulidade de um ato legislativo editado pelo parlamento, quando a lei for injusta, irracional, ilógica ou impossível de ser observada – cf. afirmação de Lord Coke no caso *Dr. Bonham*, de 1610, com trecho citado em VARANO, *op. cit.*, p. 335.

²⁹³ VARANO, *op. cit.*, p. 332.

²⁹⁴ GELDART, *Elements of English Law*, p. 2, *apud* VARANO, *op. cit.*, p. 333.

²⁹⁵ Cf. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, 1928; e STONE, *The Common Law in the United States*, 50 *Harvard Law Review*, 1936, *apud* Edward, RE, *Stare Decisis*, p. 285.

²⁹⁶ Daí porque há quem sustente um novo *common law*, em que as cortes devem respeitar a soberania do parlamento manifestada nos *statutes*, como decorrência de uma aplicação tardia da separação dos poderes – cf. CALABRESI, G. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, pp. 163-166.

pontual em alguns tópicos do direito, a fim de adequá-lo a novas necessidades políticas, sem nunca, contudo, ter pretensão de completude.²⁹⁷

No século XIX, porém, a legislação incrementou seu papel dentre as fontes do direito, seguindo-se uma série de atos editados pelo parlamento, com a pretensão de regulamentar diversas matérias, como foi o caso, por exemplo, do *Common Law Procedure Act* (1854), *Judicature Acts* (1873-1875), *Bill of Exchange Act* (1882), *Partnership Act* (1890), *Sale of Goods Act* (1897), *Marina Insurance Act* (1906).²⁹⁸ Essa tomada de cena pela legislação ficou ainda mais evidente a partir de 1945, quando assumiu o primeiro governo dos trabalhadores na Inglaterra (de Clement Attlee), e quando o país teve de ver reformada boa parte da disciplina trabalhista e social, o que se deu por meio da atuação do parlamento (=por meio de *statutes*).²⁹⁹ Nos séculos XIX e XX, portanto, há uma transformação no direito inglês. O desenvolvimento da legislação foi expressão de uma reforma de modernização do direito. Ao mesmo tempo em que se deu maior atenção ao direito substantivo, suprimiram-se as jurisdições de *equity*, de modo que os tribunais de *common law* passaram a ter competência geral. Sob a influência do *welfare-state*, a legislação reforça seu papel na atualização do direito às novas exigências sociais ao passo que o direito jurisprudencial perde sua pureza para tomar forma de interpretação explicativa das leis.³⁰⁰ Também a criação da Suprema Corte do Reino Unido, assumindo as funções judiciais da *House of Lords*, situa-se nessa esteira de modernização do judiciário e adaptação a convenções internacionais.

Por outro lado, no direito continental, foi descaracterizada aquela concepção da tradição romano-canônica presa ao paradigma da Revolução Francesa. Superou-se a função do juiz como mera boca da lei, que passa agora a interpretá-la. Também a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz oposto àquele desejado pela utopia da revolução.³⁰¹ A jurisprudência afirma-se cada vez mais como fonte formal de direito, ainda que se atribua força à *jurisprudência constante* (*jurisprudence constante*), em vez de ao precedente.³⁰² A oralidade,

²⁹⁷ VARANO, *op. cit.*, p. 295.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 295.

²⁹⁹ GROSSI, *L'Europa...*, p. 82. O volume de direito legislado inclusive implicou à criação de tribunais especiais, especializados em matérias geralmente ligadas ao bem estar social – VARANO, *op. cit.*, p. 310. O direito legislado continuou a se desenvolver na Inglaterra nas últimas décadas, tanto que conta hoje com um código de processo civil, o Civil Procedure Rules de 1998.

³⁰⁰ MARINONI, *Precedentes...*, p. 18.

³⁰¹ *Ibidem*, 18.

³⁰² Mesmo nos Estados Unidos o estado da Louisiana, que se submete ao sistema de *civil law*, não adota a regra do *stare decisis*, mas ainda assim respeita a *jurisprudence constante*, assim entendida a reiteração de

que no processo comum (*ius commune*) era meramente uma oralidade de quem não sabia utilizar a escrita, agora, com as codificações austríaca (1898) e alemã (1879), vem posta com todas suas implicações: concentração, imediação, imutabilidade do juiz, livre valoração das provas,³⁰³ além de um aumento dos poderes do juiz na direção do processo. Também a antiga separação entre o mundo dos fatos e o mundo do direito, pressuposto do direito científico da tradição romano-canônica, foi superada, para reconhecer a importância dos fatos na própria formação da norma, mediante o processo de interpretação, o que também aproxima as tradições, visto que os fatos no *common law* sempre foram decisivos para a identificação do precedente, da norma.³⁰⁴

A antiga contraposição entre *common law* e a tradição romano-canônica, portanto, recentemente cedeu lugar à ideia de que esses sistemas constituem dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental.³⁰⁵

Nesse contexto de circulação dos modelos, a contraposição entre processo inquisitorial e *adversarial* perde sustentação. Processo *adversarial* e processo inquisitório são as denominações que estão por trás das concepções de direito liberal e de direito socializante, respectivamente. Chama-se o sistema processual do *common law* de *adversarial* e o sistema processual da tradição romano-canônica de inquisitório, com base no fato de que aquele deixa uma boa parte do controle do procedimento às partes, possibilitando um confronto de habilidades forenses no tribunal, e o juiz com um papel mais passivo, para não interferir na conclusão do júri sobre a questão debatida, enquanto o último sistema atribui ao juiz a tarefa

julgamentos no mesmo sentido, a qual representa uma orientação que, embora não vincule o julgador, tem forte influência sobre ele – cf. julgamento da Suprema Corte de Louisiana no caso Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co. de 1970.

³⁰³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, pp. 333-344.

³⁰⁴ [Os sistemas de normas jurídicas] contêm contradições entre normas, que persistem como normas válidas, não obstante seu conflito contraditório. Argumentamos: a falta de uma situação objetiva que infirme ou confirme o estabelecido no enunciado, deixa-o intacto (em princípio) em sua validade. (...) Norma somente por outra norma pode ser revogada, consoante o nível hierárquico de estruturação nesse sistema. Insistimos nisso: sem o fato ser geratriz, sem tornar-se *fato jurídico*, não produz norma válida revogatória de outra norma válida. Uma norma não revoga outra como relação meramente lógica, mas com a *interposição de fato* (condutas ou atos, ou eventos), que, por isso, é fato jurídico, é fonte de direito, no sentido largo da expressão." VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. XXXIII.

³⁰⁵ MARINONI, *Precedentes...*, p. 17. Evidentemente que não se pretende, com essa afirmação, afastar particularidades ente *common law* e tradição romano-canônica a ponto de esvaziar a individualidade de cada tradição. Bem entendido, referir-se a uma tradição jurídica ocidental evidencia que os pressupostos do *common law* e tradição romano-canônica não são incompatíveis entre si e possibilitam o intercâmbio de instrumentos jurídicos, tendo sido eles próprios (os pressupostos) resultados de acidentes sociais mesmo relacionados, embora com efeitos diversos. Enfim, a tradição jurídica ocidental traz em si o novo contexto de circulação de modelos, no qual *common law* e tradição romano-canônica buscam um no outro soluções técnicas para resolver problemas inerentes a sua particular evolução histórico-jurídica.

de dirigir o processo.³⁰⁶ Não se utiliza como critério, portanto, a noção estrita de processo inquisitório, no qual a parte não tem qualquer direito de defesa, e apenas aguarda o resultado do julgamento, que é conduzido inteiramente pelo julgador, que compreende também a função investigativa.³⁰⁷

Contudo, mesmo nesses termos menos rigorosos, a ideia de processo inquisitório não se sustenta na evolução histórica da tradição romano-canônica. É que na formação do *ius commune* o juiz tinha um papel de mero espectador no processo, o mesmo ocorrendo com a fase liberal do século XVIII e XIX, do que é exemplo a resistência italiana na implantação das reformas propostas por Chiovenda. A ideia de processo inquisitivo volta a ter lugar, parece, no processo do século XX, em que se atribui ao juiz a titularidade do interesse público, de direção do procedimento, o processo como função social, preocupando-se não tanto com a *finalidade* a que serve quanto com o *meio* pelo qual essa finalidade é alcançada.³⁰⁸

A experiência continental, ademais, vem concedendo grande espaço ao direito jurisdicional,³⁰⁹ ao passo que o inflar da legislatura inglesa deu forma e veste legislativa a grande parte do *common law* clássico, onde houve recente deslocamento, das partes para o juiz, a respeito do controle do processo.³¹⁰ Há, inclusive, procedimentos especiais, como as *class actions*, que tem o juiz como protagonista do processo, em razão de seus amplos poderes – verificação da representação adequada, controle do interesse entre os componentes da classe, etc.³¹¹

Ou seja, a contraposição tradicional não mais se sustenta, sendo certo que em ambas as tradições há um sistema de disposição das partes sobre o material probatório, apenas

³⁰⁶ CHAESE, Oscar; HERSHKOFF, Helen (org.). *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thomson-West, 2007, p. 3.

³⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio*. In *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, pp. 158 e ss. Para o autor, processo inquisitório é aquele processo no qual o juiz, com poderes aumentados no impulso processual e no campo probatório, se desvincula da iniciativa e do acordo das partes, abandonando-se a “verdade formal” para chegar mais próximo de uma “verdade real”, e assim avizinando o processo civil do processo penal. Ademais, para Calamandrei, o que importa para a incidência de um processo inquisitório não é o caráter público da relação discutida em juízo, ou mesmo o interesse na correta aplicação do direito objetivo, mas que o Estado tenha interesse em não permitir a modificação senão através de uma declaração judicial.

³⁰⁸ DENTI, Vittorio. *Diritto Comparato e Scienza del Processo*. In: *Un Progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, p. 52.

³⁰⁹ Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.

³¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 351.

³¹¹ DENTI, *op. cit.*, pp. 36 e 43-44; CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. nota 110.

com diferença de grau.³¹² Embora a disciplina legal do processo civil sofra influência do regime político sob o qual é editada, constitui exagero de simplificação extrair daí uma contraposição rígida entre os modelos do *common law* e da tradição romano-canônica, quanto mais se efetuada uma comparação histórica.³¹³

Enfim, não se deve olvidar que mesmo o aspecto religioso, na contraposição catolicismo-protestantismo, teve papel relevante na conformação das tradições.³¹⁴ A legislação do período romano pós-clássico representou uma ruptura com o período anterior, fazendo com que os vínculos da tradição romano-canônica com o direito romano fossem inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano. O cristianismo penetrou tão profundamente no direito romano bizantino que criou um divórcio entre o mundo romano oriental e a tradição jurídica clássica. Iniciou como uma revolução silenciosa, que antes lia os textos sob outra luz do que os alterava, mas já no século IV compunha um corpo legislativo contraposto ao direito romano.³¹⁵

A influência da concepção religiosa mostra-se também em pontos mais específicos de determinado ordenamento. Por exemplo, tem importância decisiva na busca da verdade no processo, no que respeita à preservação da privacidade dos litigantes. Nos EUA, por exemplo, a vistoria se dá de forma mais rigorosa que na Itália, e a diferença não está nas normas jurídicas relativas às provas, mas na mentalidade, decorrente da concepção religiosa: no protestante o senso de tutela da intimidade é menos vivo que no europeu católico.³¹⁶ O protestantismo nos países de *common law* também garante a vigência do modelo *adversarial*, que este tem forte acento na responsabilidade pessoal, no elemento de risco e inerente à ética protestante, um elemento de autorresponsabilidade que limita a intervenção corretiva do paternalismo judicial.³¹⁷

³¹² MERRYMAN, *op. cit.*, p. 116; DENTI, *op. cit.*, p. 36.

³¹³ BARBOSA MOREIRA, *Op. cit.*, pp. 348-349.

³¹⁴ DENTI, *op. cit.*, p. 21.

³¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 77-86.

³¹⁶ DENTI, *op. cit.*, p. 22.

³¹⁷ DENTI, *op. cit.*, p. 22. Mesmo o sistema de *case law* tem relação com a noção de responsabilidade pessoal típica do protestantismo. Um sistema codificado apresenta o direito de forma clara e de antemão à sociedade. Qualquer indivíduo, ao menos acerca das disposições mais relevantes, é capaz de consultar o direito vigente. No sistema de *case law*, o material jurídico é apreendido apenas mediante a consulta de numerosos volumes de repertórios de jurisprudência, muitas vezes acessíveis apenas aos operadores do direito. Disso decorre que, sem saber o que é o direito, o indivíduo protestante pauta suas condutas mais na ética do certo/errado do que no proibido/permitido.

Também ambas as tradições verificam o abandono, por parte do processo civil, da tradicional dedicação exclusiva à solução de direitos subjetivos (individuais, acidentalmente individuais e coletivos), para assumir, em paralelo, a tarefa de tutelar também a ordem jurídica (o direito objetivo), no sentido de, por meio do diálogo com a sociedade e especialmente a classe jurídica, colaborar para o desenvolvimento do direito, sem olvidar sua função histórica de pacificação das relações sociais. Aliás, é no exercício da sua função de pacificação social que o poder judiciário estará colaborando para o desenvolvimento do direito. As cortes de vértice atuam como protagonistas nesse cenário, e antes da formulação dos precedentes é necessário também identificar a teoria do direito em cada tradição, pois a construção do direito se dá com base na doutrina que está por baixo, na doutrina que lhe serve de substrato, o que será objeto do próximo item (1.2).

1.2. A FORMAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO

1.2.1. *Civil law*, direito legislado e subsunção

A partir do século XV, o modelo feudal foi superado pelo processo de nacionalização e pelo surgimento dos estados absolutos europeus. Uma vez que a fragmentação do território em feudos funcionava como força de sustentação do direito comum no Continente, a superação desse modelo trouxe consigo o afrouxamento da unidade do *ius commune* e, em contrapartida, o fortalecimento dos embrionários direitos nacionais.³¹⁸ As teorias constitucionais, utilizando-se da abertura de um espaço autônomo e transcendente frente aos interesses privados, compatibilizaram a necessidade de se estabelecer um poder que estivesse acima da sociedade civil e, ao mesmo tempo, fosse um poder legítimo.³¹⁹ As bases

³¹⁸ WIEACKER, *op. cit.*, p. 12.

³¹⁹ SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional...* pp. 29-30. "(...) o Direito Romano [justinianeu], que era um direito de servidão, adaptava-se maravilhosamente aos seus intentos [do príncipe]. (...) Os intérpretes desse direito tornaram-se, em toda a Europa, seus ministros ou seus principais agentes. Os jurisconsultos forneciam-lhes, quando necessário, o apoio do direito contra o próprio direito. Ao lado de um príncipe, infringindo as leis, raramente deixou de aparecer um jurisconsulto que vinha garantir que nada era mais legítimo e que comprovava com sua sabedoria que a violência era justa e que a culpa era do oprimido" – TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*, UNB, 1982, p. 63 e 197. "A ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista" – FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Ed. Graal, 1979, p. 180.

ideológicas da teoria constitucional, por sua vez, foram lançadas pelo jusracionalismo, que ao iniciar a racionalização e sistematização do direito comum consagrou-se como fundamento do direito moderno.³²⁰ Sobre o terreno preparado previamente pelo humanismo, a partir do século XVIII o jusracionalismo se combinou com o iluminismo e passou a influenciar diretamente a política do direito e a legislação, gerando como frutos grandes criações sistemáticas de legislação moderna – como o Código-Geral do Direito Territorial Prussiano (*Allgemeines Landrecht*, de 1792), o Código Civil Francês (*Civil Code*, de 1804) e o Código Civil Austríaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, de 1811)³²¹ – e servindo de modelo jurídico a grande parte dos estados europeus e aos países latino-americanos. Esses novos traçados modernos terminaram de desenhar a tradição romano-canônica, principalmente nos traços característicos que a distinguiram de vez da tradição do *common law*.

1.2.1.1. O século XVII e as revoluções sociais, políticas e filosóficas

A definição do método da tradição romano-canônica deve ser apresentada partindo de três transformações que se seguiram a partir do século XVII: uma transformação política, uma transformação social e, principalmente, uma transformação filosófica. Essas transformações abalaram os pilares da tradição medieval do direito europeu, representados por estes três grandes poderes que plasmaram a ciência jurídica da alta idade média: (i) restos da organização administrativa do império romano do ocidente, (ii) igreja romana e (iii) tradição escolar da antiguidade tardia.³²² É uma vez que cada uma das transformações propunha não uma renovação, uma revisão do pensamento estabelecido, mas propriamente uma revolução, com a superação do paradigma então dominante, procedeu-se nos séculos XVII e seguintes a uma desvinculação com o passado social, com o passado político e com o passado filosófico. Nesses termos, a ciência jurídica derivada dos novos pressupostos não poderia ter outra configuração a não ser a de uma ciência jurídica preocupada com o direito do futuro, jamais com o direito passado, estabelecendo novo método de trabalho jurídico (método inspirado nas ciências da natureza), e mesmo uma nova ideia do que seja o direito,

³²⁰ WIEACKER, *op. cit.*, p. 12. Juspositivismo: se funda em convenção humana; Jusnaturalismo clássico: se funda na natureza humana; Jusnaturalismo moderno, é o jusracionalismo, funda-se na razão humana, em um conjunto de ideias.

³²¹ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 12-13.

³²² WIEACKER, *op. cit.*, pp. 15-16.

identificado agora com a lei, com o novo direito criado por um legislador racional e iluminado, pretensamente desligado dos monstros do passado e completamente alheio à tradição.³²³

A transformação política consiste no fortalecimento dos estados modernos e na elaboração de direitos nacionais próprios. A existência de múltiplos costumes com força de direito sempre foi característica do *ius commune*. Ao passo que o *common law* elegeu o costume imemorial do reino como fonte de direito que se sobrepunha a todo e qualquer costume local presente nos povoados da Inglaterra, o *ius commune*, no Continente, constituía-se justamente na convivência pacífica e na vigência simultânea dos muitos costumes, todos elevados à condição de fonte de direito, o que causava confusão e incerteza na sua aplicação. Não por outra razão o método utilizado era a tópica aristotélica, com a construção do direito pela dialética. A vigência desse estado de coisas era patrocinada pela velha ordem feudal, em que os centros de poder encontravam-se pulverizados e, em consequência, a produção jurídica se dava por meio de uma multiplicidade de fontes.³²⁴

Com a estratificação do poder a partir da criação dos estados nacionais absolutistas, o poder estatal passou a ser central, centralizador, expansionista (conquista de novos territórios) e intervencionista (intervenção na economia).³²⁵ Essa atividade mais dinâmica implicou ao fortalecimento do aparelho do Estado e exigiu coerência na tomada de decisões direcionadas à consecução de uma mesma finalidade, o que foi possibilitado ao definir-se o príncipe como o detentor do poder (sem depender das cortes, do clero, da nobreza). No desenvolver das relações econômicas se almejava certeza na aplicação do direito e pressupunha-se que essa certeza seria alcançada estabelecendo-se, por uma única autoridade, todo o direito positivo. Houve de fato uma íntima relação entre o direito racional e o capitalismo, sendo possível inferir que sem a mudança do paradigma no campo econômico nem se cogitaria de uma mudança de paradigma no campo jurídico.³²⁶ O príncipe, agora com o poder absoluto, utilizou-se da lei como instrumento. Unificou e avocou as fontes de produção jurídica para si, que passaram a ser a expressão da vontade do soberano. O

³²³ “(...) o que há de mais vivo ou de mais inovador na vida jurídica atual – o culto do movimento e do progresso, a invasão do sociologismo, o entusiasmo pelo direito social, o antilegalismo etc. – traz antes a marca da recusa da tradição herdada do século XVII” – VILLEY, *op. cit.*, p. 582.

³²⁴ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 140.

³²⁵ *Ibidem*, p. 140. WIEACKER, *op. cit.*, p. 12.

³²⁶ SILVA, Ovídio Araújo Bapstista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 57-58.

absolutismo político trouxe consigo o absolutismo jurídico.³²⁷ Politicamente, então, o direito passou a ser identificado com a lei, expressão de uma vontade superior imposta à sociedade com força obrigatória. Começa aqui a ser definido o conceito de direito e do método na sua aplicação que caracterizou a tradição-romano canônica nos últimos séculos.

O surgimento dos estados absolutos foi acompanhado de uma alteração social. O direito medieval encontrava fundamento em três pilares (direito sacro, direito romano e direito consuetudinário), que foram todos ruídos sob o influxo do humanismo do novo período. As imagens religiosas se dissolveram em convicções individuais e subjetivas. O homem agora encontrava a justificação da sua existência na própria razão, na própria consciência, e passou a ser ele, e não mais Deus, o centro das preocupações terrenas. Nesse contexto perdia legitimidade o direito sacro. Já as tradições do direito consuetudinário foram absorvidas pelo direito de especialistas, que passaram a fazer um *usus modernus* do direito.³²⁸ O direito, assim, passa a ser visualizado a partir de uma única dimensão: o direito burocrático institucionalizado pelo Estado, na tarefa assumida pelo príncipe de colmatar as lacunas deixadas pelo abandono do direito natural até então administrado por teólogos.³²⁹ Esse modo de proceder foi, ademais, legitimado pela latente necessidade de segurança jurídica, que tomou conta da sociedade do século XVIII.

Ao passo que a sociedade civil já se encontrava contaminada pelos ideais racionalistas de liberdade e de governo pela razão, no plano político dos fatos continuava a se deparar com instituições jurídicas e forma de organização do Estado comprometidas com os interesses e concepções da nobreza e do alto clero.³³⁰ Não demorou muito até que as classes sociais emergentes percebessem que, impregnado de interesses nobiliárquicos, o direito jamais serviria de instrumento apto a ordenar as relações sociais e econômicas que se desenvolviam cada vez mais depressa, e isso porque, sem método claro, a adaptabilidade e maleabilidade do direito costumeiro possibilitavam ao magistrado a interpretação que melhor lhe conviesse no momento, o que costumava a corresponder à interpretação que melhor se adaptasse aos interesses dos detentores do poder.

O direito costumeiro, nesse contexto, passou a ser visto como fonte de abusos de uma sociedade fundada no privilégio. As teorias racionalistas estabeleceram aí uma de suas

³²⁷ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 141.

³²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Como es Posible ...*, pp. 23-24.

³²⁹ *Ibidem*, pp. 24.

³³⁰ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 181.

bases para a consagração de seu modelo jurídico: se de um lado pretendiam eliminar o subjetivismo na aplicação do direito, ao instituir regras claras, objetivas e gerais,³³¹ por outro lado tinham como pressuposto a ideia de sistema, de código, cuja elaboração implicitamente implicava à superação de todo o direito anterior, presumidamente ruim, para a instituição de um direito completamente novo, presumidamente bom.³³² O sistema concebido com base na lógica e razão serviria para estabelecer previamente as regras do jogo, as quais não poderiam ser alteradas ao bel prazer de um magistrado comprometido com interesses de classe. O mito jusracionalista da sistematização se transforma assim em ideologia, expressada por meio do direito: se o costume era fonte de insegurança e corrupção, a lei seria a garantia da virtude. O *jurídico*, também por esta perspectiva, estava pronto para ser reduzido ao *legal*.³³³

Esse fenômeno de redução do direito à lei, típico, característico e tão determinante dos futuros da tradição romano-canônica, não pode ser apreendido em sua inteireza sem a análise das alterações filosóficas do período. É certo que na grande maioria das situações as discussões filosóficas têm poucos efeitos práticos. Porém, nesse período que se estende a partir do século XVII, os novos paradigmas filosóficos efetivamente implicaram às mais relevantes rupturas com o passado, rupturas que por vezes consolidaram as transformações sociais e políticas, e por vezes catalisaram-nas.

O *ius commune*, composto por vários costumes de diferentes regiões, constituía-se em um direito pulverizado, indefinido, duvidoso, equívoco. Para trabalhar com esse direito,

³³¹ Judith Martins-Costa apresenta a ironização de Voltaire, no Dicionário Filosófico, acerca da multiplicidade de direitos no *ius commune*: “Existem, dizem, 144 *coutumes* na França, que têm valor de lei: estas leis são quase todas diversas. Um viajante, neste país, troca de lei quase tantas vezes quanto troca de cavalos de posta”. *Apud* Judith, p. 183, nota 40. A partir da propaganda de Voltaire toma forma certa ideologia da codificação, entendida como um conjunto de leis inovadoras, elaboradas por um monarca esclarecido e inspirado em um direito natural burguês. Está instaurado o debate entre lei e costume – MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 183. O direito racional daí decorrente “tornou-se o substrato das revoluções burguesas dos séculos XVII, XVIII e XIX” – HABERMAS, J. *Técnica e Ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, p. 67. *Apud* SILVA, *Processo e Ideologia*, p. 58,

³³² CAENEGEM, *op. cit.* trad. brasileira, p. 108.

³³³ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 181-184. Veja que a lei é objeto de um processo de exaltação e idealização surgido em resposta a contingências típicas de um período e local: França do século XVIII. Ainda hoje a lei na cultura francesa encontra destaque e o direito dos juízes encontra especial resistência (cf. DONNARUMMA, Maria Rosaria. *La Nozione di Legge nella Cultura Francese. Diritto e Società*, 1990, nº3, pp. 467-500. *Apud* MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 184, nota 43). Não obstante, o Brasil herdou essa ideologia e pré-conceitos sem ter enfrentando as condições específicas que os determinaram. “Para um juiz, pensado como um ser inanimado, indiferente à injustiça, o modelo das ciências naturais seria adequado. Para nossa contemporaneidade, esperar dos juízes essa conduta, além de ser uma ingenuidade, será a expressão acabada de uma ideologia, enquanto expressão de um pensamento que, tendo sido válido para outras épocas, constituídas por circunstâncias diferentes, quando não opostas, insiste, conservadoramente, em perpetuar-se” – SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 266.

preservou-se a tópica como método de solução das controvérsias.³³⁴ Como toda cultura se forma a partir de uma pré-cultura, natural que a idade média tenha sentido a cultura antiga como uma forma modelar e intemporal da sua própria vida, adotando os textos clássicos da antiguidade como de valor inquestionável.³³⁵ Ademais, somente a tópica, ao centrar-se na análise de tópicos específicos da controvérsia, poderia oferecer uma solução razoável sob a égide daquele modelo jurídico então em vigor, com disposições esparsas e contraditórias. Mas o sistema da tópica aristotélica, utilizado tradicionalmente no direito romano e medieval, perde força com o surgimento do humanismo. Apesar de o humanismo representar, antes, o retorno às fontes clássicas, seus principais protagonistas (como Bodin, Grotius e Pierre de La Ramée) repudiavam Aristóteles, do que se extrai que “*O que distingue o humanismo é portanto a nova escolha que ele faz entre as fontes da Antiguidade*”.³³⁶

O humanismo, servindo-se principalmente do estoicismo,³³⁷ impulsionou a afirmação de um novo tipo de intelectual, um intelectual/cientista, que se descobriu desvencilhado da Igreja Católica e de seus dogmas e que, portanto, teve por autônomos os métodos e finalidade de sua pesquisa. Na sua vertente jurídica, o humanismo conseguiu modificar a legitimação do direito romano, ao purificar e refinar os métodos da interpretação e do ensino jurídico, mas tudo isso sem proceder a uma renovação das concepções jurídicas e do método jurídico herdados da baixa idade média. O grande contributo foi a superação da ideia de que todos os acontecimentos do mundo provinham da vontade insondável de Deus, descoberta que finalmente possibilitou o nascimento dos pressupostos das modernas ciências da natureza.³³⁸ Também abriu e preparou o terreno ao passo seguinte – o racionalismo – ao resgatar a literatura estoica, a qual tinha a natureza como fonte das leis de condutas e tinha um método próprio de “invenção” de leis, recorrendo a uma fonte subjetiva: a razão disseminada nas almas dos homens (*diffusa in omnis*), no sentido de que seguir nossa razão seria seguir

³³⁴ Sobre a tópica como método jurídico, cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Alfaguarda, 1964.

³³⁵ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 42-43.

³³⁶ VILLEY, *op. cit.*, pp. 441-443. WIEACKER, *op. cit.*, p. 283. O Humanismo representa a primeira sistemática, com ênfase na definição do sistema externo. O Jusracionalismo representa a segunda sistemática, voltada à construção de um sistema interno - Cf. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 100. Posteriormente o humanismo se transformou em individualismo, que representa a ideologia moderna por excelência – cf. SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 60.

³³⁷ “O estoicismo é certamente a filosofia que exerceu a influência mais importante sobre o humanismo jurídico. Mas não é a única que o humanismo redescobriu: ele se atirou com paixão sobre todas as doutrinas que pudessem servir para se opor a Aristóteles”. VILLEY, *op. cit.*, p. 507.

³³⁸ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 282-283.

nossa natureza. O simples fato de a razão ter sido resgatada na busca pelo direito natural já pronunciava a profunda alteração do método jurídico que se seguiria.³³⁹

Desgarrada da escolástica, a ciência foi polarizada pelo modelo matemático da cientificidade, no qual a certeza tem prevalência sobre a verdade, sempre construída sobre a base da razão humana.³⁴⁰ Assim se forma o racionalismo, que terá como meta reconduzir as ciências da natureza, o direito e todo o mundo a um sistema de afirmações unívocas. Galileu Galilei (1564-1642) e Descartes (1596-1650) inauguraram uma nova imagem fisicalista do mundo e impulsionaram uma revolução metodológica. A partir daí, a experiência científica definiu-se como uma construção sistemática por meio de um estrito raciocínio dedutivo. No campo jurídico, o racionalismo deu origem ao jusracionalismo. A redução a relações que podem ser expressadas em números é o pressuposto para a formação de leis válidas em geral. Foi por estabelecer as bases para esse raciocínio que o racionalismo forneceu os fundamentos lógico-sistemáticos para o jusracionalismo.³⁴¹ O mundo agora passa a ser explicado por meio de leis naturais, o que "*talvez tenha constituído o pressuposto mais premente em consequências para a formação da moderna sistemática do direito*".³⁴²

Utilizando-se do jusracionalismo, o humanismo conseguiu alterar os princípios de direito natural aplicados desde Aristóteles, para que passassem a corresponder e fossem

³³⁹ VILLEY, *op. cit.*, pp. 478-480. Alteração que pode ser traduzida como empobrecimento da argumentação jurídica, conforme demonstra Villey: "*Aplicar ao direito a teoria da moral estóica implica inevitavelmente perdas para os juristas. (...) segundo a análise de Aristóteles, o trabalho do jurista consistia em buscar a solução justa por intermédio da natureza 'cósmica', com a ajuda, por certo das leis escritas (onde se condensam os resultados previamente obtidos dessa ciência do direito natural e que são um complemento indispensável para o direito natural), mas sem se tornar escravo dessas leis, recomeçando a busca em cada caso particular (...) [pelos] procedimentos lentos e tortuosos da dialética. Em Cícero, o ofício do jurista tende a se tornar bem mais simples: (...) apenas se pede a esse jurista que obedeça aos mandamentos da Razão, ou seja, às leis pretensamente oriundas da Razão na forma das quais o direito lhe seria dado de antemão. O direito identifica-se, portanto, com as leis*" – VILLEY, *op. cit.*, pp. 480-481. Mais adiante na mesma obra (p. 486), o autor afirma que "*as obras de Cícero eram uma chave para o pensamento jurídico moderno*".

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 134. Sob o influxo das ciências naturais, a aplicação do direito pautada pela dialética foi vista como incerta, e somente a utilização de um método dedutivo poderia oferecer a segurança necessária. Isso foi evidenciado mesmo por filósofos ingleses, questionando o método do julgamento com base em precedentes, que poderia causar insegurança jurídica. Como exemplo, o seguinte trecho da obra de Hobbes (1588-1679): "*As for the statutes, they are always law, and reason also; for they are made by the assent of all the kingdom; but precedents are judgments, one contrary to another; I mean divers men in divers ages, upon the same case give divers judgments*" - HOBBS, Thomas. *A Dialogue of the Common Law. In The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.* V. 6. London: Bohn, 1839-45.

³⁴¹ WIEACKER, *op. cit.*, p. 285. "*(...) [a experimentação da época] visa a averiguação de leis naturais de tipo particular, a partir das quais se possam deduzir leis mais gerais e, finalmente, axiomas. É através desse progredir em direção a formulações cada vez mais gerais que se formam os sistemas fechados desta época*" – WIEACKER, *op. cit.*, p. 286.

³⁴² WIEACKER, *op. cit.*, p. 285.

intermediados pelos critérios da razão humana. Nessa configuração particular, o direito natural influenciou diretamente a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência.³⁴³ O jusracionalismo apresentava-se como um sistema fechado. Tinha como pretensão elaborar um direito como um sistema que partisse de regras ou princípios gerais, sempre em harmonia com o direito natural e sempre tendo por base o modelo de racionalidade dedutiva que ele próprio atribuía à ciência jurídica. Esse modelo pressupunha a ordenação das leis em um sistema de proposições normativas.³⁴⁴ Para uma melhor elucidação do jusracionalismo, e considerando ainda a intensa influência que exerceu sobre a tradição jurídica continental, cumpre desenhar, sinteticamente, os principais pontos determinantes de sua evolução.

1.2.1.2. O paradigma racionalista

O jusracionalismo floresce no início do século XVII, impulsionado pelos frutos do humanismo e, posteriormente, fortalecido pelo iluminismo,³⁴⁵ pautando-se principalmente pela desvinculação dos pressupostos religiosos e pela nova abordagem científica da natureza. O direito natural – o jusnaturalismo – sempre foi preocupação do teórico do direito, por representar leis imutáveis e válidas em geral, as quais deveriam orientar a aplicação do direito positivo e necessariamente fundamentá-lo em determinada época e lugar, sob pena de o direito positivo perder completamente sua capacidade de persuasão e, assim, tornar-se ilegítimo. O *jusracionalismo* não foi mais que um capítulo da história das variadas manifestações do *jusnaturalismo*. Apesar de representar o jusracionalismo uma filosofia social, caracterizada principalmente pela inovadora emancipação da teologia moral,³⁴⁶

³⁴³ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 136.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, pp. 139-140.

³⁴⁵ “O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental [o jusnaturalismo]; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa (...), da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua ação” – WIEACKER, *op. cit.*, pp. 353-354.

³⁴⁶ A maior parte dos pensadores jusracionalistas foram cristãos e acreditavam na revelação (v.g. Grotius, Pufendorf, Leibniz, Thomasius). O pressuposto do jusracionalismo não está, portanto, na secularização da ciência, mas na *desvinculação*, na emancipação metodológica em relação à teoria moral. O que foi procedido principalmente por Thomasius, que simplesmente expulsou a ética para fora do domínio do direito, reduzindo a Igreja a uma igreja espiritual e o *ius divinum*, consequentemente, a uma crença individual e pessoal. Há, aqui, uma separação radical entre direito e moral – WIEACKER, *op. cit.*, p. 299 e 358.

pretendia tornar-se também teoria do direito, e isso independentemente da intermediação de uma jurisprudência especializada.³⁴⁷ Não obstante, na evolução que se seguiu, o jusracionalismo – como filosofia influenciando sobre a teoria do direito positivo – impulsionou mesmo o surgimento de uma classe de juristas técnicos, vinculados à nova metodologia que se impunha na época. Com efeito, a ciência positiva do período imediatamente anterior sofria de uma carência metodológica, o que denunciava seu atraso em relação à nova imagem do mundo surgida no início do século XVII, com transformações políticas e religiosas patrocinadas também pela revolução dos métodos da filosofia e das ciências naturais.³⁴⁸ Essa carência metodológica foi suprida justamente pelo racionalismo. E o desenvolvimento da teoria jusracionalista pode ser dividido em duas fases: uma fase de inauguração, e uma fase de estabelecimento, a seguir apresentadas.

A pretensão moderna de descrição e de conhecimento do mundo por meio de leis naturais estendeu-se à sociedade como um todo, e ao direito e ao Estado em especial. Também nesse âmbito exigia-se a formulação de leis imutáveis fundamentadas nos resultados seguros, inequívocos e universais das deduções matemáticas. Apontam-se Althusius (1563-1638) e Grotius (1583-1645) como os fundadores do jusracionalismo. O aprimoramento da teoria foi atribuído à geração seguinte de pensadores, principalmente Hobbes (1588-1679), Espinosa (1632-1677) e Pufendorf (1632-1694).³⁴⁹ Esses pensadores buscavam extrair da razão – e apenas dela – os fundamentos da ordem jurídica, ou seja, os pressupostos sem os quais nenhum direito poderia ser considerado justo. Veja-se que a busca não era mais que a velha busca pelo direito natural. A identidade do período está em que, enquanto para a teoria do direito natural clássico – aplicado na idade média sob a conformação que lhe foi dada pelo cristianismo e pelos dogmas da Igreja Católica – o direito natural era identificado com a *revelação divina*, nos séculos XVII e seguintes – com as revoluções cultural e religiosa de libertação do homem daqueles dogmas – o direito natural foi reelaborado e passou a ser representado pelo fruto da *razão humana*.³⁵⁰

³⁴⁷ WIEACKER, *op. cit.*, p. 280.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 281.

³⁴⁹ Cf. WIEACKER, *op. cit.*, p. 288.

³⁵⁰ Nas manifestações do jusnaturalismo cristão, o antigo dualismo entre direito natural e legislado foi convertido em tricotomia: *ius positivum*, *ius naturale* e *ius divinum*, este representando o inalienável patrimônio jurídico da revelação. A concepção germânica de que o direito era antes de qualquer coisa uma forma espontânea e inviolável da vida, e assim não podia ser *criado*, mas apenas *encontrado*, facilitou para que aquela concepção cristã se difundisse nos reinos bárbaros por toda a idade média. Foi apenas com o jusracionalismo profano da época moderna que se promoveu o escanteamento do *ius divinum* para a teologia

Esta a função fundamental dos primeiros pensadores – Grotius, Althusius, Pierre de La Ramée (1515-1572): elaborar um direito, com pretensão de validade universal e intertemporal, cujo fundamento estivesse fincado na razão do homem enquanto ser natural. Nesse primeiro momento, porém, os pressupostos teóricos ainda estavam vinculados à tradição escolástica, razão pela qual o principal avanço foi o estabelecimento de novos fins, quais sejam: comprovação do direito por conceitos tão certos que ninguém poderia negá-los sem violentar a si mesmo, ou seja, comprovação por uma evidência moral, cuja certeza é comparável à percepção dos sentidos.³⁵¹ Esses novos fins, contudo, eram buscados a partir dos meios tradicionais, como se fosse uma fase de transição para o “sistema natural”.³⁵²

À geração seguinte, composta por Hobbes, Espinosa, Pufendorf, competiu finalmente por em prática a fase do estabelecimento da teoria, o que pressupunha elucidar o método por meio do qual seria essa razão humana traduzida em disposições de direito.³⁵³ A solução alcançada foi a de aplicar também ao direito a metodologia lógico-científica-matemática que vinha sendo aplicada nas ciências naturais (principalmente por Descartes e Galileu): a demonstração por meio da dedução e da concatenação lógica de conceitos até um axioma último. Embora não tenha dedicado muito tempo e interesse ao direito, Descartes evidenciou uma nova perspectiva científica que foi adotada pelo direito moderno, a perspectiva de que o uso da experiência pode se dar apenas a título provisório, já que a ciência verdadeira seria um sistema perfeitamente axiomático, do qual decorreriam consequências demonstráveis a partir de princípios.³⁵⁴ Assim foram estabelecidas as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo, que veio a consistir a *ideia de direito* responsável por transformar, nos séculos seguintes, tanto a sociedade europeia quanto suas colônias do além-mar.³⁵⁵

moral e, em consequência, a retomada do dualismo da antiguidade entre *ius naturale* e *ius civile (positivum)* – WIEACKER, *op. cit.*, pp. 294-298.

³⁵¹ WIEACKER, *op. cit.*, p. 328. Essa proposta de Grotius, de um direito da humanidade com vigência geral, teve grande aceitação na época porque “correspondia a um momento histórico que ansiava por uma nova regra vinculativa para todos, depois da derrocada da antiga tradição comum a toda a Europa” – WIEACKER, *op. cit.*, p. 339.

³⁵² WIEACKER, *op. cit.*, pp. 303-304.

³⁵³ Para uma exposição da contribuição individual de cada um desses pensadores, cf. WIEACKER, *op. cit.*, pp. 340-348.

³⁵⁴ VILLEY, *op. cit.*, pp. 603-604.

³⁵⁵ WIEACKER, *op. cit.*, p. 300. Acompanhado, é claro, com as características do direito da península ibérica, ainda carregado, ao tempo da “exportação” do modelo jurídico, de forte carga do *ius commune* – cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano. In Studi in Onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951.

Foi, portanto, com essa segunda geração de pensadores jusracionalistas que os tentáculos da teoria passaram a alcançar o centro do poder e a implicar a resultados práticos. Já no século XVIII estabeleceu-se uma ligação do jusracionalismo com o absolutismo iluminista, o que contribuiu para uma ideologização total da vida pública.³⁵⁶ A ideologia jusracionalista, que acabou por contaminar toda a ciência jurídica do Continente, consistia em que a norma jurídica fundada na razão tornava os conflitos humanos em algo de objetivo. Assim, a incerteza da jurisprudência das autoridades da Idade Média era agora substituída por uma jurisprudência técnica, de modo que a solução da controvérsia, identificada no sistema jusracionalista por meio dos métodos jusracionalistas, prometia libertar os homens do arbítrio e da força dos interesses dominantes. Propunha o jusracionalismo, nessa mesma esteira, a libertação da ciência jurídica da sua submissão às fontes romanas e às antigas autoridades,³⁵⁷ patrocinando assim a construção de uma sistemática autônoma, em mais uma manifestação da tendência jusracionalista – e do Continente, em geral – de *tabula rasa* na tradição.

Ora, uma vez permeada toda a política jurídica pela ciência dos jusracionalistas, natural que os novos pressupostos teóricos passassem a ordenar também as exposições do direito positivo. Isso foi alcançado principalmente pela renovação da influência do iluminismo sobre o jusracionalismo, e principalmente pela conjugação de dois elementos ulteriores ao jusracionalismo: (i) o empirismo de Christian Thomasius (1655-1728), que pôde transformar o direito natural fundado na razão em um direito histórico-contingente, ou seja, um direito de uma nação concreta, e (ii) o racionalismo de Christian Wolff (1679-1754), que restabeleceu a teoria lógica e moral e possibilitou a sistematização do direito positivo na ciência jurídica e na legislação.³⁵⁸

Sob esse influxo causado por ondas de várias frentes, as novas legislações passaram a adotar a forma do sistema jusracionalista, aquele sistema que até hoje domina os códigos e os manuais,³⁵⁹ ou seja, um sistema fundamentado na construção conceitual, cujos resultados fossem controláveis pela razão numa exatidão matemática das suas premissas. Nesse sistema, o *conceito geral/abstrato* conquista facilmente o centro de toda a metodologia jurídica. Os conceitos agora já não são aplicados como reforço retórico para a argumentação

³⁵⁶ WIEACKER, *op. cit.*, p. 305.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 309.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 356.

³⁵⁹ WIEACKER, *op. cit.*, p. 310, uma vez que “*estes se baseiam na sistematização da ciência do direito comum pelo jusracionalismo*” – WIEACKER, *op. cit.*, p. 350 -, além de adotarem “*o programa de uma dedução lógica da decisão jurídica a partir de princípios superiores e conceitos gerais com um valor construtivo previamente fixado que nunca mais abandonou a ciência jurídica especializada*” – WIEACKER, *op. cit.*, p. 362.

jurídica com base na tópica, mas como o símbolo central que reunia em si toda a expressão da ideologia de ordenação lógica e total da nova ciência jurídica. E dos conceitos mais gerais estabelecidos pela razão seriam deduzidos os conceitos mais especiais (específicos), sempre seguindo a demonstração *more geometrico* (expressão da metafísica de Espinosa – “*Ethica more geometrico demonstrata*”).

Guiando-se o direito pelo método das ciências da natureza, em abandono à tópica aristotélica, o passado deixa de ter importância como fundamento de validade da ordem jurídica existente.³⁶⁰ Como se vê, a base do racionalismo está em desvincular o indivíduo de seus laços culturais, da tradição (entendida como a cultura medieval) e das doutrinas filosóficas tradicionais, para valer-se apenas de sua razão e assim atingir verdades absolutas.³⁶¹ A consequência foi a remodelação dos instrumentos jurídicos para simplificá-los, sistematizá-los, completando a obra dos humanistas de rejeição à dialética aristotélico-escolástica.³⁶²

Se na Idade Média o critério da *ratio* sempre esteve na *auctoritas*, na Idade Moderna a razão humana assume um caráter crítico que contesta as verdades estatuídas por ato de autoridade.³⁶³ Não por outra razão, Franz Wieacker tem o jusracionalismo profano da época moderna como a força mais poderosa no desenvolvimento moderno do direito depois do *corpus iuris*.³⁶⁴ Sob esse influxo, concebe-se o direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia da matemática, e em consequência afasta-se a hermenêutica e a retórica forense, pois tudo passava a ser verdades claras e distintas, facilmente identificáveis pelo aplicador do direito pela subsunção. Por meio de enquadramentos conceituais e da separação entre questão de fato e questão de direito, a solução do litígio passou a ser alcançada por meio de um juízo lógico. Aquilo que antes era o *achamento* do direito (de um direito pré-existente mas ainda não desvendado), transformou-se em *aplicação* do direito.³⁶⁵ O pressuposto era que apenas o universal era verdadeiro, porque invariável, porque independente das particularidades de cada povo, porque imune a valores e deturpações ideológicas. Esse modo de pensar impulsiona até hoje o jurista romano-canônico, sempre preocupado em alcançar a

³⁶⁰ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 134. SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 58.

³⁶¹ SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 6, com base em Francis Bacon.

³⁶² MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 135.

³⁶³ *Ibidem*, p. 135.

³⁶⁴ WIEACKER, *op. Cit.* p. 297.

³⁶⁵ WIEACKER, *op. cit.*, p. 205.

natureza dos conceitos, tratando-os como realidades, em vez de ponderar as contingências do mundo real, as incertezas da vida em sociedade.³⁶⁶

Ainda que no século XVII algumas teorias específicas tenham propostas aparentemente destoantes entre si,³⁶⁷ todas se submeteram aos princípios racionalistas, razão pela qual é possível erigir o racionalismo à qualidade de paradigma do período. Adotando a terminologia de Thomas S. Kuhn, o paradigma constitui-se na definição de método de resolução de problemas científicos cujas realizações são (i) suficientemente inéditas a ponto de atrair um grupo duradouro de partidários e (ii) suficientemente abertas para deixar toda espécie de problemas para serem resolvidas pelo grupo redefinido de praticantes dessa ciência.³⁶⁸ Para ser aceita como paradigma, basta que uma teoria pareça melhor que suas concorrentes, sem se exigir seja capaz de explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada.³⁶⁹ Uma vez estabelecido o paradigma, o cientista pode prosseguir em suas pesquisas sem ter de começar seu campo de estudos pelos primeiros princípios, sem ter de justificar o uso de cada conceito,³⁷⁰ o que possibilita o desenvolver do conhecimento de maneira mais célere e linear. O paradigma tem relação com a *ciência normal*, que designa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas.³⁷¹ Fixado o novo paradigma, a partir daí a ciência *normaliza-se*, sai daquele ponto de efervescência que possibilitou a revolução científica e o surgimento do paradigma. A ciência, assim, volta a ser ciência normal. A partir daí, a ciência dedica-se a ampliar o alcance e a precisão do conhecimento científico, sem se propor a descobrir novidades, seja no campo dos fatos, seja no campo das teorias.³⁷² Ou seja, a ciência dotada de um paradigma segue sempre em frente, porém por uma trilha inexoravelmente linear, tendo alterado seu norte apenas quando

³⁶⁶ SILVA, *Processo e Ideologia...*, pp. 69-70.

³⁶⁷ Conforme aponta Ovídio: “Por exemplo, enquanto Grotius considerava a verdade, tanto na matemática quanto na ética e no direito natural, tão permanente e eterna que nem mesmo Deus poderia transformá-la, Spinoza, ao contrário, sustentava que o Direito definia-se pelo poder, e a justiça ou injustiça de uma determinada ação somente seriam pensáveis dentro de um Estado, sendo uma consequência ‘do exercício do direito de decidir o que é bom e o que é mau’” – SILVA, *Processo e Ideologia*, p. 73.

³⁶⁸ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 30. Na mesma obra, o autor sugere que “Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada” (pp. 30-31).

³⁶⁹ KUHN, *op. cit.*, p. 38.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 40.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 29.

³⁷² KUHN, *op. cit.*, p. 77.

manifestadas anomalias,³⁷³ as quais impulsionarão a superação do paradigma por meio de uma nova revolução científica.

Erigido, portanto, a paradigma, o racionalismo definiria os rumos de toda a ciência moderna, da matemática à ciência jurídica.³⁷⁴ Especificamente no campo jurídico, o racionalismo postulava a certeza, a relação de causa e consequência, a universalização de proposições e a eliminação de valores e a influência da cultura. Buscava, enfim, esterilizar o lado humano na aplicação do direito, a qual ficava reduzida a uma relação entre premissas e síntese. Pressupunha-se possível desenhar o direito como um teorema matemático e solucionar as controvérsias sociais por meio de um método exato, por meio de uma tarefa de subsunção. É certo que o direito, na ótica racionalista, encontrava fundamento na razão humana, mas para possibilitar a efetivação de todos os aspectos da teoria racionalista, seria necessário reduzir o direito a um grupo identificável de regras, obviamente advindas de *uma única fonte*, cuja qualidade da razão fosse inquestionável. Daí a consequência lógica de identificar o direito com o poder.³⁷⁵

O direito deveria ser tão seguro que não admitisse nenhuma controvérsia em sua aplicação, até porque do contrário não seria aquela ciência construída sob as diretrizes do racionalismo. Thomas Hobbes, considerado o pai do positivismo moderno, propunha, à luz de um estrito voluntarismo, que todo o direito fosse identificado com a vontade do soberano. É o soberano – um homem artificial, o Estado – o responsável por fazer a lei, razão pela qual na aplicação dever-se-ia sempre fazer referência a sua vontade, a sua intenção, e assim procedendo imaginou-se jamais haver contradição nas leis.³⁷⁶ No modelo elaborado por

³⁷³ “A anomalia aparece somente contra o pano de fundo proporcionado pelo paradigma. Quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível este será como indicador de anomalias e, conseqüentemente, de uma ocasião para a mudança de paradigma” – KUHN, *op. cit.*, p. 92.

³⁷⁴ WIEACKER, *op. cit.*, p. 279.

³⁷⁵ SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 75.

³⁷⁶ “The legislator in all Commonwealths is only the sovereign, be he one man, as in a monarchy, or one assembly of men, as in a democracy or aristocracy” - *Leviathan*, cap. XXVI, §1º. “That law can never be against reason, our lawyers are agreed: and that not the letter (...), but that which is according to the intention of the legislator, is the law. (...)it is not that juris prudentia, or wisdom of subordinate judges, but the reason of this our artificial man the Commonwealth, and his command, that maketh law (...)In all courts of justice, the sovereign (which is the person of the Commonwealth) is he that judgeth: the subordinate judge ought to have regard to the reason which moved his sovereign to make such law, that his sentence may be according thereunto, which then is his sovereigns sentence; otherwise it is his own, and an unjust one” (“Que a lei nunca pode ser contrária à razão é coisa com que nossos juristas concordam, assim como que não é a letra (...) que é a lei, e sim aquilo que é conforme à intenção do legislador. (...) o que faz a lei não é aquela jurisprudência, ou sabedoria dos juizes subordinados, mas a razão desse nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. (...) Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é uma sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”) – *Leviathan*, cap.

Hobbes o Poder Judiciário seria um poder subordinado, destinado a reproduzir as palavras da lei, sem acrescentar ao resultado a menor parcela volitiva. Enfim, estava se propondo uma teoria estanque de separação dos poderes que posteriormente viria a ser aprimorada por Montesquieu (1689-1755).³⁷⁷

O positivismo jurídico – nas suas primeiras elaborações, parcialmente superadas, é certo, porém ainda com reminiscências ideológicas que comprometem a prática jurídica de agora – separava os fatos dos valores e apregoava que a ciência deveria julgar apenas os fatos, pelo que pretendia ser uma ciência livre de valores e eticamente neutra. O cientista social, nessa ótica, deveria ser indiferente a qualquer objetivo e alcançar um estágio de niilismo. Mesmo a secularização impunha essa consequência, ao irradiar a autonomia humana em contraposição e ruptura como uma ordem metafísica transcendente. Ocorre que o cientista social – aquele cientista de carne e osso, fora das previsões conceituais dos filósofos da época – não é imune a preferências. Inserido naquele contexto, a atividade constante do cientista social era de lutar contra suas preferências, enquanto ser humano e cidadão, que atrapalham seu distanciamento científico. E tirava a força para tal empreitada do fato de que sua dedicação visava apenas a um único valor: a verdade.³⁷⁸ Então, almejavam-se na aplicação do direito verdades claras e distintas, fora dos influxos pessoais dos intérpretes, o que justifica o horror de Hobbes pela retórica.³⁷⁹

A verdade, por definição, não se confunde com o bom, com o justo, com os valores inerentes a um juízo de valor. A verdade, tal como concebida pelo racionalismo, estaria na demonstração natural dos resultados. A rejeição das causas finais acabou por destruir a base teórica do pensamento clássico e a ciência passou a ser tida como puramente racional.³⁸⁰ No campo do direito, observando a nova tendência positivista de não fazer juízos de valor, mas de buscar sempre a verdade, estabeleceu-se o dever de buscar uma decisão

XXVI, §7º. Para Hobbes, já que lei do príncipe precisa ser interpretada, para isso servem os juízes: o que regulará a interpretação será a vontade do soberano, principalmente a busca da intenção do legislador. *“I suppose that He [Edward Coke] means that the reason of a judge, or of all the judges together without the King, is that summa ratio, and the very law: which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power. That the law hath been fined by grave and learned men, meaning the professors of the law, is manifestly untrue; for all the laws of England have been made by the kings of England, consulting with the nobility and commons in parliament, of which not one of twenty was a learned lawyer”* - HOBBS, Thomas. *A Dialogue of the Common Law*.

³⁷⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brede et de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁷⁸ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?* Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 18-19.

³⁷⁹ SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 77.

³⁸⁰ STRAUSS, Leo. *An Introduction to Political Philosophy*. Detroit: Wayne State University Press, 1989, p. 87

correta, e não uma decisão *justa*. Para cumprir com essa missão, o direito moderno buscou uma estruturação da ciência jurídica como ciência natural, utilizando-se da lógica apodítica, que seria capaz de trabalhar com a demonstração da *verdade* no Direito assim como a ciência natural o fazia nos demais campos do conhecimento. Abandonou-se a racionalidade prática para encampar a racionalidade teórica, expressada no positivismo em uma geometrização do jurídico.³⁸¹ Essas premissas foram reforçadas por Leibniz (1646-1716), que deixou mais sofisticado o formalismo jurídico ao propor que o direito dependeria de definições, não de experiências; da razão, não dos sentidos; do direito teórico, não do fato.³⁸² Para Leibniz, teoria do direito era uma ciência, e toda ciência pressupõe demonstração, e qualquer demonstração depende de definição, de conceitos. Criava-se, assim, como consequência inevitável do racionalismo, o *mundo jurídico*, constituído por conceitos, definições, por verdades eternas independentes dos fatos e da experiência; um mundo jurídico constituído pelo dogmatismo em detrimento da compreensão.³⁸³ Transformou-se o direito em uma ciência exata e formal, invariável, com patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas.³⁸⁴ Cabia ao aplicador do direito, tal como em uma operação matemática, realizar a subsunção do fato à lei, extraindo daí a solução para o caso concreto.

Se por um lado o direito romano clássico era o direito do caso, alheio à sistematização do direito, o jusracionalismo, no outro extremo, a pretexto de liberar-se da influência de fatores externos que apenas atrapalhavam a pureza do direito (como, por exemplo, pessoas, coisas e ações), instituiu a separação entre fato e direito. Como que para ilustrar a tônica do pensamento de então, Hugo Grotius afirma no seu *O direito da guerra e da paz* que “*assim como os matemáticos, ao examinarem as figuras, fazem abstração dos corpos que elas modificam, também eu, ao explicar o direito, desviei meus pensamentos da consideração de qualquer fato particular*”.³⁸⁵ Esse foi mais um dos fatores que apontam a ruptura do direito natural moderno com o direito natural clássico. O direito natural clássico sempre esteve preocupado em extrair o direito da observação da natureza, ao passo que o direito jusracionalista da modernidade construía o direito por regras e pelas consequências das regras, sem qualquer preocupação com os fatos. Se o plano tripartite era utilizado por Gaio para fazer uma classificação das *coisas*, entre pessoas, bens e atividades humanas, o

³⁸¹ SILVA, *Processo e Ideologia...*, pp. 69 e ss.

³⁸² LEIBNIZ, Gottfried. *Elementos do Direito Natural*, 1672. Madrid: Editorial Technos, 1991, p. 70, *apud* SILVA, *Processo e Ideologia*, p. 78.

³⁸³ SILVA, *Processo e Ideologia*, p. 79.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 90.

³⁸⁵ Grotius, *discurso preliminar...*, *apud* VILLEY, *op. cit.*, p. 567.

juracionalismo valeu-se desse plano para fazer uma classificação de *direitos*.³⁸⁶ A consequência prática foi que o “direito de cada um” deixava de ser uma incógnita – como o era no direito romano clássico, no qual era aferido considerando-se as circunstâncias específicas do caso –, para tornar-se uma coisa certa e determinável, previsto de antemão em uma norma jurídica abstrata, em um sistema de direitos subjetivos. A afirmação desse modo de pensar, como era de se esperar, representou um processo de escamoteamento da justiça distributiva.³⁸⁷ Desvinculando-se o *direito do caso*, para situá-lo nos *conceitos*, a fonte do direito desloca-se da jurisprudência para a doutrina, num primeiro momento, e depois para o legislador,³⁸⁸ aquele encarregado de plasmar no papel, em dispositivos claros e sintéticos, toda a complexidade do drama humano. Houve aqui uma passagem da prudência prática para uma técnica poética,³⁸⁹ exigindo do ofício do julgador uma técnica para além da simples *praxis*, a qual sempre foi suficiente desde a antiguidade.³⁹⁰ Nesse sistema não haveria espaço para mais de uma decisão: à luz das ciências naturais e sob o paradigma racionalista, a cada conflito correspondia apenas uma única solução no sistema, identificada como a solução correta, a solução verdadeira.

1.2.1.3. O movimento codificatório

Reelaborado pelo humanismo, pelo juracionalismo e pelo iluminismo, o direito, instituído pela autoridade detentora do poder, alcança unidade em todo o território da nação, superando a incerteza e variedade dos costumes de outrora. Ainda, por estar fundado apenas na razão, o direito é separado de um simples voluntarismo e de suas antigas bases cristãs e teológicas. Enfim, ordenado em conceitos concatenados e sujeito ao método dedutivo das

³⁸⁶ Por exemplo: enquanto Gaio discorria sobre as coisas, dividindo-as entre coisas corpóreas e incorpóreas, Hugues Doneau (um dos representantes do humanismo francês, 1527-1591) falava em coisas que nos pertencem e coisas que nos são devidas, para chegar às noções de direito de propriedade e direito de crédito – cf. VILLEY, *op. cit.*, pp. 572-573.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 575-576.

³⁸⁸ “Pois, nessa filosofia, as próprias leis positivas, quando têm certo nível de generalidade, são apenas regras doutrinárias retomadas pelo legislador. O destino natural da doutrina é tornar-se lei” – VILLEY, *op. cit.*, p. 478. Mais à frente na obra, o autor afirma que “A formação de um direito comum só podia resultar da doutrina e essa doutrina fez nosso direito” – VILLEY, *op. cit.*, p. 674.

³⁸⁹ Técnica poética designa uma atividade que realiza objetos. No direito, estaria ligada a uma atividade que depende de coisas externas ao agente, e por isso exige técnica, um saber fazer para que um resultado seja obtido. É uma distinção aristotélica, que no outro extremo coloca a *praxis*, atividade que não considera nada além do agente.

³⁹⁰ FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 75.

ciências naturais, o direito passa a ser aplicado de forma certa e independente de maleáveis interpretações, eventualmente tendentes a favorecer determinada classe. Esses são os frutos trazidos pelas alterações política, social e filosófica, o que praticamente impunha a ordenação das leis em um sistema de regras. Preparava-se o caminho para as sistematizações e codificações do período.

Além disso, a crença acrítica jusracionalista na razão e em um direito justo em absoluto levou o legislador a ter como possível regular de uma vez por todas qualquer situação imaginável. O jusracionalismo, portanto, se por um lado incentivava a redução do direito à lei, por outro lado legitimava teoricamente essa redução. Como resultado, já que o código era a obra perfeita de um legislador racional e iluminado, capaz de prever todas as situações possíveis de acontecer na sociedade e, também, capaz de estipular previamente uma regulação cogente, extirpou-se do trabalho jurídico aquele desenvolvimento espontâneo que o direito experimentou durante a idade média. A afirmação da obra do legislador foi acompanhada por uma desconfiança em relação à ciência e aos operadores do direito. Não por outra razão, aos grandes códigos do período geralmente se seguiam decretos proibindo tanto a interpretação dos dispositivos quanto a crítica doutrinária.³⁹¹

Os códigos, portanto, vinculam-se ao jusracionalismo também pela sua teoria das fontes do direito, já que excluía a doutrina, o costume e a possibilidade de desenvolvimento jurídico por parte da obra dos magistrados. Nesse aspecto, o jusracionalismo era muito conveniente às novas necessidades do estado absoluto, que buscava um modo de se impor sobre a sociedade, mas de forma legítima. A identificação do direito com a lei, somada à identificação da lei com a vontade do príncipe – este último aspecto devido principalmente à obra de Hobbes – e ao pressuposto de que a lei era expressão da racionalidade e estava de acordo com o direito natural, satisfez todos os anseios do estado absoluto. Por estar de acordo com o direito natural, havia axiomas primeiros, inquestionáveis, sobre os quais se fundava as demais proposições normativas e todo o sistema.³⁹² Criava-se assim um sistema fechado (sistema imanente), traçado com base nas teorias matemáticas de Leibniz e Wolff, formulando-se normas jurídicas como proposições ordenadas, completas e perfeitamente

³⁹¹ O que foi procedido na Prússia, por decreto de 03-08-1778, proibindo-se a interpretação através de precedentes, comentários ou de elucubrações eruditas, e instituindo-se uma comissão legislativa para o esclarecimento de dúvidas - cf. WIEACKER, *op. cit.*, p. 377 -, e também na França, em 1790, por Napoleão, que tinha horror à interpretação jurídica. Enfim, é conhecida a afirmação de J. Bentham de que o intérprete pretende, com suas ficções interpretativas, substituir-se ao Poder Legislativo – cf. BRUTAU, *op. cit.*, pp. 138-139.

³⁹² MARTINS-COSTA, A Boa-Fé..., p. 144.

conectadas entre si.³⁹³ Não por outra razão Leibniz propôs a elaboração de um conjunto de leis – um código – que possibilitasse a exposição inequívoca da disciplina legal, cujo desconhecimento ninguém estaria autorizado a alegar.³⁹⁴

Agora definitivamente o direito se identificava com a lei e, mais que isso, com um sistema de proposições normativas verdadeiras e interconectadas, enfim, com um sistema axiomático.³⁹⁵ Ganha relevância o Estado, mais especificamente o Poder Legislativo. Se Rousseau (1712-1778) tinha a lei como resultado da *vontade geral* do povo, o qual deveria ratificá-la expressamente sob pena de nulidade, Montesquieu (1689-1755) defendia que a lei deriva não da vontade do povo, mas da *razão*, a qual poderia ser delegada, levando-o a eleger um órgão a quem competiria a elaboração das leis: o poder legislativo. O poder legislativo estaria apto a elaborar leis gerais e abstratas, em observância do princípio absoluto da igualdade, e leis que seriam legítimas por contar com a aprovação de toda a sociedade, por meio de seus representantes.

A igualdade e liberdade, tão recorrentes nas doutrinas racionalistas, estabeleceram-se agora como ideologia,³⁹⁶ e como tal passaram a determinar o desenvolvimento das atividades política e jurídica, principalmente sob o manto da separação dos poderes. O direito, assim, era reduzido à lei, cuja criação competia ao Estado, de modo que ganha relevo a necessidade de *promulgação* do texto normativo.³⁹⁷ O direito, posto pelo Estado por meio da promulgação, passa a ser exaustivo e excludente. Exaustivo porque editado sob a ideia de completude, pressuposto formal do sistema. Excludente porque formado apenas pelas resoluções do poder legislativo dispostas em formato de código.³⁹⁸

A experiência jurídica ocidental conhece os códigos desde há muito tempo, do que são exemplos as compilações do direito romano. Mas as codificações modernas, fundamentadas nos novos pressupostos teóricos do período, representam um fenômeno

³⁹³ Ibidem, p. 146.

³⁹⁴ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 151. A completude continua como propriedade formal do sistema, mas não se esgota em completude legislativa, mas completude semântica, no sentido de que para cada conduta C haverá uma norma N qualificando-a em algum dos modais deônticos, mas uma norma N que pode provenir de fonte outra que a legislação, como o costume, jurisprudência – cf. VILANOVA, *op. cit.*, pp. 202-207.

³⁹⁵ TARELO, *Storia..* p. 133.

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 169.

³⁹⁷ Exigência expressa do art. 1º do Código Civil francês. Conforme a jurisprudência do Conselho de Estado, promulgação é “o ato pelo qual o Chefe do Estado atesta a existência da lei e ordena às autoridades públicas de a observar e a fazer observar” – MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 170, nota 2.

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 170. “O Sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo. (...) O resultado inevitável é tornar os juízes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder” – SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 2.

inédito.³⁹⁹ A ligação do jusracionalismo com o iluminismo deu origem à primeira grande onda de codificações modernas. Essas codificações, embora diferentes dos antigos *codex* romanos e da idade média, ainda não fixam, não ordenam nem melhoram o direito. Elas antes visam a planificar a sociedade por meio de uma reordenação sistemática da matéria jurídica.⁴⁰⁰ Esses primeiros códigos buscam apenas unificar o direito territorial e resolver questões controvertidas do direito comum. Os códigos seguintes, aqueles tipicamente jusracionalistas, deram um passo adiante, por representarem atos de transformação revolucionária, com uma confrontação violenta com a tradição, impulsionados por um desiderato irresistível de reforma.⁴⁰¹

Alemanha, Prússia e Áustria sofreram as primeiras influências políticas do jusracionalismo, adotado que foi como ética política e programa de governo do absolutismo esclarecido.⁴⁰² Também na França, um dos palcos do iluminismo e do absolutismo mais acabado, a filosofia jurídica e política do jusracionalismo desde cedo reinou entre a burguesia, ainda que travestida de paixão pela liberdade. Bem entendida, a ideologia da liberdade e da igualdade de todos os homens funciona como patrocinador da concepção jusracionalista de fixação do direito em códigos, pois as regras abstratas e gerais limitariam o poder do Estado, ao mesmo tempo em que tratariam todos os cidadãos uniformemente. As doutrinas humanistas e iluministas, condensadas no jusracionalismo, já haviam se estabelecido na Europa desde antes, mas foi apenas com a eclosão da Revolução Francesa que os ideais que estavam por base dessas teorias tornaram-se ideologias, estruturantes da nova ordem. O código prussiano, portanto, publicado em 1794 após longo processo de elaboração, se certamente promulgado sob o influxo do jusracionalismo, ainda não serve como representante do fenômeno codificatório em toda a sua plenitude, já que “*carece das bases da igualdade e unitariedade dos sujeitos que lhe são destinatários e da pretensão à plenitude jurídica que caracterizarão a codificação francesa de 1804 e alemã de 1900*”.⁴⁰³

³⁹⁹ Embora o termo “código” derive de “*codex*”, tem conotação diferente. *Codex* designava a consolidação de um direito esparso, muitas vezes apenas reunindo todo o direito costumeiro aplicado em determinado território, sendo lacunosos e mesmo contraditórios (consolidações da Idade Média quanto ao *ius commune*, por exemplo). Por outras vezes, se tinha a pretensão de estabelecer apenas uma fonte jurídica, os *codex* não tinham preocupação com a ordem de exposição, como por exemplo o *codex* de Justiniano. O determinante para definir o código moderno é a *unidade* e a *técnica* na elaboração, pressupondo-se ainda a ab-rogação de todo o direito precedente. – MARTINS-COSTA, A Boa-Fé..., pp. 176-177.

⁴⁰⁰ WIEACKER, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 367.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 311.

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, A Boa-Fé..., pp. 172, nota 7.

A situação político-constitucional francesa possibilitou, com a Declaração de Direitos e Constituição Francesa de 1791 e principalmente com o *Code Civil*, elevar à qualidade de axiomas a igualdade jurídica dos cidadãos e a liberdade da esfera jurídica dos particulares.⁴⁰⁴ Se na Alemanha a vitória da razão foi imposta de cima para baixo pelo soberano, na França a mesma situação foi obtida pela luta dos cidadãos, o que explica ser, até hoje, o código civil francês um dos principais fatores de integração nacional.⁴⁰⁵ No contexto francês, o desejo pela unificação e generalização do direito não provém de conclusões teóricas de pensadores acadêmicos – caso da Prússia, p. ex.; esse desejo aparece na França como decorrência direta de uma vontade revolucionária que agitou o final do século XVIII, o que explica ter o legislador francês uma tendência anti-tradicionalista muito mais intensa que os demais legisladores continentais do período.⁴⁰⁶ Além disso, à época da elaboração do código civil francês já havia surgido nos últimos anos uma cadeia de importantes códigos, cujos processos de elaboração e de aplicação evidenciaram erros e acertos que certamente guiaram a atividade do legislador francês. A codificação plena, já na segunda onda de codificação, foi alcançada, portanto, apenas no século XIX, representada pelo *Code Civil*, cujos 2281 artigos ultrapassam o código austríaco em precisão, clareza e rigor, e constituíram uma obra legislativa de inegável valor, na qual se baseou grande parte da atual cultura jurídica mundial, como a italiana, espanhola, portuguesa e também a dos estados latino-americanos.⁴⁰⁷

Estavam estabelecidos assim tanto o sistema interno quanto o sistema externo, sob os quais a resolução dos casos era alcançada a partir de proposições jurídicas verdadeiras e concatenadas, delas deduzida a norma aplicável.⁴⁰⁸ Ao mesmo tempo em que o direito se reduzia a nexos de causa e consequência, a dialética e a tópica dos clássicos eram definitivamente superadas pela lógica dos modernos. Foram de uma vez por todas separados direito e fato, surgindo daí a separação entre os dois mundos kantianos do ser e do dever ser.⁴⁰⁹ Operou-se, com o jusracionalismo, com a emancipação em relação à teologia moral, uma verdadeira alteração de método na aplicação do direito.⁴¹⁰ A lógica dialética do discurso – e da incerteza – foi substituída pela lógica apodítica da subsunção – e da certeza.⁴¹¹ Não se

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 174. WIEACKER, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁰⁵ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 312-313.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 391.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 389 e 394.

⁴⁰⁸ Um sistema externo, porque superou aquele direito disperso em multiplicidade de fontes; e um sistema interno, porque conectadas materialmente as proposições, pretensamente sem lacunas.

⁴⁰⁹ SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 36.

⁴¹⁰ WIEACKER, *op. cit.*, p. 279 e ss

⁴¹¹ MARTINS-COSTA, *A boa fé...* pp. 136 e ss.

consideravam mais os valores porque se tinha como pressuposto que os conflitos entre valores eram insolúveis pela razão humana, dado que não poderiam ser demonstrados cientificamente.⁴¹² Legitima-se e justifica-se, sob esse ponto de vista, a superação de qualquer pensamento pré-científico, tido agora como folclore.⁴¹³ O método passava a ser *redução, dedução, conexão e demonstração*.⁴¹⁴ Definiram-se assim, sob o influxo do jusracionalismo, as mais importantes concepções no âmbito jurídico na tradição romano-canônica, que marcaram a aplicação do direito nas nações com ela comprometidas: direito é a lei, fruto da atividade parlamentar – concepção derivada diretamente do iluminismo; direito se aplica por meio da lógica dedutiva, de subsunção, com apoio no método das ciências da natureza – concepção derivada diretamente dos matemáticos Leibniz e Wolff.⁴¹⁵

Somente poderia ser reconhecido como direito os enunciados de textos produzidos pelo Estado na forma de lei. A Escola de Exegese, exaltando a subsunção e a completeza do ordenamento jurídico, consolidou a ideologia do poder judicial como poder neutro, sem papel na criação do direito, limitado a uma aplicação esterilizada pela lógica dedutiva. Como o direito é dado *a priori*, fruto da geometrização aplicada ao direito, competiria ao poder judiciário uma função meramente declaratória no trânsito jurídico. Esse conceitualismo sustenta o pensamento dogmático e representa a grande barreira à criação jurisprudencial do direito,⁴¹⁶ o que, ademais, caiu como uma luva à ideologia da Revolução Francesa. Com efeito, a proposta de se fazer *tabula rasa* no antigo regime compreendia também a odiosa classe dos juízes, cargo até então vitalício e alienável ocupado pelos aristocratas, que decidiam as causas como bem lhes apetecia. A nova proposta racionalista, reduzindo o direito à lei, à expressão da democracia representativa, tinha os juízes como meros aplicadores da lei ao caso concreto, como meros burocratas *bouche de la loi*, e o Poder Judiciário como um poder praticamente nulo, o que foi ensinado e aplicado até meados do século XX.⁴¹⁷

⁴¹² STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?* Chicago: University of Chicago Press, 1988, pp. 22-23.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 23.

⁴¹⁴ MARTINS-COSTA, A *Boa-Fé...*, p. 153.

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 178-179. Era a busca pela segurança jurídica, força motriz das alterações do período. Na tradição romano-canônica, tinha-se por segurança jurídica seguir-se o direito plasmado na lei. Conforme Chiovenda, “Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias” – CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. Rio de Janeiro: Saraiva, 1965, 2ª Ed., p. 42.

⁴¹⁶ SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 84.

⁴¹⁷ “a vedação de o juiz interpretar a lei é uma exigência política, não jurídica. O juiz neutro não era o juiz que ele [Montesquieu] conhecia, mas o juiz com quem sonhava; o juiz que o sistema político, concebido por ele, haveria de criar” – SILVA, *Processo e Ideologia...*, p. 272

Como se vê, os efeitos jusracionalistas afetaram tanto a concepção do que seja direito – que ficou reduzido à lei, a expressão da vontade do soberano –, quanto a forma de aplicação do direito – que passou a se dar pelo método dedutivo, extraindo de conceitos abstratos conceitos mais específicos até chegar ao conceito aplicável ao caso, momento em que se daria a subsunção do fato à norma, a conjugação dos mundos do ser e dever ser. Evidente que a interpretação do direito não poderia ficar imune a essa onda de influência jusracionalista. No Continente, com a vigência dos códigos, os ideias jusracionalistas e a ideologia das revoluções levaram a um tipo de interpretação jurídica de insuperável vinculação ao texto legal. Em um primeiro momento, quando ainda inabalada a pretensão dos códigos de completude e não-contradição, caiu-se em uma exegese literal dos textos, procedida pela Escola de Exegese, para a qual o sentido do texto dependeria apenas de uma análise literal de seu conteúdo. Cedo se percebeu, porém, que o direito, ainda que cristalizado em dispositivos legais, em texto claro, geral e sistematizado, sempre necessitaria de interpretação quando da sua aplicação. A partir daí, a teoria da interpretação evoluiu em um processo de reconhecimento gradual de poder de criação jurídica ao intérprete, em superação da ideologia de anulação do poder judiciário.

Nesse contexto, vem sendo reconhecida à jurisprudência relevante papel na criação do direito. Na tradição jurídica romano-canônica a força persuasiva dos precedentes já é fato consumado e há inclusive manifestações de atribuição de força vinculante aos precedentes, de modo que a jurisprudência pretende alçar-se à categoria de fonte formal de direito. Acresce-se a isso a nova forma de legislar, com a edição de normas contendo cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e principalmente o estabelecimento de uma nova figura normativa, a dos princípios – não na ideia de princípios gerais de direito, mas como princípios jurídicos com força normativa –, o que explicitamente deixou ao intérprete a tarefa de construir, no caso, a norma jurídica a ser aplicada. Essa nova forma de proceder acabou resgatando o valor da tópica, da dialética argumentativa, a ponto de a motivação ser requisito de validade da decisão judicial, além de resgatar a ideia de participação das partes na construção da solução da controvérsia (=partes participam na reconstrução dos fatos e também na construção da norma jurídica).⁴¹⁸ Em que pese toda essa recente evolução, é inegável o peso do paradigma racionalista sobre os destinos do método da tradição romano-

⁴¹⁸ “a norma, enquanto abstração, tem de ser concretizada na experiência vital do caso concreto; e isto pressupõe o cumprimento de uma complexa tarefa hermenêutica, sem a qual a norma não passará de um enunciado vazio, capaz de múltiplas e contraditórias alternativas de solução. Estamos longe do tempo em que os iluminados juristas europeus acreditavam que a lei tivesse uma vontade constante” (SILVA, *Direito Material...*, p. 280).

canônica. Uma influência tão forte que dificulta que a ciência jurídica descarrile de seus trilhos⁴¹⁹ e compromete o *reconhecimento* da atividade criadora da jurisprudência – a corte cria direito, é certo, mas não se dá conta dessa sua atividade e muitas vezes recusa essa atribuição, o que compromete a qualidade do direito por ela criado.

A análise da evolução da interpretação jurídica na tradição romano-canônica e no *common law* ajuda a evidenciar o papel que foi atribuído ao poder judiciário, bem como o papel que o poder judiciário efetivamente exerce. Em cada uma das tradições a jurisprudência tem funções específicas, em cujo desempenho foi se estabelecendo como protagonista na construção do direito, ou como simples figurante. Essa análise merece um item em separado (item 1.2.4).

1.2.2. *Common law, case law e stare decisis*

1.2.2.1. O caráter refratário da tradição inglesa ao paradigma racionalista

A Inglaterra teve sua matriz jurídica baseada no processo formulário, no direito romano clássico, o modelo vigente no período da ocupação romana em *Britannia* (século I a.C. ao século V d.C.), a qual funcionava como província imperial (*provincia imperiali*). É certo que invasão bárbara revisou as instituições jurídicas do território, mas não pode ser desprezada a influência dos séculos aplicando o direito romano sobre os destinos do jurídico, tanto que não é de graça a máxima do ensino jurídico inglês de que os romanos devem ser lembrados por suas estradas e por seu direito.⁴²⁰

No período compreendido entre a invasão bárbara do século V e a morte do último rei saxão e invasão normanda em 1066, a história da *Britannia* foi conturbada, com

⁴¹⁹ O método da dialética, de trabalho do caso, “É um método que hoje perdemos, que não sabemos mais praticar, pelo menos de modo consciente: porque o triunfo completo demais da lógica dedutiva teve por efeito sufocá-lo” - VILLEY, *op. cit.*, p. 432.

⁴²⁰ “The Romans are to be remembered for their roads and law” – LYON, *op. cit.*, p. 18.

uma série de invasões, divisões de territórios, disputas pelo trono e afirmações de reinos,⁴²¹ sendo caracterizada ainda por uma complexa estrutura administrativa.⁴²²

Desde então e ao contrário da Europa Continental, a Inglaterra não procedeu ao divórcio com seu passado jurídico. Em vez disso, manteve-se em um trajeto praticamente linear de desenvolvimento do direito. Não obstante também tenha sentido os efeitos das contingências históricas – períodos de guerras, invasões, dissipações de território, reunificações, revoluções liberal e industrial, desenvolvimento econômico, capitalismo –, manteve-se imune aos efeitos das transformações política, social e filosófica que ocorreram a partir do século XV, razão pela qual preservou, ao contrário do Continente, sua tradição jurídica. A Inglaterra, ademais, foi o berço de muitas das teorias que deram forma ao paradigma racionalista do Continente europeu. As transformações filosóficas dificilmente podem ser as protagonistas de qualquer transformação prática. Se no Continente o racionalismo foi a teoria filosófica responsável por dar forma ao sistema jurídico, o foi tão somente pela conjugação de outras causas mais pragmáticas e com as mesmas exigências: causa política e social.

Resta saber então por que, na Inglaterra, as alterações sociais e políticas do período não funcionaram de faísca para incendiar toda a revolução do pensamento preparada nas academias pela filosofia.

Pois bem, no século XI o território inglês encontrava-se fragmentado entre diversos reinos saxões e o direito, em consequência, era constituído por diversos costumes locais. Não havia uma forte unidade jurídica, nem econômica, nem política e nem social. Com a invasão normanda em 1066, chamada de “conquista”, houve uma renovação política e jurídica na sociedade inglesa, a qual teria tudo para experimentar uma ruptura com o passado, só que não experimentou.⁴²³ Guilherme, o Conquistador (em inglês, “William the Conqueror”), não teve como pretensão extirpar toda a cultura do território e impor a cultura normanda. Isso porque Guilherme chega, na verdade, como *herdeiro* do reino saxão, e assim é recebido desde logo pelos senhores saxões remanescentes, à falta de outro líder forte que pudesse guiar o desenvolvimento do povo.⁴²⁴ Ademais, Guilherme nem sequer desejou manter residência no novo território conquistado. Após o sucesso da empreitada, resgatou

⁴²¹ Cf. LYON, *op. cit.*, pp. 21-35.

⁴²² Cf. LYON, *op. cit.*, pp. 36-82.

⁴²³ GROSSI, *L'Europa Del diritto...*, pp. 78-79.

⁴²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 151. LYON, *op. cit.*, pp. 116-118.

impostos para seus exércitos e tão logo estabilizou seu poder retornou à Normandia, deixando a administração nas mãos de pessoas de sua confiança, além de repartir o território, inaugurando, com traços particulares, o feudalismo na Inglaterra.⁴²⁵ O feudalismo na Inglaterra, contudo, teve menos força que no Continente, pois os senhores normandos que acompanharam Guilherme à Inglaterra estavam em um país conquistado, do qual ignoravam a cultura e seu povo, e permanecer ligados ao poder central era medida visante a sua própria proteção. Não se destacou, assim, nenhum senhor para fazer frente ao poder real.

Após 1066 não há fortes mudanças. Os reis normandos, se de um lado eram inovadores e trouxeram para a Inglaterra uma coleção de leis do Continente, de outro lado sempre souberam preservar as instituições locais que reconheciam ser adequadas, inclusive reelaborando as cortes “*The Hundred*” e “*The Shire*” para transformá-las em tribunais de excelência. Essa conjugação dos novos elementos com os antigos deu as bases para a fundação de um independente e firme corpo de direito.⁴²⁶

À diferença do Continente, a Inglaterra não precisou utilizar o direito como instrumento de unificação do território. Em superação gradual do direito esparso em costumes locais, a instauração do forte regime normando criou uma estrutura unitária comandada por um efetivo poder central. O centralismo daí decorrente não se limitou à esfera política, pois se estendeu à esfera jurídica por meio da criação de cortes com a incumbência de delinear o direito.⁴²⁷ Já em 1086, Guilherme, provavelmente consciente de seu grande poder sobre a Inglaterra, decidiu expressar sua autoridade por meio de dois atos simbólicos. O primeiro deles consistiu em catalogar todos os bens do território, sendo que todos estavam sujeitos a tributos. O segundo e mais importante obrigou a todos os senhores a jurar lealdade a ele. Reconheceu que os servos deviam lealdade a seus senhores, mas declarou expressamente que todos os servos do território também deviam lealdade a ele, o que resultou em uma lealdade muito maior que aquela possuída pelos senhores.⁴²⁸ Ou seja, Guilherme estendia seu poder por todo o território inglês. A presença de um poder central estável tornava desnecessários tanto o recurso ao direito romano pós-clássico,⁴²⁹ quanto a instituição de um poder absoluto

⁴²⁵ LYON, *op. cit.*, p. 129.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 103.

⁴²⁷ GROSSI, *L'Europa...* p. 79.

⁴²⁸ Com isso, “*William had become more than a strong feudal king; He had become a national ruler to whom all free subjects owed their supreme loyalty*” – “William se tornou mais que um forte senhor feudal; ele se tornou um dirigente nacional a quem todos os sujeitos livres deviam-lhe suprema lealdade” – LYON, *op. cit.*, p. 118.

⁴²⁹ Utilizado no Continente, dentre outros motivos, para combater a pulverização de direitos e jurisdições - cf. WIACKER, *op. cit.*, p. 115

acompanhada de uma unificação do direito. Como o feudalismo nunca teve grande força na Inglaterra e nunca ameaçou a unidade do território, não se verificou a causa política experimentada no Continente que recomendava a instituição do direito privativamente pelo soberano.

Porém, o fato histórico que mais caracterizou a Inglaterra e tornou-a imune, por assim dizer, às contingências políticas e sociais que se seguiram nos séculos foi a edição da Magna Carta em 1215, por concessão do rei John. A Magna Carta consiste em um documento escrito contendo regras por meio das quais o rei deveria governar. Originariamente foi pensada como um acordo entre o rei e os senhores feudais, numa tentativa destes últimos em garantir seus privilégios e conter a expansão do poder central. Não por outra razão, depois de editada e observada pelo rei, a Magna Carta perdeu a importância política na época e passou a ser pouco estudada, sendo que no período posterior da dinastia Tudor (1485-1603) foi mesmo esquecida.⁴³⁰ Não obstante, os futuros intérpretes da Magna Carta enalteceram suas qualidades libertárias. De acordo com a interpretação conferida por Edward Coke no século XVII, a Magna Carta salvou a Inglaterra do jugo dos tiranos, consagrou direitos civis básicos e germinou o governo constitucional inglês. Para Coke, portanto, a Magna Carta basicamente pôs o rei sob a lei e fundou o parlamento, ao mesmo tempo em que garantiu a todos os cidadãos o julgamento pelo devido processo legal. Ocorre que essa interpretação distorce o que efetivamente pretendeu-se com a Magna Carta, e faz dela um documento totalmente diferente daquele editado em 1215. A Magna Carta resultou de desentendimentos entre rei John, o papa e os barões acerca das prerrogativas do soberano. Visava a garantir os próprios direitos dos nobres, em vez dos direitos do povo inglês. É por isso que no século XX iniciou um movimento para refazer a interpretação conferida ao documento, tendo agora os barões como egoístas e com interesses limitados a preservar seus privilégios, sem seres os paladinos libertários e menos ainda os fundadores do parlamento e defensores dos *englishmen*.⁴³¹

Ao largo dessa discussão a respeito do real sentido da Magna Carta, aqui não interessa o que a Magna Carta quis dizer, mas o que efetivamente, no período chave de afirmação das tradições do *common law* e da tradição romano-canônica (século XVIII), se entendeu que ela disse. Ora, no século XVII, o grande jurista Edward Coke (1552-1634) enalteceu os valores libertários da Magna Carta. William Blackstone (1723-1780) considerou-a o principal marco das liberdades inglesas. O conde William Pitt (1708-1778) teve-a como “a

⁴³⁰ LYON, *op. cit.*, p. 310.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 311.

Bíblia da constituição”. Era tida, enfim, como o primeiro grande ato público da nação após ter reconhecido sua própria identidade.⁴³²

Se o Continente lutava contra o absolutismo e pretendia editar um direito novo, desvinculado dos interesses da nobreza, um direito racional que proporcionasse segurança jurídica aos particulares, a Inglaterra tomava caminho inverso, para, em pleno séculos XVII/XVIII, glorificar o passado e buscar não a aplicação de um direito novo, mas de um direito velho, estabelecido no século XIII e que deveria voltar a ser observado pelo rei. A Magna Carta, portanto, serviu de âncora para que os olhos dos juristas voltassem ao terreno conhecido do passado, em vez de se aventurarem nas incertezas do futuro. O direito do passado não era então visto com desprezo, não era tido como um dos pilares dos privilégios dos nobres; antes, o direito do passado era visto como uma proteção da sociedade civil, era visto como garantia, o que ajudou a atenuar, no território inglês, os efeitos da revolução social praticada no Continente.

A respeito do conteúdo material do direito inglês desde a invasão normanda, tem-se que a produção legislativa sob o domínio dos reis normandos foi muito baixa, o que é explicado pela proximidade do rei com as cortes, levando-o a passar orientações verbais ou por carta, sem necessidade de leis escritas.⁴³³ Desses contatos resultaram instituições e modos de proceder que consolidaram o sistema legal inglês.⁴³⁴ Já a separação entre jurídico e a moral da Igreja foi determinada pelo próprio Guilherme o Conquistador por meio da mais significativa lei por ele editada, segundo a qual todo eclesiástico deveria manter-se alheio às cortes seculares.⁴³⁵ Isso quer dizer que a influência da Igreja sobre os destinos políticos e jurídicos foi menor na Inglaterra que no Continente, e que na Inglaterra o desenvolvimento do direito sempre competiu às cortes. Ora, instituída há tempo a separação do mundo espiritual do mundo secular, esse anseio não fazia parte do indivíduo burguês identificado com as ideias iluministas. Nem sequer poderia querer um novo direito, pois o direito vigente era aquele decorrente do costume e do que estabeleciam as cortes, compostas, ademais, por magistrados

⁴³² LYON, *op. cit.*, p. 311. A Magna Carta coincidiu com um período de consolidação do povo inglês. Até o final do século XII todos os grandes senhores normandos passavam mais tempo no Continente, sua terra natal, do que na Inglaterra. Com algumas alterações políticas relativas ao sistema feudal inglês, esses nobres tiveram de optar pelo controle das terras inglesas ou de suas terras normandas. A Inglaterra, agora, passava a ser o lar dos grandes senhores, o que colaborou para moldar a identidade do povo, que assumiu de vez a qualidade de *Englishmen*.

⁴³³ A Magna Carta, aliás, é considerada como o primeiro *statute* – cf. LYON, p. 432.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 187-188.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 186.

admirados pelo povo. Portanto, a causa social definitivamente não teve a força verificada no Continente a ponto de insuflar uma revolução do pensamento.

Talvez não por outra razão a revolução liberal inglesa, a Revolução Gloriosa de 1688, foi muito menos violenta que a revolução liberal da França, a Revolução Francesa de 1789. É conhecida, aliás, como a “revolução sem sangue”, e teve como estopim mais questões religiosas do que praticamente relacionadas com a falta de legitimidade do poder. Tanto é assim que o poder real não foi deposto, como se deu no Continente, mas apenas passou de mãos, do rei James para sua filha Mary.

Quanto às questões filosóficas, o empirismo partia de pressupostos semelhantes ao racionalismo, podendo ser considerado como a versão inglesa do racionalismo do Continente. De fato, Francis Bacon, típico empirista, foi um teórico que inspirou o desenvolvimento do racionalismo continental e justificou as implicações do direito cristalizado em códigos. Ainda, os traços essenciais da obra de Hobbes levam à conclusão jusracionalista dedutiva do Continente de que o direito consistiria em leis evidentes do ponto de vista matemático.⁴³⁶ Porém, os filósofos ingleses, em especial Hobbes, Locke e Bentham, desenvolvedores do empirismo, seguiram uma linha de pensamento mais pragmática que aquela correspondente no Continente (racionalismo). Em vez de deduzir conceitos a partir de princípios inatos, como o faz o racionalismo, os empiristas voltam-se para o exterior, tratando o homem como objeto de ciência. São filósofos mais circunspectos, que observaram o homem tal como ele é, em vez de imergirem no mundo abstrato do dever-ser, e por isso não tenderam para um sistema de regras deduzidas dos princípios da razão e supostamente imutáveis.⁴³⁷ Para esse filósofos, o direito não seria um farol a impor respeito a uma ordem moral, mas uma forma de regulação do modo de cada indivíduo buscar a satisfação de suas necessidades e prazeres. Ou seja, a razão, para os empiristas, é muito mais um instrumento da vontade do homem para alcançar seu prazer do que uma fonte que ditaria regras de conduta.⁴³⁸

⁴³⁶ WIEACKER, *op. cit.*, p. 286, nota 22. Da mesma forma, Francis Bacon (1561-1626), confira-se: “O direito, para Bacon, consiste nas leis, esses fatos positivos. A formação das leis é da alçada do homem de Estado, não do filósofo. O chanceler Francis Bacon preocupa-se com a sua boa redação, com sua certeza, com sua clareza, com sua ordenação sistemática na forma de um novo Código” - Villey, p. 596. Já para Hobbes, “o costume, que tão abundantemente os juristas da *Common law* evocam como argumento, deve ser riscado de nossa lista [de fontes do direito], a menos que ele seja confirmado pela lei; os precedentes de jurisprudência, se forem errôneos, de nada valem para o julgamento de um outro caso; a doutrina dos jurisconsultos (...) tem força nula contra a lei.” - VILLEY, *op. cit.*, p. 749.

⁴³⁷ VILLEY, *op. cit.*, p. 675.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 676.

É no confronto do racionalismo com o empirismo que se percebe a proposta revolucionária do primeiro. Na Inglaterra, se comparada ao Continente absolutista, a face política da ideia jusnaturalista de liberdade impôs-se mais cedo e mais profundamente à sensibilidade pública. Foram ideias inglesas que primeiro forjaram o liberalismo (não a democracia) europeu, tanto que serviram de inspiração posterior a Montesquieu.⁴³⁹ E foi justamente por sua primazia que o direito natural inglês ficou vinculado à tradição, e foi precisamente pela influência desse antigo direito natural inglês, concebido como direito de resistência, que não se formou na Inglaterra aquela imagem continental mecanicista do Estado absoluto e da Revolução Francesa, e só esta imagem de Estado poderia desencadear, como no Continente, “o grande ímpeto revolucionário da ideologia autônoma da razão”.⁴⁴⁰ Assim conclui WIEACKER:

“(…) a influência teórica do jusracionalismo sobre a jurisprudência permaneceu diminuta dada a enraizada negação do espírito do direito inglês em relação ao sistema e aos conceitos gerais. O combate de Jeremy Bentham (1748-1832) contra a casuística histórica e tradicional do invisível common law e a favor de uma codificação racional ajudou, é certo, a promover a codificação continental; na sua terra, porém, não encontrou qualquer eco significativo. Pelo contrário, a equity, na jurisprudência, originariamente eclesiástica, dos tribunais reais (Chancery, Kings Bench), tinha desde há muito dado uma realização mais plena às exigências éticas do direito natural medieval do que a do direito comum do continente europeu. A força moralizadora e conservadora do primeiro direito natural dominou mais fortemente a tradição inglesa do que o racionalismo secularizado do jusracionalismo”.⁴⁴¹

Nesse contexto, percebe-se o motivo pelo qual não teve o racionalismo na Inglaterra a força modificadora da qual foi dotado no Continente. Na Inglaterra a nova teoria filosófica não ganhou o apoio político e nem social que obteve no Continente, e apenas como teoria não estaria apta a modificar nada. Isso quer dizer que a ligação entre iluminismo e racionalismo só teve consequências jurídico-políticas na Europa central. Na Inglaterra, a verdadeira pátria do iluminismo, não teve ele qualquer impacto sobre a organização tradicional do direito.⁴⁴² Os ingleses não acolheram a proposta inovadora do cartesianismo, preferindo a conhecida experiência em detrimento das ideias inatas.⁴⁴³ A própria sistematização de Blackstone é mais um estilo da época do que uma influência objetiva dos sistemas continentais.⁴⁴⁴ Ainda que Bentham e Austin tenham seguido Hobbes, seu

⁴³⁹ WIEACKER, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁴⁰ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 313-314.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 314.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 354.

⁴⁴³ VILLEY, *op. cit.*, p. 608.

⁴⁴⁴ WIEACKER, *op. cit.*, p. 314, nota 108.

positivismo não obteve o apoio da grande massa dos juristas de seu país, os quais preferiram Coke, conservando sua *common law*, o direito extraído do caso, a autoridade dos precedentes e mesmo uma certa independência do juiz em relação à lei.⁴⁴⁵ Em suma, as ideologias do humanismo jurídico e do racionalismo moderno não afetaram em nada o método dos juristas ingleses, homens sábios e prudentes que foram progressivamente fazendo o direito. O racionalismo moderno não fez desaparecer o antigo método casuístico, e na Inglaterra a lei da razão foi recebida tão frouxamente que deixava para os aplicadores do direito um vasto campo onde pudessem exercer sua iniciativa, sob a aparência de interpretação. Mantiveram os magistrados, então, o poder de criar o direito, o sistema de *judge made law*,⁴⁴⁶ e foram os verdadeiros arquitetos do direito inglês.⁴⁴⁷

Uma vez explicados os motivos pelos quais a Inglaterra não foi afetada pela ideologia racionalista de abandono do passado e formação de um direito novo, resta saber como ficou o método de aplicação do direito inglês, ou seja, como que se estruturou o sistema de *case law* a partir do advento da modernidade. É certo que o jurista inglês sempre teve inclinação para a prática e que a jurisprudência sempre refutou os ideais do jusracionalismo, o que não quer dizer, contudo, que o direito na Inglaterra desenvolveu-se sem ordenação de teorias jurídicas, que é o que se pretende apresentar no próximo capítulo.

1.2.2.2. O exercício da soberania jurídica pelas cortes

Embora tenha se atribuído às cortes o papel histórico de construção do *common law*, o poder judiciário na Inglaterra não é o poder soberano. Assim como no Continente, na Inglaterra é o parlamento quem detém a soberania do poder.⁴⁴⁸ Sem dúvida, ao lado do parlamento também os magistrados das cortes superiores apresentam-se como principal fonte

⁴⁴⁵ VILLEY, *op. cit.*, p. 753.

⁴⁴⁶ VILLEY, *op. cit.*, pp. 746-747.

⁴⁴⁷ CROSS, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴⁸ A soberania do parlamento inglês é um princípio que ressaí da própria *Bill of Rights* de 1688. “*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament. (...) whilst Acts of Parliament may override and constantly do override the law of the judges. Judicial legislation is, in short, subordinate legislation, carried on with the assent and subject to the supervision of Parliament*” – DICEY, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10 ed. Londres: MacMillan, 1961, pp. 39-41.

de direito,⁴⁴⁹ porém nunca um precedente pode contrariar expressamente um *statute* (a não ser no caso de o *statute* ter sido indevidamente editado), sendo que um *statute* pode contrariar o estabelecido por um precedente judicial, o que é entendido como mudança legislativa do direito.⁴⁵⁰ Não obstante todas essas nuances de competência, a construção do direito em um sistema de *case law* sempre foi atribuída às cortes.⁴⁵¹

O parlamento inglês, tradicionalmente, teve pouca atuação no que concerne à construção do direito. Os *statutes* por muito tempo se limitaram a questões pontuais de direito, principalmente no que toca a questões políticas, e tão-logo editados eram os precedentes judiciais que lhe confirmavam a força e definiam o âmbito de aplicação.⁴⁵² Mas os fatos inequívocos de, por um lado, representar o parlamento o poder soberano na Inglaterra e, por outro lado, ter o poder judiciário assumido a tarefa de construção gradual do *common law*, o qual por sua vez tem sua matriz nos costumes imemoriais do reino, traz à tona a questão de qual a natureza da atividade do poder judiciário: se uma decisão judicial simplesmente declara o direito, ou se vai além e constitui direito, inovando na ordem jurídica. Esse debate foi pautado pela contraposição entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição.

A teoria declaratória da jurisdição, encabeçada por Coke e Blackstone, dividia o direito em (i) não escrito (ou o *common law*), constituído pela *lex non scripta*, e (ii) o direito escrito, representado pelos *statutes*. O *common law* seria, assim, constituído pelos costumes, tanto os gerais do reino quanto os particulares de determinada região, complementados pelo conjunto de decisões judiciais. Como consequência desses pressupostos, o magistrado, ao proferir decisão, não estaria criando direito, mas apenas declarando aquele direito constituído pelos costumes, passível de ser alterado apenas por ato do parlamento. Mesmo quando uma decisão judicial fundamentasse-se em uma decisão precedente o pressuposto da teoria declaratória não era refutado, porque os precedentes se destinariam a expor, a publicizar, a desenvolver o direito, e decisões iguais sobre uma mesma questão integram o *common law*. As cortes, para a teoria declaratória, simplesmente representam a demonstração, a

⁴⁴⁹ CROSS, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁵¹ Mesmo atualmente acontece de o congresso editar diplomas legislativos contendo conceitos jurídicos indeterminados, o que não significa incúria dos legisladores, mas uma opção deliberada de deixar parte dos problemas para ser solucionada pelo poder judiciário, no tradicional processo de criação do *common law*, o que decorre também da noção de que nem todas as situações fáticas da vida podem ser previamente imaginadas e decididas pelo legislador – cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer : a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, 2009.p. 150-151.

⁴⁵² CROSS, *op. cit.*, p. 1.

exteriorização, do que seja o *common law*, e um juiz que decide com base em precedente está fazendo nada mais que aplicado o direito anteriormente evidenciado nesse precedente.⁴⁵³ O precedente seria apenas a expressão de um padrão moral de conduta, de uma conveniência pública, de uma conformidade com usos e costumes. Enfim, o precedente para a teoria declaratória vale pelas suas *boas razões*, o que inaugura a visão fraca do precedente.⁴⁵⁴ Veja que mesmo para a teoria declaratória os precedentes deveriam ser observados, mas somente com força persuasiva, já que era autorizada sua superação quando absurdos ou injustos, caso em que o magistrado do novo caso deveria decidir de maneira diversa, e isso porque aquele precedente, em vez de ser simplesmente um direito ruim, na verdade não seria nem sequer direito a ser observado.⁴⁵⁵

Por seu turno, a teoria constitutiva da jurisdição, defendida principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Austin (1790-1859), aponta que a teoria declaratória não passava de uma ficção infantil, que a ideia de que o *common law* não seria construído pelos magistrados, mas decorrente de algo milagroso elaborado por ninguém, consistia em uma noção ingênua da realidade. A teoria constitutiva, fruto do positivismo, defende que o *common law* é elaborado pelos magistrados, detentores de *law-making authority*, sendo fruto de uma vontade identificável. Nas decisões o direito é, assim, *criado*, não apenas *descoberto*.⁴⁵⁶ Evidente que se a decisão judicial constitui direito, cria ela um precedente cuja observação por uma corte subsequente em caso semelhante é obrigatória, sob pena de representar essa segunda decisão judicial uma decisão contrária ao direito. Essa teoria fundamenta a visão forte dos precedentes.⁴⁵⁷

Cotejando-se ambas as teorias, tem-se que a teoria declaratória da jurisdição é adequada em uma nação cujo corpo de juristas ainda é incipiente e ainda não responde adequadamente às exigências sociais de forma a se legitimar na sociedade. E isso porque a teoria declaratória permite que o magistrado do caso posterior não aplique a mesma solução dada a caso anterior e idêntico, simplesmente porque fortemente desaprova a solução dada. Esse fenômeno aconteceu muito na Inglaterra do início do século XIX, em que os juízes frequentemente negavam-se a seguir precedentes porque esses precedentes eram absurdos,

⁴⁵³ MARINONI, *Precedentes...*, pp. 24-25.

⁴⁵⁴ Cf. GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 47-64.

⁴⁵⁵ MARINONI, *Precedentes...*, p. 29, nota 19.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁴⁵⁷ Cf. GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 64—68.

discordantes com os princípios legais e mesmo porque não eram convincentes.⁴⁵⁸ Já a teoria constitutiva passa a ser aceita e justificada quando o corpo de juristas assume alto grau de desenvolvimento, com aguçada capacidade de resolver, com base na técnica jurídica, os conflitos sociais da melhor forma possível, conquistando assim grande legitimidade, que é justamente o que se verificou na Inglaterra a partir do final do século XIX, quando os juízes avançaram na profissionalização de seu ofício e o precedente, em consequência, passou a ter eficácia efetivamente vinculante e valer pela *autoridade* da corte que o prolatou.

Atualmente, então, predomina a teoria constitutiva da jurisdição, a ideia de que o magistrado cria direito na decisão judicial,⁴⁵⁹ e que essa decisão, se emanada da corte superior, servirá de precedente com eficácia vinculante, seja para os particulares, para a administração ou para os demais juízes.⁴⁶⁰ Três bons argumentos sustentaram durante muito tempo a vigência da teoria declaratória: (i) a doutrina da separação dos poderes; (ii) o sistema de *judge-made law* necessariamente implicaria a um inadequado efeito retroativo do direito; e (iii) quando confrontados com uma nova controvérsia, os juízes ingleses geralmente argumentavam como se estivessem decidindo com base nos ditames do *common law*. Esses argumentos foram afastados pela prática jurídica, que evidenciou, em resposta, que (1) não é razoável aceitar de forma rígida a doutrina da separação dos poderes; (2) a aplicação do direito de forma retroativa só é perniciosa quando implica a responsabilização por uma conduta que, se se tivesse conhecimento dos termos da lei subsequente, não seria tomada ou seria tomada de forma diversa da que foi, além do fato de que o dano social de se manter uma regra insatisfatória é pior do que o dano individual sofrido por aquele que teve aplicado

⁴⁵⁸ CROSS, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 26. Predomina a concepção de que as cortes criam direito, ainda que seja recorrente na Inglaterra, pelas próprias cortes, a negação dessa atribuição, as quais muitas vezes insistem em que “a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a *intenção do legislador* e o direito já existente” – HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 149. No entanto, tanto as cortes criam direito que é pressuposto da teoria cética sobre as regras que os *statutes* não são direito antes de aplicados pelos tribunais, mas apenas fontes de direito – HART, *op. cit.*, p. 150. Alexis de Tocqueville, a propósito, assim descreve a impressão que um imaginário estrangeiro teria sobre o poder judiciário norte-americano no que toca à intervenção na política: “Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias” – TOCQUEVILLE, Aléxis de. *Da Democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, p. 82. Enfim, Gerhardt indica que precedentes constituem a fonte mais citada na jurisdição constitucional norte-americana, estabelecendo-se assim como a principal forma de argumentação constituição – GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 65.

⁴⁶⁰ E isso mesmo nos Estados Unidos. A Suprema Corte norte-americana, aliás, nunca aderiu à visão fraca dos precedentes: “There are several problems with the weak view of precedent advanced in recent scholarship. First, the Court has never actually embraced a weak view of precedent” – GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 55. Ainda, sobre a proposta do autor de uma teoria intermediária entre a visão fraca e a visão forte dos precedentes, cf., da mesma obra, pp. 79-110.

direito desfavorável de forma retroativa – a aplicação retroativa das decisões judiciais é uma mal necessário; e (3) as cortes sempre devem considerar material jurídico bem superior ao direito cristalizado na lei e nas decisões judiciais anteriores.⁴⁶¹

A Inglaterra, portanto, utiliza um sistema de *case law*, no qual se reconhece poder de criação de direito ao poder judiciário e impõe que casos iguais sejam decididos de forma igual. O direito no sistema de *case law* é constituído em sua grande parte pelas normas jurídicas decorrentes das decisões proferidas pelos magistrados. É certo que o poder judiciário possui limitações nessa tarefa que se lhe atribui de criar direito. O poder judiciário não tem poderes equivalentes ao poder legislativo. O parlamento sempre foi e continua sendo o poder soberano também na Inglaterra. O poder de inovação dos magistrados, assim, é limitado pelo que eles não podem considerar, bem como por aquilo que eles precisam considerar.⁴⁶²

1.2.2.3. A autoridade do precedente

Ao contrário dos sistemas jurídicos da tradição romano-canônica, no *common law* as decisões dos magistrados não são apenas um material que pode ser utilizado na fundamentação de uma decisão futura. As decisões judiciais no sistema de *case law* não têm o caráter de simples jurisprudência, assim entendido o apanhado de decisões judiciais no mesmo sentido que deve ser observado ao menos com força persuasiva no Continente. Na Inglaterra, a decisão anterior constituiu precedente e *deve* ser observada no caso subsequente (chamado de *instant case*). Isso quer dizer que um sistema fundado no *case law* impõe que casos idênticos sejam julgados da mesma forma, pois do contrário a decisão seria *contra legem* (salvo a hipótese de a nova decisão deliberadamente divergir da anterior, para, assim, constituir novo direito, em sentido contrário). Casos idênticos serem julgados de forma diferente é uma negação do sistema de *case law* e, por outro lado, a máxima *like cases should be treated alike* é um princípio básico da administração da justiça inglesa.⁴⁶³

Quando se faz referência a “julgamento anterior”, a “precedente”, a “caso anterior”, o que se está querendo dizer é que deve ser observada a *ratio decidendi* da decisão

⁴⁶¹ CROSS, *op. cit.*, pp. 30-33.

⁴⁶² CROSS, *op. cit.*, p. 34. As cortes são limitadas pelo que se chama de *path dependency*, conceito a ser trabalhado oportunamente nesta pesquisa.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 3.

judicial. A decisão judicial, conforme a teoria do precedente, é composta tanto pela *ratio decidendi* (razões de decidir), que é o que efetivamente foi decidido e valorado pela corte para se chegar à conclusão do caso, quanto pelo *obiter dictum* (em uma tradução literal, “dito para morrer”), assim entendidas aquelas partes da decisão judicial que, apesar de estarem explicitadas, poderiam muito bem não estarem ali, por não serem questões intrínsecas à controvérsia. O precedente, então, é formado unicamente pela *ratio decidendi*, que representa o que efetivamente foi decidido. Os *obiter dicta* servem apenas como “preenchimento” da decisão, como opiniões da corte, indiferentes à resolução da controvérsia e que, portanto, não fazem parte do precedente. Os precedentes, ademais, devem ser lidos à luz dos fatos da controvérsia, embora seja certo que a *ratio decidendi* alcance apenas a questão jurídica debatida – não há precedente sobre fato. Isso não acarreta uma divisão insuperável entre fato e direito, mas à imposição de que somente as questões jurídicas devam constituir precedente e assim orientar condutas, uma vez que os fatos são por demais variáveis e dificilmente uma causa será exatamente idêntica a outra. Mesmo assim, os fatos da causa são importantes à definição da *ratio decidendi*, e isso tem relevância na conformação da interpretação jurídica no *common law*, em que se procede principalmente à argumentação por analogia, procedendo *similibus ad similia*.⁴⁶⁴

É justamente esse método de abordagem das questões jurídicas que caracteriza o *common law*. As controvérsias levadas ao poder judiciário são resolvidas mediante a aplicação de direito extraído de um procedimento caso a caso. As razões determinantes de um caso anterior constituem precedente e, em consequência, integram o ordenamento jurídico como direito positivo. Daí a recorrente classificação do método do *common law* como um método indutivo, porque o direito é constituído pela corte com base nos fatos que se lhe apresentam. Embora se possa argumentar que o direito não nasce da decisão da corte porque, na verdade, sempre esteve presente no costume, essa afirmação parece ser mais retórica do que efetivamente correspondente à realidade, já que dificilmente toda e qualquer situação fática contará com regulação no costume. Ainda mais quando a definição de costume remonta àquilo que era praticado no século XIII – o chamado *costume imemorial do reino*.⁴⁶⁵ Em uma

⁴⁶⁴ Cf. item 1.2.3.2, *infra*.

⁴⁶⁵ Como que réplica a uma afirmação de Lord Esher (da *House of Lords*) em 1892, adepto da teoria declaratória, CROSS afirma que “*the application of existing law to new circumstances can never be clearly distinguished from the creation of a new rule of law. Moreover, if there is no such thing as judge-made law, it is impossible to account for the evolution of much legal doctrine*” - CROSS, *op. cit.*, p. 29. Ainda: “Não há dúvida de que os juízes, naturalmente, devem decidir um *casus omissus*, ou seja, na falta de provisão legal. Tanto quanto nos precedentes judiciais, os tribunais podem e de fato fazer por expandir ou restringir a aplicação da política

sociedade em que tudo muda constantemente e nem o poder legislativo consegue responder prontamente às novas necessidades de regulamentação social, é inegável o papel das cortes na definição do direito para o futuro e, assim, seu papel no enriquecimento do sistema jurídico. Tanto é assim que o direito derivado da jurisdição de *equity*, na qual o Chanceler decidia com base na equidade, sem ter em conta as regras do *common law*, continua a ser observado mesmo sem ser, inequivocamente, expressão do costume, mas expressão da vontade da corte.⁴⁶⁶

Ora, se o direito no *common law* nem sempre é pré-existente, a corte muitas vezes se verá na contingência de resolver um caso cujas particularidades fáticas não são contempladas por uma solução jurídica prévia. Daí se segue que a partir do substrato fático do caso a corte cria direito, o que é denominado justamente de método indutivo.⁴⁶⁷ Do outro lado estaria o método dedutivo que caracteriza a aplicação do direito no Continente, onde o direito, na concepção tradicional, estaria esgotado nas leis, dos conceitos jurídicos em abstrato, dos quais seria deduzida a solução jurídica do caso. A diferença prática é esta: ao passo que o método dedutivo segue o raciocínio “todo A deve-ser B; ora, X é um A, logo este X deve-ser B”, o método indutivo segue a outra via, com o raciocínio “este A deve-ser B, logo todo A deve-ser B”.⁴⁶⁸ Por meio do método dedutivo, é evidente que a corte não tem sequer um papel de enriquecimento do direito. Sua função limita-se a extrair a solução de um sistema pretensamente completo e infalível.

Se a aplicação dedutiva do direito satisfaz-se com a ilusão de um sistema legislado completo, que contempla todas as situações fáticas possíveis, a aplicação indutiva, para gerar frutos racionais, recomenda o respeito às decisões judiciais anteriores, em cujo processo decisório magistrados experientes e prudentes discutiram as questões fáticas e delas extraíram direito com pretensão de aplicação também futura. O respeito às decisões judiciais anteriores, à *ratio decidendi* estabelecida pela corte, é garantido pelo instituto do *stare decisis*, expressão reduzida de *stare decisis et non quieta movere*.⁴⁶⁹

legislativa” - RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, nº 122, mai/jul de 1994, p. 285.

⁴⁶⁶ CROSS, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁶⁷ Estabelecida uma proposição normativa em um precedente, ela deverá ser aplicada a um caso idêntico futuro, de modo que o método dedutivo também é aplicado no *common law*.

⁴⁶⁸ VILANOVA, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁶⁹ Algo como “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que já foi decidido”.

Ao lado do *stare decisis*, também o caráter *adversarial* do processo civil inglês é fator que define o sistema de *case law*. O processo *adversarial* tem por característica fundamentar-se em um procedimento permeado pelos princípios da oralidade, concentração e imediação, cujo poder de controle é em grande parte atribuído às partes, limitando-se o magistrado a interferir pontualmente. À base do processo *adversarial* está a convicção de que para garantir a melhor eficiência da administração da justiça é suficiente confiar no esforço das partes, motivadas pelos próprios interesses em discussão, deixando ao juiz um papel reduzido. Esse pressuposto inclusive terá relevância na apuração da *ratio decidendi*: só é *ratio* aquilo que efetivamente foi objeto de decisão pela corte e, em consequência, aquilo que foi objeto de discussão pelas partes. Sem fundamentos jurídicos discutidos pelas partes e decididos pela corte, não há precedente.⁴⁷⁰

Como desdobramento do processo *adversarial* da tradição do *common law*, o procedimento divide-se em duas fases: *pre trial* e *trial*. O *pre trial* é destinado ao debate entre as partes, à definição da controvérsia e à preparação do material probatório. Nessa fase a intervenção do magistrado é bem restrita, basicamente limitando-se à concessão de provimentos cautelares. Nessa fase os advogados encontram o terreno propício para exercer suas habilidades de condução da causa, tanto que a grande maioria dos casos é solucionada sem chegar ao *trial*, ou seja, sem a participação efetiva do poder judiciário, mas apenas por acordo entre as partes – menos de 2% das causas chegam ao *trial*.⁴⁷¹ Por sua vez, o *trial* é a etapa do julgamento, em que a corte efetivamente tem atuação sobre a resolução da controvérsia. Procede-se nessa fase à produção das provas em audiência e ao julgamento do caso.

A bipartição do procedimento e o processo *adversarial* têm importantes implicações no sistema de *case law* e no sistema de precedentes. A bipartição do procedimento favorece o esclarecimento das questões fáticas. Os fatos constituem atributo essencial para o processo de aplicação de precedentes, daí a necessidade de que a controvérsia seja claramente identificada. Ademais, uma vez definida a reconstrução em juízo dos fatos, seja por meio do pronunciamento do júri, seja por meio da decisão do magistrado de primeiro grau, a questão é praticamente irreversível nas instâncias superiores. As cortes subsequentes se limitam a discutir a qualificação jurídica dos fatos, mas não sua reconstrução no processo.

⁴⁷⁰ Pelo menos no que toca ao direito infraconstitucional, pois quanto ao direito constitucional, à atividade de declarar a inconstitucionalidade das normas no controle concentrado, tende-se a reconhecer que há causa de pedir aberta – cf. item 2.1.3, *infra*.

⁴⁷¹ VARANO, *op. cit.*, pp. 312-313.

A verdade dos fatos estabelecida no primeiro julgamento, portanto, definirá a evolução do processo até o eventual julgamento da corte suprema. Sem ter de se ocupar com uma reavaliação dos fatos, o trabalho a partir da corte subsequente fica otimizado, podendo os magistrados se centrarem na definição da tese jurídica que posteriormente formará o precedente. Somado a isso, o fato de ser, graças às implicações do processo *adversarial*, a maior parte das controvérsias resolvidas sem a intervenção direta do poder judiciário, bem assim o fato de ser necessária uma autorização do magistrado para que a parte interponha recurso de apelação, também otimizam o trabalho das cortes com questões jurídicas inéditas e relevantes que necessitam de definição. Questões jurídicas relevantes porque as que não têm relevância não obtêm autorização do magistrado para que se interponha recurso. Questões jurídicas inéditas porque, dada a vinculatividade aos precedentes, a fase do *pre trial* serve para que uma das partes demonstre que sua pretensão tem apoio em precedente, indicando a inocuidade do prosseguimento em *trial* e favorecendo a celebração de acordos, de modo que alcançam a fase do *trial*, geralmente, as questões ainda não albergadas por precedente e que efetivamente mantenham controvérsia insolúvel entre os litigantes por meio de acordo.

1.2.3. A interpretação jurídica nas tradições

A interpretação jurídica tem por finalidade extrair do texto uma norma jurídica, por meio de uma atividade de atribuição de sentido. Todos os dispositivos legais precisam de interpretação, assim como os precedentes ou outra forma de exteriorização da vontade.⁴⁷² A linguagem funciona em várias direções. Às vezes é utilizada com fim cognoscitivo, às vezes transmite ordens, às vezes veicula indagações, às vezes expressa uma situação emocional que o trato com os objetos provoca no sujeito cognoscente, às vezes descreve objetos, às vezes

⁴⁷² Conforme afirma Hart, "(...) a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas da comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de fato particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação". Hart prossegue, "Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão" – HART, *op. cit.*, p. 139 e 140-141.

prescreve situações objetivas.⁴⁷³ Como quer que seja, a linguagem é sempre um instrumento de exteriorização, e os limites inerentes à natureza da linguagem, no que toca à orientação que a linguagem geral pode oferecer, aliados ao fato de que o processo de apreensão de sentido pelo intérprete condiciona-se a elementos de sua pré-compreensão, possibilita que interpretações de um mesmo texto resultem em normas diversas.

Mesmo os dispositivos mais simples necessitam de interpretação. Costuma-se repetir na prática forense o brocardo medieval do *ius commune* segundo o qual *in claris non fit interpretatio*. Ocorre que “interpretação” para os juristas do *ius commune* tem significado diverso do atual. No *ius commune*, *interpretatio* designava o produto da atividade dos jurisconsultos, dos doutores e das decisões dos tribunais, que tinham autoridade de direito objetivo em todas as matérias não diretamente disciplinadas por *lex*, sendo que por *lex* então se entendia o corpo do direito justiniano. Ou seja, *in claris non fit interpretatio* era um princípio de hierarquia das fontes, que excluía a fonte *interpretatio* quando a situação era regulada pela *lex*.⁴⁷⁴ Na modernidade, foi retirada da *interpretatio* a qualidade de fonte de direito, e “interpretação” assumiu o significado de atribuir sentido aos textos legislativos.⁴⁷⁵

Na atividade interpretativa, o dispositivo legislativo é o objeto, e a norma é o resultado da interpretação.⁴⁷⁶ A interpretação pode resultar em diversos sentidos possíveis, de modo que pode ser entendida como o modo de evidenciar os diversos significados (interpretação cognitiva), ou como o modo de escolher um determinado significado (interpretação decisória). Se a interpretação cognitiva evidencia a indeterminação do

⁴⁷³ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas...*, pp. 3-4.

⁴⁷⁴ Cf. Gino Gorla, *I Precedenti Storici dell'Articolo 12 delle Disposizioni Preliminari Del Codici Civile Del 1942*. In *Foro Italiano*, 1969, V, pp. 112 e ss. *Apud* TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 34.

⁴⁷⁵ TARELLO, *L'Interpretazione...*, p. 34. “‘Lex’ e ‘interpretatio’ não podem ser traduzidas sem a devida cautela por ‘lei’ e ‘interpretação’; de fato não se tratava de duas entidades postas em planos diversos em cuja a segunda constituía uma entidade instrumental com relação à primeira, como a interpretação da lei (em uma concessão mais recente) a respeito à lei; se trata, na concessão então corrente no início do século XVIII, de dois complexos de materiais jurídicos autoritativos, independentes um do outro, aos quais se devia recorrer para resolver e decidir casos jurídicos” – TARELLO, *Storia della Cultura...*, p. 67.

⁴⁷⁶ Dito de outro modo, o dispositivo é a fonte da norma por meio da interpretação. Dispositivo e norma, contudo, não são coisas ontologicamente diversas: a norma é o dispositivo interpretado, reformulado. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 7 e 64-65. TARELLO, *L'Interpretazione*, pp. 9-10. Fatos também estão sujeitos à interpretação, mas uma interpretação diversa da interpretação de textos normativos, porque os fatos em si não têm significado. Interpretar um fato significa atribuir uma explicação causal a um determinado evento, ou mesmo identificar o escopo ou a intenção do agente que o praticou – GUASTINI, *op. cit.*, p. 9. Coisa diversa, ainda, é a interpretação do costume. O costume também produz direito, mas não um direito escrito ao qual se deve atribuir sentido. É certo que muitas vezes o costume é *reunido* em um documento textual, mas esse documento apenas *registra* o direito costumeiro, e não o produz. A interpretação do costume consiste em reconstruir a norma atribuindo sentido a uma prática social – GUASTINI, *op. cit.*, pp. 10-11.

ordenamento e a equivocidade dos textos normativos, a interpretação decisória as resolve.⁴⁷⁷ No Estado Constitucional, em que se exige a justificação das decisões judiciais, a argumentação deve seguir à interpretação (decisória), funcionando como uma reunião das razões tendentes a sustentar a interpretação já realizada. A argumentação jurídica não integra a interpretação jurídica, mas é parte integrante do discurso interpretativo.⁴⁷⁸ Daí se segue que por interpretação deve-se entender uma atividade discursiva, não descritiva, mas adscritiva, cujo resultado, portanto, não pode ser qualificado como certo ou errado.⁴⁷⁹ O produto da interpretação pode e deve ser racional, devidamente justificado pelo intérprete.

Se o direito da tradição romano-canônica encontra-se fundamentalmente nas leis, nos diplomas normativos, o direito na tradição do *common law* situa-se principalmente nos precedentes judiciais. Embora em ambos os sistemas o direito seja expressado por meio de textos, a atribuição de sentido ao texto e a extração da norma encontram particularidades que impõem a apresentação em separado, com a abordagem das especificidades de cada sistema e a evolução histórica correspondente.

1.2.3.1. Em especial, a interpretação na tradição romano-canônica

A ciência do direito, tal como aprimorada sob as premissas jusracionalistas a partir do século XIX, resolveu o problema da atribuição de sentido ao texto instituindo quatro critérios de interpretação jurídica: literal, teleológico, histórico e sistemático. Savigny (1779-1861) expôs estes quatro critérios no início dos anos 1800, e desde então vêm pautando o debate da interpretação. Certamente os critérios expostos por Savigny, embora continuem com o mesmo nome, têm atualmente conteúdo diverso. As teorias devem ser analisadas e estudadas de acordo com a época em que foram elaboradas, bem como de acordo com os objetivos a que se propunham. À época de Savigny, como não havia na Alemanha a codificação jusracionalista e o direito era derivado em sua maior parte dos textos dos

⁴⁷⁷ GUASTINI, *op. cit.*, pp. 27-29. A interpretação decisória, ademais, pode, para além de simplesmente optar por um dos sentidos identificados, também atribuir um sentido novo ao texto, em uma atividade criativa.

⁴⁷⁸ GUASTINI, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁷⁹ GUASTINI, *op. cit.*, p. 37. Isso não quer dizer que a argumentação das partes não deva ser levada em consideração pelo magistrado. Na interpretação o magistrado deve valorar a argumentação das partes, analisar o ordenamento para somente após esse processo extrair e atribuir um sentido normativo ao texto. Não é lícito ao intérprete extrair do ordenamento aquilo o que ele quer.

jurisconsultos romanos, a interpretação literal preocupava-se antes em traduzir o texto do latim para o alemão, e assim atribuir-lhe sentido; a interpretação sistemática buscava, à falta de um código, dar ordem às várias disposições jurídicas sobre determinado instituto; e a interpretação histórica ocupava-se em apurar o sentido contemporâneo de norma editada há aproximadamente 15 séculos (*Corpus Juris Civilis*). Não obstante, os quatro critérios elaborados por Savigny, já com o influxo das novas necessidades que a ciência jurídica contemporânea lhes imprimiu, servem ainda hoje como ponto de partida para qualquer interpretação legal.

Dentre os quatro critérios de interpretação, os dois que tiveram maior relevância na polarização e individualização das teorias e concepções de direito dominantes ao longo destes dois últimos séculos foram os critérios da história e do sistema, com expressão por meio do historicismo e racionalismo. Em termos atuais, a interpretação histórica baseia-se ou no sentido originário do texto (versão linguística) ou na intenção originária do legislador (versão intencionalística),⁴⁸⁰ e a interpretação sistemática propõe a resolução do caso com base no sistema posto.

A interpretação e a metodologia jurídica sob o influxo do jusracionalismo podem ser apreendidas pela análise do que ficou conhecido como Jurisprudência dos Conceitos. Pretendia essa teoria a construção do direito a partir de um único ponto, de um princípio transcendental, e assim formar um sistema pautado pela racionalidade. Esse sistema seria baseado em um conceito supremo, do qual derivariam todos os demais e que poderia ser representado por uma pirâmide conceitual. Como consequência, não havia mais nexos orgânicos entre as proposições jurídicas, mas apenas um nexo lógico entre *conceitos*. Os conceitos, para essa teoria, são deduzidos de outros conceitos e reconduzidos a um princípio determinante, utilizando-se do método das ciências da natureza.⁴⁸¹ Tomava campo, assim, a genealogia dos conceitos, um sistema construído segundo as regras da lógica formal, determinando uma completa alienação da ciência jurídica da realidade e que a ciência jurídica fosse uma ciência teórica, em vez de uma ciência prática.⁴⁸² A interpretação e a atribuição de sentido, para essa teoria, deveriam ter em conta esse encadeamento formal de conceitos, e tinham como objeto apenas o direito, nunca os fatos.

⁴⁸⁰ GUASTINI, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁸¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.24.

⁴⁸² WIEACKER, *op. cit.*, p. 400.

Sob a influência do positivismo a interpretação jurídica experimentou novos impulsos que levaram à limitação do campo de investigação. De fato, sabe-se que o positivismo, nas suas primeiras elaborações, caracterizava-se por restringir a ciência aos fatos e às leis desses fatos, considerados empiricamente, e assim o fazia por negar a concepção de valores eternos e absolutos, uma vez que conceitos inatingíveis racionalmente e, portanto, não demonstráveis. Como a ciência do direito deveria se basear em fatos indubitáveis, esse positivismo pressupõe que cada fenômeno seja resultado de uma causa que lhe é anterior. Daí que o ponto em comum das três principais teorias jurídicas positivistas – Teoria Psicológica, Teoria Sociológica e Teoria Pura do Direito - é considerar o direito exclusivamente como positivo (fruto da vontade) e rejeitar qualquer fundamento supra-positivo do direito. Por conta disso, o campo de investigação da interpretação foi circunscrito ainda mais ao conteúdo constante da lei, expressão maior da vontade estatal.

Para a Teoria Psicológica, o direito deixa de ser tido como o resultado do racional para ser caracterizado como aquilo o que as pessoas reciprocamente reconhecem como norma e regra de viver em comum. O dispositivo legal deve ser entendido como expressão da vontade do legislador, de modo que a interpretação tem por tarefa indagar a vontade que o legislador quis exprimir nas palavras de que fez uso.

Outra vertente, atribuindo uma finalidade prática a cada proposição jurídica bem como o elemento teleológico (Jhering), foi denominada de Jurisprudência dos Interesses, que reconhece em cada preceito legislativo o produto de interesses – de ordem religiosa, ética, econômica –, que se contrapõem e lutam pelo seu reconhecimento em determinada comunidade. Dessa forma, o centro legislativo não é o legislador, mas os interesses que o cercam e que, afinal, efetivamente determinam a edição de uma lei. Os interesses são vistos aqui como fatos e, enquanto fatos, causas no processo do acontecer. Dessa forma, a interpretação não deveria se ater nem à vontade psicológica do legislador, nem ao método objetivista de interpretação, mas à investigação histórica dos interesses que foram causais para a lei, e daí extrair-lhe os efeitos.

Já a Teoria Pura do Direito distingue entre o ser e o dever-ser. Tem uma metodologia própria. O deve-ser, o sentido da norma, não pode ser reconduzido ao querer que a estabeleceu simplesmente porque o querer é um processo fático que pertence ao mundo do ser, e não se pode concluir aquilo que deve-ser daquilo que foi – estão em planos diversos. Por essa razão, Kelsen afasta a legitimidade da interpretação genética. A Teoria Pura do

Direito ocupa-se da construção do conteúdo das normas, o que deve decorrer do direito positivo. Um dever-ser só pode reconduzir-se a outro dever ser, ou seja, uma norma só pode reconduzir-se a outra norma superior. A interpretação dependeria justamente da estrutura escalonada da ordem jurídica. Porém, a norma superior nunca pode determinar completamente o conteúdo da norma inferior, restando ao aplicador certa margem de discricionariedade – o quadro no qual deve ser preenchida a norma. Os critérios de interpretação apontariam apenas as múltiplas possibilidades existentes dentro do quadro, e caberia a quem aplica a norma decidir-se, por meio de um ato volitivo, dentre uma dessas possibilidades. A interpretação assim realizada é autêntica pois cria direito. No entanto, como não dá critérios para a interpretação, deixando a escolha ao bel-prazer do intérprete, a teoria interpretativa de Kelsen é dificilmente compatível com a função jurisdicional do Estado Constitucional.

Ao longo da evolução do pensamento jurídico e como consequência direta de cada vertente de pensamento, as duas teorias predominantes sobre o escopo da interpretação foram as teorias subjetivista e objetivista, ambas expressão da época positivista. A teoria subjetivista tem por escopo a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, ao passo que a teoria objetivista tem por escopo a exploração do sentido que é inerente à própria lei.

Bernhard Windscheid (1817-1892), representante da teoria subjetivista, propôs uma síntese entre sistema e história, afirmando que a lei não é simples expressão do legislador, mas a sintetização da sabedoria dos séculos – o que na lei se dita como direito, antecipadamente já foi reconhecido como tal pela comunidade jurídica. O direito seria, assim, suscetível de uma elaboração científica de caráter não só sistemático como também histórico. Essa conjugação dos dois elementos – histórico e sistemático – encontraria fundamento e expressão na *vontade racional do legislador*. A lei passou a ser entendida como a expressão da vontade racional de um legislador histórico e idealizado. Para encontrar o sentido da lei, portanto, o intérprete deveria se colocar no lugar do legislador e executar o seu pensamento – a interpretação se revela assim como uma pura investigação histórico-empírica da vontade, para identificar o verdadeiro pensamento, a verdadeira vontade racional do legislador.⁴⁸³

Em contraposição a essa teoria subjetivista está a teoria objetivista da interpretação, que deixou de lado a vontade do legislador para perquirir apenas pela razão

⁴⁸³ LARENZ, *op. cit.*, p. 34-36.

jurídica contida na lei.⁴⁸⁴ A lei – defendia essa teoria – é mais racional que seu autor e, uma vez vigente, vale por si só, devendo ser interpretada a partir dela própria. Tida a lei como a expressão da vontade racional da comunidade jurídica e, portanto, um organismo espiritual, uma força viva permanente, seu sentido deve ser atribuído com base em todo o sistema e com base na finalidade da proposição jurídica.⁴⁸⁵ A teoria objetiva impõe que a interpretação seja sempre referida à atualidade.⁴⁸⁶

No passo seguinte, de abandono do positivismo estrito e da metodologia das ciências da natureza e a fim de abrir a aplicação do direito à influência dos valores, a Jurisprudência da Valoração propôs a adoção da ideia de que direito é a busca pelos fins e pelo sentido de uma proposição jurídica. Afirma essa teoria que tudo o que floresce no domínio do direito tem de assumir referência a valores. A introdução de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados e a consolidação dos direitos fundamentais tiveram reflexos na metodologia jurídica. Além da valoração feita pelo legislador, que indica diretrizes para a interpretação, reconhece-se que a resolução do caso sempre exigirá uma margem de valoração pelo próprio intérprete. Além dos métodos de interpretação, portanto, reconhece-se atividade criativa à jurisprudência.⁴⁸⁷

No debate acerca da interpretação, Josef Esser (1910-1999) chegou a identificar um processo pragmático de solução de questões jurídicas, dividido entre o *achamento* da decisão, de um lado, e a *fundamentação* da decisão, de outro. Ou seja, inicialmente, obtém-se a resposta de forma puramente casuística, sem pesquisa nem demonstração de princípios; depois, procura-se uma justificação da solução encontrada nas fontes legais. Ocorre que a concepção de justiça vem mais da pré-compreensão do intérprete sobre o que é devido do que do ordenamento jurídico. Esse proceder, portanto, não é compatível com a vinculação ao direito a que está submetido o juiz no Estado Constitucional, pois não é lícito introduzir na lei o que se deseja extrair dela. Por outro lado, não mais se acredita que os quatro critérios de interpretação sejam métodos diferentes e independentes entre os quais o intérprete possa escolher o que melhor lhe convém. São, na verdade, pontos de vista diretivos, aos quais cabe um peso distinto conforme o caso.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 40.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 41.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 43.

⁴⁸⁷ Acerca do anacrônico conceito de vontade do legislador: “Pretendendo consagrar a supremacia do Direito que identificavam à Razão, os homens de 1789 jamais supuseram que sua obra pudesse servir à instauração da supremacia incontrastada da vontade do legislador. Queriam o governo das leis como recusa do arbítrio de homens, jamais o arbítrio de homens por intermédio da lei” – FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 81.

As concepções mais recentes do direito e do raciocínio jurídico constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, quais sejam: a concepção analítica e dedutiva do direito (Escola da Exegese) e a interpretação dos textos legais consoante a vontade do legislador (Escola Sociológica). A realidade mostrou que é impossível analisar um fenômeno social de modo adequado sem fazer um julgamento de valor.⁴⁸⁸ Se a ciência jurídica não permite que essa valoração entre pela porta da frente, certamente ele entrará pela porta dos fundos, gerando um invisível julgamento de valores,⁴⁸⁹ o que torna ainda mais perigosa a atividade jurisdicional, pois, como é óbvio, os juízos invisíveis são também juízos insindicalizáveis. Algumas decisões judiciais, principalmente as que envolvem questões de política e de valor, não podem ser decididas "cientificamente". Exigem, ao contrário, a aplicação de uma lógica dialética, utilizando-se de conhecimentos pré-científicos e imergindo-se no contexto cultural da sociedade.⁴⁹⁰ Em resumo, a ideia de onipotência do legislador passa a ser contestada, para ter lugar na interpretação também os valores que o direito tem por missão promover.

A constatação de que é necessária uma decisão justa e que a isso são insuficientes os métodos tradicionais de interpretação abre espaço à criação do direito por parte do Poder Judiciário e, assim, oferece lugar à teoria da argumentação.⁴⁹¹ Argumentar significa fornecer fundamentos que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada com base nos elementos fáticos do caso controvertido. O caso não pode ser compreendido juridicamente senão pela referência à norma, e esta por referência ao caso, pois não somente o caso deve ser orientar pela norma, mas também a norma deve se orientar ao caso.⁴⁹² Nessa perspectiva, o raciocínio jurídico deixa de ser uma simples dedução silogística, sem, porém, assumir a forma de uma solução equitativa desprendida do sistema jurídico. O texto deve ser

⁴⁸⁸ "La interpretación del siglo XIX se olvidaba por completo de los hombres, al menos en su humana cualidad. Los juristas de la escuela histórica no pensaban en el hombre que actuaba" – POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Trad. Jose Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950, p. 158.

⁴⁸⁹ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?* Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 21.

⁴⁹⁰ STRAUSS, Leo. *What is...* p. 25.

⁴⁹¹ Sobre a função criadora da jurisprudência, José Puig Brutau: "o reconhecimento de que esta é a realidade não há de confluir numa atitude conformista, devendo, pelo contrário, fazer-se aguilhão e estímulo para que, com uma crítica realista da argumentação jurídica, se consiga reduzir de alguma forma a margem de arbítrio que se lhe concede" – BRUTAU, p. 8.

⁴⁹² A respeito da importância do caso e da norma no achamento da decisão justa, assim se manifesta Gustavo Zagrebelsky: "La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos defectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple 'casuística', incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción em un caso; exceso de abstracción en el otro. Em cualquier caso, malentendimiento de la naturaleza del derecho y malentendimiento de la 'interpretación' misma" - ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 132.

interpretado com vistas a uma norma adequada tanto ao caso quanto ao ordenamento. Deve o juiz buscar uma síntese que considere tanto a justeza da solução como sua conformidade com o direito.⁴⁹³

É aqui que se coloca a questão de haver ou não uma resposta certa; a questão de saber se a decisão judicial para ser considerada justa deve ser necessariamente a decisão judicial que manifeste a única conclusão correta. A resposta a essa questão depende da teoria que se adota, e do que se pretende ser universalizável no plano jurídico. Não é aqui o lugar apropriado para que se proceda ao estudo da interpretação-resultado e da resposta judicial justa/correta, o que já foi objeto de complexo debate jusfilosófico.⁴⁹⁴ Cabe adiantar apenas que no atual estágio do pensamento jurídico tem-se que direito não é apenas texto cuja identificação depende de semântica: o direito deve ser *construído* pelo intérprete por meio da argumentação. Esse desenvolver, dependente da dialética processual, não pretende necessariamente chegar a uma *decisão correta*. Seu objetivo, o objetivo da interpretação por meio da argumentação, é construir uma decisão *racional*, assim entendida aquela decisão adequadamente justificada, com a observância das limitações externas do discurso, como sentido mínimo do texto, regras de argumentação, etc., e sempre de acordo com a particularidade da situação fática que se apresenta.⁴⁹⁵

Veja que no momento anterior, dominado pelo paradigma de que o intérprete deveria apenas *achar* a decisão correta, ou ao menos optar por uma dentre aquelas possíveis dentro do quadro revelado pelo texto, a jurisprudência efetivamente não tem função criadora de direito. Ainda que se tenha superado a ideia de que não se trabalha com a norma, mas com o texto, nesse contexto a função do poder judiciário é tão somente a função de declarar, em concreto, a norma em abstrato editada pelo poder legislativo com vistas a regular o caso.

⁴⁹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Nova Retórica. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 114.

⁴⁹⁴ Na evolução do estudo da interpretação jurídica, em um primeiro momento – o momento do positivismo empirista da jurisprudência dos conceitos, em que os conceitos (o próprio direito) era situado no plano metafísico do universalizável – tinha-se como possível identificar a resposta correta no processo interpretativo, utilizando-se tanto da lógica formal quanto da lógica material próprias das ciências da natureza. Na doutrina do estruturalismo, contestando a concepção rótulo-objeto postulada pela escola anterior, o paradigma estava em que a língua era algo pronto e exteriorizado pela fala. Em resposta, no pós-estruturalismo pretendeu-se reconhecer um diálogo entre língua e fala, de modo que também o direito e o intérprete deveriam dialogar, levando à consequência de que direito não é apenas texto cuja identificação depende de semântica: o direito deveria agora ser construído pelo intérprete por meio da argumentação.

⁴⁹⁵ “(...) a metodologia de cada ciência é tarefa reservada aos especialistas. (...) O que a lógica formal oferece ao cientista especializado é a teoria da *prova formal*, a determinação das condições formais da validade dos tipos de raciocínio. Não a *prova empírica* da verdade material dos enunciados científicos, que depende da natureza do campo de investigação. (...) O método para demonstrar um teorema matemático não é o mesmo que o método para verificar fatos de consciência, ou fatos físicos, ou fatos sociais” – VILANOVA, *op. cit.*, p. 25.

Como a decisão judicial apenas identifica a norma, por meio de um processo de interpretação cujo resultado pretensamente será o mesmo para cada magistrado que o realizar, não há motivo para reconhecer eficácia vinculante às razões da decisão; não há motivo para reconhecer na decisão um precedente. Em resumo, na anacrônica teoria da interpretação jurídica o intérprete interpretava a norma. A norma era algo dado pelo legislador, e competia ao intérprete tão somente aplicá-la ao caso concreto. Não por outra razão o Código Civil Francês expressamente proibiu o intérprete de acrescentar conteúdo à norma, já que esta presumidamente já está acabada.⁴⁹⁶

Foi dentro dessa teoria que se desenvolveu o direito brasileiro e que se estruturou o poder judiciário, em cujo vértice optou por colocar uma corte superior, vinculada a uma perspectiva cognitivista ou formalista da interpretação e cuja finalidade é o controle da legalidade das decisões recorridas, valendo-se da sua jurisprudência apenas como parâmetro para a aferição de erros e acertos cometidos pelos tribunais inferiores e como instrumento de uniformização. Uma corte com funções tão somente reativas, com os olhos voltados ao passado, prestigiando o *ius litigatoris*, e cujo sistema de interpretação é utilizado como meio para obtenção do fim de controle, de fazer as vezes de censor do legislador contra a atividade da magistratura.⁴⁹⁷

Por outro lado, na medida em que se reconhece que o intérprete não trabalha com normas, mas com textos, e que do texto editado pelo legislador é possível extrair normas com conteúdos diversos entre si, e que, portanto, ao decidir em um sentido, em detrimento dos demais, o poder judiciário está enriquecendo a ordem jurídica e proporcionando segurança jurídica, não há como negar o caráter normativo da decisão judicial. Reconhecer que o intérprete tem função ativa na criação da norma é atribuir ao poder judiciário a tarefa de criar direito. Ou seja, ao decidir uma causa, o poder judiciário está pacificando o conflito que motivou o ajuizamento da ação, ao mesmo tempo em que está enriquecendo a ordem jurídica, com o processo interpretativo construído por meio da argumentação e a norma que é dele resultante. A solução da controvérsia é cristalizada por meio da autoridade da coisa julgada, no sentido de que a situação estabelecida pela decisão judicial é inalterável. Mas não pode ser desconsiderado todo o trabalho da corte na busca da construção da norma a partir do texto com o cotejo com a situação fática da demanda. Esse trabalho, que culmina na formação de

⁴⁹⁶ Cf. art. 5º do Código Civil francês: “Nos casos que lhes são submetidos, os juízes são proibidos de se pronunciar por meio de determinações gerais e legislativas”.

⁴⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, parte II.

uma *ratio decidendi*, identificando uma norma até então apenas em potencial nos textos legislativos, deve ter eficácia para o futuro, o que se dá por meio do precedente.

O precedente funciona assim como instrumento para que se realizem as funções que se atribuem às cortes supremas, na conformação contemporânea das cortes de vértice do poder judiciário: função de privilegiar a segurança jurídica (casos iguais decididos de forma igual) e função de orientar condutas dos particulares (ao construir uma norma jurídica a partir de textos legislativos). Ora, essas novas atribuições do poder judiciário exigem uma releitura das cortes de vértice. A corte suprema, sob esses pressupostos, adota uma perspectiva cética ou antiformalista da interpretação jurídica, voltando-se à interpretação do direito como finalidade, com vistas ao futuro, à orientação das condutas dos particulares, para funcionar como farol, como guia. Nesse sistema privilegia-se o *ius constitutionis*, em abandono da submissão ao *ius litigatoris*, de modo que a corte assume poderes de seleção dos casos que julgará.⁴⁹⁸

Em resumo, a evolução da teoria da argumentação jurídica no sistema da tradição romano-canônica impõe como consequência insuperável a mudança de um sistema de cortes superiores de controle e de jurisprudência para um sistema de cortes supremas de interpretação e de precedentes.

1.2.3.2. Em especial, a interpretação no *common law*

A interpretação jurídica do *common law* tem por objeto tanto a lei quanto o precedente, porque qualquer um destes instrumentos é capaz de trazer em seu texto uma norma destinada a regular condutas.⁴⁹⁹ O objetivo da interpretação é o mesmo, portanto, da interpretação na tradição romano-canônica: por meio da interpretação-atividade, chegar à interpretação-resultado – a norma –, que na interpretação do texto legislativo está contida na

⁴⁹⁸ MITIDIERO, *Cortes...*, parte III.

⁴⁹⁹ É certo que se coloca o costume entre as fontes do direito inglês. Contudo, o costume tem pouca importância prática atualmente no que toca às resoluções das controvérsias. Diz-se que a prática, para ser de acordo com o costume, deve se fundamentar em condutas que vêm sendo observadas ininterruptamente desde 1189 – o costume imemorial do reino. É mesmo muito difícil cogitar que um magistrado possa resolver um caso com base nas práticas do século XII. Essa teoria veio mais para mascarar o papel criativo do direito exercido pelas cortes, e o costume, na verdade, assume aplicação prática e força normativa apenas após chancelado por um precedente – cf. VARANO, *op. cit.*, p. 339.

norma legal, e na interpretação do precedente está contida na *ratio decidendi*. E cada uma dessas atividades, identificação da norma legal e da *ratio decidendi*, submete-se a métodos específicos.

Como ficou demonstrado nos itens anteriores, tradicionalmente o *common law* foi construído pela atividade dos magistrados – por meio dos precedentes. A atividade legislativa, exteriorizada pelos *statutes*, sempre foi entendida como uma intervenção pontual para corrigir, alterar, esclarecer ou acrescentar algum ponto específico na disciplina jurídica. Embora o parlamento seja o detentor do poder soberano na Inglaterra, não assume ele a força e o caráter privativo na constituição do direito que tem o parlamento na tradição romano-canônica. Quer dizer, embora o titular da soberania jurídica seja o parlamento, essa atividade foi exercida historicamente pelas cortes. Bem por isso os teóricos do direito do *common law* não dedicaram tanto tempo quanto seus colegas do Continente a estudar os métodos de interpretação do texto legal.

Somado a isso, o parlamento inglês, no processo de elaboração dos *statutes*, é visto como entidade única e coesa. Formado por centenas de representantes do povo, a expressão externa do parlamento é identificada como uma manifestação do órgão, e não como o conjunto de vontades dos seus membros. Como consequência, os intérpretes não tendem a buscar nos *statutes* a vontade do legislador, porque essa vontade é impossível de ser identificada. Na aprovação de um texto legislativo pode acontecer de ser a redação do texto motivada por vontades inclusive contrastantes, e não por outra razão evita-se de fazer uso dos trabalhos preparatórios da edição do *statute* ou mesmo exposição de motivos (*exclusionary rule*).⁵⁰⁰

Nesse contexto, o intérprete declara sua fidelidade absoluta ao texto legislativo e sempre se limita a uma interpretação restritiva dos *statutes*.⁵⁰¹ Portanto, ao mesmo tempo em que a interpretação restritiva dos textos do parlamento é consequência da atribuição da soberania jurídica às cortes, a interpretação restritiva acaba reforçando a soberania jurídica das cortes, pois ao interpretar restritivamente uma disposição legislativa circunscreve-se seu impacto no direito e enfraquece seu potencial de criação jurídica.

Essa abordagem hermenêutica produz na Inglaterra um conjunto de regras de interpretação diversas não só da tradição romano-canônica mas também dos Estados Unidos,

⁵⁰⁰ A *exclusionary rule* foi declarada pela primeira vez, ao que tudo indica, no caso *Millar v. Taylor* (1769).

⁵⁰¹ VARANO, *op. cit.*, p. 336.

em que há uma constituição escrita, com regras e princípios, que exige maior atividade do intérprete.⁵⁰² É certo que os critérios clássicos da interpretação jurídica – literal, finalístico, histórico (genético) e sistemático – estão presentes nos debates acerca da identificação da norma a ser aplicada ao caso,⁵⁰³ mas considerando a força dos precedentes o método mais utilizado na interpretação é a comparação de casos, pela analogia, de modo que os critérios não foram explorados na tradição do *common law* tanto quanto foram na tradição romano-canônica. O problema da interpretação genética, por exemplo, foi abordado no último século nos Estados Unidos, no âmbito da interpretação da constituição, justamente porque os Estados Unidos são uma das nações que pertencem à tradição do *common law* mas que têm uma constituição escrita. A questão de como deve ser interpretada a constituição já foi objeto de um embate entre o Justice Marshall e um dos pais fundadores, Thomas Jefferson. Mas foi nos anos 1970 e 1980 que a questão foi retomada, em razão de decisões da Suprema Corte estarem superando o sentido da Constituição. Os originalistas (*original intention*) propuseram que a constituição devesse ser aplicada em seu teor original, tal como pensada pelos pais fundadores, sem alteração de sentido. Os originalistas foram criticados a pretexto de que o sentido original, além de resultar uma grande incoerência jurídica, é mesmo inatingível. Os originalistas, então, redefiniram seu método para considerar o sentido do texto na época em que editado (*original public meaning*), sem perquirir a vontade subjetiva dos pais fundadores.⁵⁰⁴ Essas teorias seriam a versão norte-americana da interpretação genética e histórica já conhecidas e parcialmente superadas – pelo menos no que toca à concepção de que seriam critérios autônomos e suficientes à identificação da norma – na tradição romano-canônica.

⁵⁰² VARANO, *op. cit.*, p. 337.

⁵⁰³ São apresentados os seguintes argumentos de interpretação como principais: “(1) *the meaning of the words in the text considered in their linguistic setting but without explicit regard to the legal context of their use; or (2) their meaning as clarified by explicit reference to the legal context of their statutory utterance; or (3) the meaning preferably to be ascribed to them given certain value-judgements about the consequences of implementing them in their functional context.* The several types of argument can thus be considered as ‘linguistic’, ‘systemic’ or ‘teleological/evaluative’” – BANOWSKI, Z.; MacCormick, N. *Statutory Interpretation in the United Kingdom.* In MACCORMICK e SUMMERS, *Interpreting Statutes, A comparative Study.* Dartmouth: 1991, p. 359 e ss. Para um elenco mais extenso de argumentos de interpretação, consultar SUMMERS, Robert. *Statutory Interpretation in the United States (1991)*, in MACCORMICK e SUMMERS, *Interpreting Statutes, A comparative Study.* Dartmouth: 1991, pp. 407-432.

⁵⁰⁴ KAY, Richard. S. *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation.* *Northwestern University Law Review*, v. 103, nº 2, 2009, pp. 703-726.

No direito inglês, conforme já apontado em diversas *judicial dicta*,⁵⁰⁵ a regra hermenêutica de que se deve interpretar os textos legislativos com rigor ao sentido literal constitui a principal regra da interpretação, representada pela *literal rule*, conhecida também como *gramatical rule* ou *plain meaning rule*.⁵⁰⁶

Ainda que se admita unanimemente que as palavras da lei sejam o ponto de partida, há grande controvérsia se representariam a totalidade do material disponível à interpretação. Bem por isso ao longo dos debates acerca do tema dois outros argumentos hermenêuticos conquistaram lugar na interpretação jurídica do *common law*. O primeiro deles, chamado de *golden rule*, é utilizado nos casos em que as palavras utilizadas pelo legislador não tenham um significado uníssono. Esse método, manifestado no julgamento *River Wear Commissioners v. Adamson (1887)*, permite ao magistrado adotar um significado secundário para evitar resultados teratológicos. Quando nem mesmo a *golden rule* é capaz de resultar uma interpretação-resultado razoável e racional, pode o magistrado, conforme precedente de 1584 (*Heydon's case*), proceder a uma abordagem finalística (teleológica) na interpretação, que é o segundo critério alternativo à interpretação textual, conhecido também como *purposive approach*. Por esse método o intérprete parte em busca do escopo da norma, em vistas a identificar o propósito do diploma legislativo.⁵⁰⁷

A teoria da interpretação dos *statutes*, ainda, identificou alguns cânones de interpretação, cânones de construção do conteúdo normativo dos *statutes*, sempre representados por máximas, muitas vezes em latim, como por exemplo o cânone *expressio unius est exclusio alterius* (a menção a um significa a exclusão do outro).⁵⁰⁸ Esses cânones

⁵⁰⁵ V.g. *Stock v. Frank Jones (1978)*, em que Lord Simon of Glaisdale afirmou que numa sociedade sob a *rule of law*, os cidadãos são orientados a conduzir-se conforme o que a *statute* disse, e não conforme o que a *statute* quis dizer ou conforme ela teria dito caso uma nova situação fosse considerada.

⁵⁰⁶ BANOWSKI, Z.; MacCormick, N. *Statutory Interpretation in the United Kingdom*. In MACCORMICK e SUMMERS, *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Dartmouth: 1991, p. 380-383. Segundo essa regra hermenêutica, se as palavras de um texto legislativo tiverem apenas um único significado possível, deve esse significado ser adotado, mesmo que acarrete um resultado iníquo - Cf. manifestação de Lord Reid no caso *Kamminis Ballrooms Co. Ltd. v. Zanith Investments Ltd. (1971)*, *apud* VARANO, *op. cit.*, p. 337, observa o autor que essa regra vem sendo relativizada nas últimas décadas, para permitir ao intérprete atribuir um sentido secundário às palavras do texto.

⁵⁰⁷ VARANO, *op. cit.*, pp. 337-338. Cf. *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart (1992)*, *apud* VARANO, *op. cit.*, pp. 338. Esse método foi motivado, sobretudo, pela entrada da *Gran Bretagna* na união européia em 1972 e pela aplicação de textos normativos produzidos por órgão diverso do parlamento inglês e por meio de técnica particular (cf. *Bulmer v. Bollinger, 1992*). Não é tanto a *intenção do legislador* que é buscada pelo método advindo do *Heydon's case*, mas o *propósito da lei*, o que são coisas diferentes. O legislador tem vontade, e a lei, o produto da atividade do legislador, tem propósito. Identificar a vontade do legislador é uma pretensão inclusive antidemocrática - cf. SCHAUER, *thinking...*, p. 160-161.

⁵⁰⁸ SCHAUER, *Thinking...*, p. 168.

são, porém, regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que necessitam eles próprios interpretação,⁵⁰⁹ e não raro apontam em direções opostas que comprometem sua pretensão de resolver o problema apresentado.⁵¹⁰ Como se vê, mesmo no sistema de *common law* se reconhece que o texto da lei nem sempre fornece resposta sem a utilização de um outro método de interpretação que não o método de interpretação literal restritivo.

A respeito do sentido que se pode extrair do texto legislativo, existem os conceitos de núcleo de significado e zona de penumbra (*core e penumbra*).⁵¹¹ A exemplificar a dimensão do problema, é conhecida a situação desenhada por H.L.A. Hart acerca da regra proibindo a entrada de veículos no parque (“*são proibidos veículos no parque*”). Nessa regra, um núcleo de significado é claramente identificável, de forma que qualquer pessoa estaria ciente de que não poderia entrar no parque com seu automóvel. Mas e como ficaria a questão de entrar no parque de bicicleta ou utilizando um carrinho de bebê? Esta questão estaria na zona de penumbra do sentido que se pode extrair do texto com base apenas na interpretação literal. Alguém poderia acrescentar que apenas veículos motorizados estariam proibidos de entrar no parque, o que levantaria novos problemas, de se uma cadeira de rodas elétrica poderia ser utilizada para levar um idoso às dependências do parque, por exemplo. Para solucionar esses casos que estão na zona de penumbra, é necessário recorrer à finalidade da regra, aos bens jurídicos que ela visa a tutelar – se a norma visa a evitar poluição no parque, ou a preservar os caminhos aos pedestres, ou a garantir a segurança no interior do parque –, o que foge do significado literal do texto, para privilegiar o propósito da lei.

No que toca ao problema da interpretação do direito no *common law*, costuma-se dividir as situações em casos fáceis e em casos difíceis. Nos casos fáceis, a solução da controvérsia estaria encartada expressamente no *statute*, diretamente pelo núcleo de significado, e seria resolvida por uma aplicação automática do texto.⁵¹² No caso do veículo no parque, seria possível concluir com bastante segurança que uma família com um carro cheio de apetrechos para piquenique não poderia ingressar com o veículo no parque, por estar expressamente abarcado pelo texto normativo. Por outro lado, também com bastante segurança se excluiria da proibição legal um casal de namorados que estivesse passeando, à pé, pelo parque. Entre essas duas situações, contudo, existem outras, em uma zona de penumbra. São essas situações chamadas de casos difíceis, cuja controvérsia na identificação

⁵⁰⁹ HART, *op. cit.*, p. 139.

⁵¹⁰ SCHAUER, *Thinking*, p. 170.

⁵¹¹ SCHAUER, *Thinking...*, pp. 152-153, nota 15.

⁵¹² HART, *op. cit.*, p. 139.

da solução aumenta como se fosse uma escala. Seria o caso de um carrinho de bebê, em que a tendência seria excluir da vedação legal, e o caso de um carrinho de golfe, em que a tendência seria incluir na vedação legal.

Os casos difíceis dividem-se em duas situações: quando o texto não fornece resposta, ou quando o texto fornece uma resposta inaceitável. A questão de poder entrar no parque com carrinho de bebê ou carrinho de golfe não encontra resposta expressa no texto, incluindo-se na primeira categoria de casos difíceis. Já a situação de instalar um tanque de guerra no parque, em perfeito estado de funcionamento, para servir de memorial aos combatentes da Segunda Guerra Mundial, seria obstada pela vedação legal, pois é evidente que um tanque de guerra é um veículo, que não pode entrar no parque. Porém essa resposta evidentemente é uma má resposta, incluindo-se na segunda categoria de casos difíceis.⁵¹³

Para Hart, os casos difíceis deveriam ser resolvidos pelo magistrado, a quem competiria, por um ato discricionário, optar por um dos caminhos possíveis, valorando as questões de políticas públicas tal qual um legislador. Já para Dworkin a proposta de Hart parece absurda, e a solução desses casos deveria ser alcançada por meio de uma interpretação sistemática valorando todos os demais elementos que compõem o direito, como outros *statutes*, precedentes, constituição, princípios morais e tudo o mais que integra a rede do direito, processo pelo qual o magistrado poderá identificar o sentido que melhor serve no direito – decidir com base nos princípios jurídicos, e não com base na política.⁵¹⁴

A proposta de Hart não causa estranheza se for analisado o contexto em que escreve. Hart é um teórico do direito formado na Inglaterra, onde o poder judiciário sempre teve grande relevância na criação do direito, de modo que, ao optar discricionariamente por uma solução, não estaria o poder judiciário usurpando tarefas do poder legislativo, mas apenas sendo chamado a exercer a competência que sempre exerceu: construir direito. É por isso que

⁵¹³ Acerca do tema, consultar o debate entre Lon Fuller e H.L.A. Hart na *Harvard Law Review* nºs 593 (Hart – *Positivism and the Separation of Law and Morals*) e 630 (Fuller – *Positivism and Fidelity to Law – a Reply to Professor Hart*), ambas de 1958.

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, pp. 127 e ss. Por outro lado, não obstante a afirmação de Dworkin de que o judiciário não deve decidir com base na política, Hazard e Taruffo traçaram um perfil da suprema corte americana ressaltando seu papel de participação em questões políticas: “*Il carattere distintivo più tipico delle corti nordamericane è il loro coinvolgimento nella risoluzione di questioni che in altri paesi non vengono decise dagli organi giurisdizionali*”. Os autores chamam a atenção, inclusive, a que se na tradição constitucional do *civil law* as questões políticas não devem ser decididas pelo poder judiciário, na democracia mais antiga do mundo (EUA) essas questões são decididas em um processo normal, sem nem mesmo se submeterem a um rito especial – HAZARD, G.C.; TARUFFO, M. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 59.

a questão da interpretação jurídica não rendeu tantos estudos teóricos no *common law* quanto na tradição romano-canônica. Na dúvida acerca de uma disposição legislativa posta em um *statute*, não se vê, em princípio, nenhum mal em o poder judiciário dizer ele próprio, com base em um ato discricionário, qual é o direito no caso. Se o parlamento não foi capaz, nessa sua intervenção excepcional no *common law*, de explicitar o direito que pretendia constituir, então cabe às cortes, os órgãos tradicionalmente competentes para essa atividade, dizer aquilo o que o parlamento não disse. Tanto é assim que o maior debatedor de Hart, Lon Fuller, limitou-se a atacar apenas relativamente a proposta de Hart de que o juiz devesse decidir discricionariamente, tal como um legislador. Fuller defendia que na zona de penumbra o magistrado devesse olhar para outro lugar, para analisar a finalidade da lei, e decidir com base nessa finalidade.⁵¹⁵ A proposta de Hart, portanto, é natural no sistema de *common law*, e não causa estranheza venha a ser utilizada sempre que o método da interpretação textual não seja suficiente.

Em todo caso, do que se extrai desse contexto é que na interpretação dos *statutes*, do direito legislado, a tradição do *common law* sempre atribuiu relevância ao intérprete na atribuição de sentido ao texto para a construção da norma.⁵¹⁶

O *common law*, porém, é formado essencialmente pelo trabalho das cortes. Os *statutes* têm caráter de intervenção pontual, e se de um lado pressupõe disciplina jurídica do *common law*,⁵¹⁷ por outro lado têm seu significado consolidado após sua aplicação pelas cortes. A obra das cortes é exteriorizada por meio dos precedentes, mais especificamente pela *ratio decidendi*, que é a parte da decisão que representa as razões de decidir e que é a única parte da decisão que vincula os tribunais nos julgamentos de casos semelhantes no futuro. O precedente é, assim, a *ratio decidendi*, e a *ratio decidendi* é a norma conteúdo da decisão que, além de servir de norma individual para resolver o conflito, tem a pretensão de orientar condutas de terceiros, que não as partes envolvidas na disputa.⁵¹⁸ Como a *ratio* é de grande relevância para o trabalho com precedentes, cumpre desde logo estabelecer seu conceito: *ratio decidendi* é uma regra expressa ou implícita tratada pelo juiz como um passo necessário a

⁵¹⁵ Cf. SCHAUER, *Thinking*, p. 154-155.

⁵¹⁶ Isso é verdadeiro ainda que se considere o fato de que o acréscimo de sentido ao texto legislativo é chamado não de interpretação (*interpretation*), mas de *gap-filling* – cf. SUMMERS, Robert. *Statutory Interpretation in the United States (1991)*, in MACCORMICK e SUMMERS, *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Dartmouth: 1991, p. 407.

⁵¹⁷ MacCormick e Summers, in SUMMERS, *Interpreting Precedents...*, p. 4.

⁵¹⁸ CROSS, *op. cit.*, p. 39.

alcançar a conclusão, guardada sua linha de argumentação.⁵¹⁹ Da grande relevância do conceito de *ratio decidendi* segue-se a necessidade e importância de se estabelecerem métodos que permitam sua identificação, até para possibilitar que a corte no *instant case* aplique e, nesse mesmo momento, reconheça o precedente gerado pela decisão anterior.⁵²⁰

Antes de mais nada, é importante esclarecer que apenas questões de direito constituem precedente. Nem sempre, é verdade, as questões discutidas e decididas podem ser facilmente separadas entre fato e direito, tanto que mesmo o *common law* trabalha com o conceito de *mixed questions*.⁵²¹ Evidentemente que uma decisão acerca de questões mistas tem vocação para servir de precedente a casos futuros, desde que a questão, mesmo envolvendo conclusão sobre fatos, exponha um tema crucial de direito.⁵²² Seria o caso, por exemplo, de estabelecer que os embargos de declaração são recursos que prestam apenas a sanar vícios de omissão, contradição e obscuridade, ou ainda para corrigir erros materiais do julgado, de modo que embargos de declaração interpostos tão somente postulando o rejugamento do julgado têm intuito manifestamente protelatório e assim autorizam a caracterização do recorrente como litigante de má-fé nos termos do art. 17, VII, do Código de Processo Civil. Casos futuros em que o embargante não indique omissão, contradição, obscuridade e nem erro material, fica justificado, conforme o precedente, tê-lo como litigante de má-fé.

Por outro lado, há casos em que é possível distinguir questões de fato, cuja análise não constitui precedente, das questões de direito delas decorrentes. Em um acidente de trânsito, por exemplo, em que o motorista responsável pelo acidente estava conduzindo seu veículo de maneira imprudente e bateu na traseira do automóvel da frente, a decisão da corte impondo ao motorista o dever de indenizar os danos servirá como precedente de que o motorista que, por dirigir imprudentemente, gerar dano estará obrigado a repará-lo. O fato de o motorista no caso ter colidido na traseira do outro veículo não importará o precedente de que o motorista que bater na traseira de outro veículo estará obrigado a reparar os danos,

⁵¹⁹ Ibidem, p. 72.

⁵²⁰ "every English law student is familiar with the difficulty of differentiating those parts of the leading judgments that are ratio from those that are mere dicta, and disagreements over the distinction lie at the root of a number of legal controversies" – CROSS, *op. cit.*, p. 48.

⁵²¹ Cf. KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 141-150.

⁵²² Cf. solução proposta por Danilo Knjnik para a solução do problema questões de fato/questões de direito/questões mistas: KNIJNIK, *op. cit.*, pp. 150 e ss.

porque essa questão é questão especificamente de fato.⁵²³ Os casos que tratam especificamente de questões predominantemente de fato, inclusive, nem sequer costumam ser publicados em repertórios de jurisprudência.⁵²⁴

Ainda, nem todas as questões de direito discutidas na decisão constituem precedente, porque nem todas compõem a *ratio decidendi*. Muitas das questões debatidas, embora questões de direito, são apenas *obiter dictum*, ou seja, afirmações “feitas para morrer”, conforme tradução do latim. As *dicta* geralmente são seguidas em casos posteriores, mas não têm força vinculante, porque não contam com a autoridade da corte. O magistrado pode muito bem dar razões outras para fundamentar suas decisões, sem que tenha o desiderato de que essas razões façam parte da *ratio decidendi*, e mesmo por isso tais questões não são efetivamente objeto de julgamento pela corte.⁵²⁵

Em que pese a resistência oferecida pela escola do realismo norte-americano, no sentido de que é mais importante aquilo que os juízes não manifestam em suas decisões, do que aquilo que eles manifestam, e que a distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* serve apenas a favorecer determinados interesses em jogo, a distinção é relevante e vem funcionando adequadamente no *common law* inglês, devendo, contudo, se submeter a métodos. A seguir serão apresentados os principais métodos identificados no *common law*, que, em última análise, são complementares um do outro.

O primeiro deles ficou conhecido como teste de Wambaugh, porque desenvolvido por Wambaugh no século XIX. O teste de Wambaugh trata-se de um teste de inversão. Consiste em extrair a frase, a regra geral, que supostamente constitua a *ratio decidendi* da decisão, e inverter seu sentido. Se mesmo com o sentido invertido a decisão mantiver sua conclusão, então aquele trecho não é *ratio*. Se, porém, o primeiro resultado for alterado, então aquele trecho é *ratio* e é regra geral a regular casos posteriores. Esse método,

⁵²³ Há uma regra no direito inglês de que os empregadores devem fornecer equipamentos que forneçam razoável segurança a seus empregados. Controvérsias surgem em juízo acerca de se em determinado caso os equipamentos fornecidos por determinado empregador satisfazem essa sua obrigação. Evidente que é relevante aos demais empregadores saber se fornecer capacetes e protetores auriculares esgota ou não a obrigação do empregador, ou se é necessário também que sejam fornecidas luvas e macacões. Contudo, a *House of Lords* por diversas vezes afirmou que observações dessa natureza não são proposições gerais de direito necessariamente aplicáveis a casos futuros, de modo que as decisões não constituem precedente – cf. CROSS, *op. cit.*, p. 40.

⁵²⁴ CROSS, *op. cit.*, p. 40.

⁵²⁵ “A judge may often give additional reasons for his decisions without wishing to make them part of the *ratio decidendi*; He may not be sufficiently convinced of their cogency as to want them to have the full authority of precedent, and yet may wish to state them so that those who later may have the duty of investigation the same point will start with some guidance” – cf. *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd.* (1957), *apud* CROSS, *op. cit.*, p. 42.

porém, perde muito de seu valor ao recomendar a extração de uma frase que represente a *ratio* e pressupor apenas uma *ratio*. O teste de Wambaugh serve mais para identificar o que não é *ratio*, do que para extrair a efetiva *ratio decidendi* da decisão.⁵²⁶

Sobre o tema é relevante explorar os apontamentos de Lord Halsbury no caso *Quinn v. Leathem* (1901). Basicamente, ficou esclarecido que apenas compõe a *ratio decidendi* aquilo o que efetivamente foi decidido pela corte. Não se pretende aqui fazer uma confusão com a coisa julgada. A coisa julgada refere-se a uma qualidade da sentença que torna imutável e indiscutível seu conteúdo. Já a *ratio decidendi* é a razão de decidir que determinou a conclusão da causa. Como só faz parte da *ratio* aquilo o que foi decidido pela corte, e como a corte não pode atuar de ofício, tem-se que a *ratio decidendi* depende das alegações das partes em defesa de seus interesses. Evidentemente que as alegações das partes dependem dos fatos, e só são relevantes à determinação da *ratio* as conclusões legais relacionadas com os fatos determinantes da solução. A autoridade do precedente, então, depende e é limitada pelos fatos e condições particulares do caso original, o que impõe que a interpretação do precedente se dê com base na consideração dos fatos objeto do precedente.⁵²⁷ Aí toma corpo a distinção entre fatos materiais e imateriais. Fatos materiais são aqueles fatos presentes no caso anterior que necessariamente devem estar presentes no caso posterior para que haja a vinculação. Fatos imateriais são aqueles fatos que, embora ausentes no caso posterior, não afastam a vinculação da corte do *instant case* ao precedente.⁵²⁸ Os apontamentos de Lord Halsbury, porém, parecem abordar de forma muito superficial a questão da *ratio decidendi*, já que relaciona demasiadamente a *ratio* com a ordem emanada pela corte, com a *res iudicata*.

O método elaborado por Dr Goodhart, por sua vez, evidencia a *ratio decidendi* da decisão com base nos fatos tratados como materiais pelo magistrado, pois são os fatos na ótica do julgador – e não do futuro intérprete – que determinam a construção da decisão.⁵²⁹ A *ratio*, portanto, não é identificada pelas razões dadas como opinião do julgador, nem pela *rule of law* estabelecida na opinião e nem em todos os fatos e questões levantadas na decisão.⁵³⁰ O método de Dr Goodhart é mais amplo que aquele decorrente dos apontamentos de Lord

⁵²⁶ CROSS, *op. cit.*, pp. 52 e ss.

⁵²⁷ RE, *op. cit.*, p. 283.

⁵²⁸ CROSS, *op. cit.*, p. 58.

⁵²⁹ “It follows that our task in analysing 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” – Dr Goodhart, *apud* CROSS, *op. cit.*, p. 65.

⁵³⁰ Cf. CROSS, *op. cit.*, pp. 63-67.

Halsbury e tem mais aptidão a identificar uma proposição normativa a servir como precedente.⁵³¹ Em todo caso, a *ratio* sempre deve ser interpretada de forma restrita,⁵³² pois as cortes não reconhecem em seus predecessores um poder ilimitado de estabelecer regras amplas.⁵³³

A questão da identificação da *ratio* causa muitas controvérsias e fomenta grande parte dos debates jurídicos. É certo que a *ratio*, sempre que é aplicada em um julgamento posterior, vai sendo redefinida nos julgamentos subsequentes, como se houvesse no *common law* um permanente processo de interpretação autêntica do direito. Mas é certo também que a *ratio* deve poder ser extraída de forma clara da decisão anterior, sob pena de não haver vinculação por não haver precedente claro sobre o tema.⁵³⁴ Os precedentes, ademais, têm a tendência de serem mais específicos que as disposições legais. O texto legislativo é sintético, geralmente dispendo acerca da situação fática (suporte fático), seguindo-se a consequência jurídica. A decisão judicial, por ter de expor os fatos relevantes da controvérsia, que servirão para identificar se essa decisão é aplicável a um caso futuro como precedente, via de regra conta com um suporte fático muito mais especificado que os códigos. Os métodos que foram apresentados para a identificação da *ratio decidendi* são complementares entre si, e servem para identificar a *ratio*, o precedente que vinculará cortes em julgamentos futuros, sempre tendo em conta os fatos objetos da controvérsia.

Precedentes, portanto, são decisões que funcionam como modelos para futuras decisões, e trazem em si o acúmulo da sabedoria do passado. Uma decisão fundamentada em um precedente fundamenta-se, na verdade, em um exemplo. Agir de acordo com exemplos é uma característica básica da razão prática humana.⁵³⁵ Mesmo assim, os códigos, a rigor, são avessos à argumentação com base na analogia, o que é ilustrado pela disposição no código de Justiniano de que *non exemplis sed legibus iudicandum est*.⁵³⁶ No *common law*, a seu turno, a analogia é um instrumento muito utilizado, tanto para aplicar precedentes, quanto para proceder-se à *distinguish*. A analogia, a fim de tratar casos iguais de igual forma, é representada pelo brocardo *a similibus procedere ad similia*, no esteio de Bracton, para quem

⁵³¹ Ibidem, p. 63

⁵³² Ibidem, p. 61.

⁵³³ Glanville Williams, *apud* CROSS, *op. cit.*, p. 73.

⁵³⁴ Considerações de Lord Dunedin: “if it [the *ratio decidendi*] is not clear, then I do not think it is part of the tribunal’s duty to spell out with great difficulty a *ratio decidendi* in order to be bound by it” – *apud* CROSS, *op. cit.*, p. 60.

⁵³⁵ MacCormick e Summers, *in* SUMMERS, *Interpreting Precedents...*, p. 1.

⁵³⁶ Livro VII, título 45, parágrafo 12.

equidade é, em última análise, uniformidade.⁵³⁷ Ainda que as circunstâncias jamais sejam idênticas – ao menos mudará as partes envolvidas e a data dos acontecimentos –, a analogia é aplicada quando as circunstâncias são suficientemente similares a impor um julgamento idêntico. Analogia não consiste em estender a um caso similar uma regra geral. Essa é a analogia utilizada como fonte subsidiária de direito na tradição romano-canônica. A analogia com precedentes impõe o raciocínio *similubus ad similia*, conforme exposto por Aristóteles na “Retórica”, em um processo de comparação parte por parte dos casos.⁵³⁸

1.2.3.3. Consequências práticas das diferentes abordagens da interpretação jurídica nas tradições

A principal diferença entre a interpretação jurídica no *common law* e na tradição romano-canônica, que se pretendeu evidenciar nesse item, reside no fato de que a interpretação na tradição romano-canônica busca, em última análise, a vontade do legislador, ao passo que a interpretação no *common law* está mais voltada ao propósito da disposição legislativa – quando o objeto da interpretação são os *statutes* – e à interpretação pela analogia – quando o objeto são os precedentes. Enquanto que a tradição romano-canônica satisfaz-se em ter a ciência do direito como ciência puramente teórica, destinada a evidenciar o encadeamento lógico de conceitos, sob uma proposta de separação insuperável entre fato e direito, o *common law* sempre atribuiu caráter prático à atividade do intérprete: os fatos têm grande importância na identificação da *ratio*, de modo que só constitui precedente a conclusão jurídica sobre os fatos que servem como substrato à causa.⁵³⁹

Verifica-se ainda uma diferença pragmática entre a interpretação das duas tradições. Nem todas as palavras utilizadas pela lei têm seu conteúdo definido na própria lei. Muitas vezes algumas palavras são utilizadas e seu significado é aquele significado que lhe atribui o senso comum. Não por outra razão os sistemas romanistas geralmente inserem na legislação uma determinação a respeito do sentido mínimo das palavras utilizadas no texto, como é o caso do art. 12 das disposições preliminares do código italiano, que dispõe que na

⁵³⁷ POSTEMA, Gerald J. *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*. in EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 102.

⁵³⁸ Ibidem, p. 106.

⁵³⁹ Inclusive, uma conclusão judicial baseada em fatos hipotéticos é apenas *dictum* - Dr Goodhart, *apud* CROSS, *op. cit.*, p. 66.

aplicação da lei não se pode atribuir a essa outro sentido senão aquele evidente.⁵⁴⁰ Já quanto aos precedentes, como a decisão judicial tem um espaço de definições muito mais maleável que os dispositivos legais, pode ela mesma, ao esclarecer seu próprio conteúdo, limitar o alcance de todas suas disposições. Enfim, os precedentes são constantemente complementados, de modo que a *ratio decidendi* está em permanente processo de redefinição, o que equivale a uma inesgotável interpretação autêntica do direito. O significado de cada palavra na tradição romano-canônica, à falta de uma definição legal, deve ser atribuído com base no uso ordinário, ou seja, com base em elementos extralegislativos e, portanto, extrapositivos. Já no *common law*, como a solução concreta da controvérsia implica ao esclarecimento dos sentidos das palavras utilizadas na decisão, sentidos que, ademais, são mais simples de serem extraídos em razão da confrontação da construção jurídica com os fatos que dão substrato à causa, o sentido das palavras constitui direito positivo, positivado pelo precedente, de modo que, em princípio, o intérprete tem menos liberdade de atuação no que toca à atribuição de sentido ao texto.

Ainda assim, o direito codificado é pretensamente completo e infalível, e sob a égide da ideologia da separação dos poderes o aplicador do direito (poder judiciário) deveria apenas declarar o direito dito pelo legislador para resolver a controvérsia que se lhe apresenta. Daí decorre naturalmente a limitação dos poderes do judiciário na criação do direito. Não por outra razão os códigos inclusive foram acompanhados de disposições proibindo os magistrados de estabelecerem eles próprios regras gerais ou de decidir sem ter por base a vontade do legislador.⁵⁴¹

Já o *common law*, alheio aos efeitos da ideologia da separação dos poderes, mesmo na interpretação do direito legislado concede importante papel ao intérprete.⁵⁴² Em vez da vontade do legislador, busca-se o propósito do *statute*, caso em que o magistrado tem

⁵⁴⁰ TARELLO, *L'Interpretazione...*, pp. 26-27.

⁵⁴¹ Cf. Código Civil Francês de 1804 (art. 5 – *é vedado aos juízes de estabelecer regras gerais por meio das causas que lhe são submetidas*); Código Civil Italiano de 1942 (art. 12 das disposições preliminares: *ao aplicar a lei o juiz não pode atribuir outro sentido que não aquele próprio das palavras segundo as conexões ente elas e a vontade do legislador*). Cabe ressaltar, em sentido contrário, a disposição do art. 1º do *Zivilgesetzbuch* de 1907 (Código Suíço), que previa que, na ausência de lei, deveria o juiz decidir com base no costume e, na ausência de costume, deveria decidir como se legislador fosse, teor semelhante ao disposto no art. 114 do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (*Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá si fosse legislador*).

⁵⁴² Os direitos inglês e americano também sofreram influência da jurisprudência dos conceitos, porém em grau muito menor que no Continente. O efeito dessa abordagem analítica do *common law* foi que parte dos operadores do direito passaram a ter as decisões anteriores como imutáveis, interpretando-a superficialmente e aplicando-a sobre o caso posterior sem a devida compatibilização da conclusão com o substrato fático que se apresentava. Sobre o ponto, cf. POUND, *Las Grandes Tendencias...*, pp. 155 e ss.

inegável poder de criar direito, ao mesmo tempo em que aplica a disposição legislativa. Nesse sistema, reconhecida a tarefa do intérprete no enriquecimento do ordenamento jurídico, impõe-se sejam consideradas decisões judiciais anteriores sobre o mesmo ponto, as quais só podem deixar de ser aplicadas se justificada umas das exceções ao *stare decisis*, como o *distinguish* ou *overruling*.

Como consequência, a tradição romano-canônica tradicionalmente trabalhou com a *norma* (o pressuposto seria que o legislador editasse *normas*, já prontas para aplicação), quando o adequado seria trabalhar com o *texto*. No momento em que se reconhece que o objeto da interpretação é o texto legislativo, por meio do qual o intérprete, atribuindo sentido, construirá uma norma, também a tradição romano-canônica não pode ficar alheia ao enriquecimento do ordenamento jurídico efetivado pela decisão judicial anterior.

De fato, o receio de abuso do poder não é argumento racional para negar a atribuição de poder.⁵⁴³ Dadas as atuais circunstâncias da interpretação jurídica, não há como negar que as cortes têm competência e poder para atuar na construção do direito na tradição romano-canônica. Contudo, devem ser impostos parâmetros de atuação, justamente para evitar o arbítrio.

No Estado Democrático de Direito o exercício do poder deve ser legítimo e há muito já se condicionou a legitimidade da atuação do poder judiciário à motivação de suas decisões.⁵⁴⁴ Como do texto é possível extrair mais de uma norma, então é necessário justificar racionalmente a adoção de um sentido específico. Mas essa exigência não é suficiente. Reconhecida a participação do intérprete na construção do direito, a atividade anterior pela corte (atividade que culminou em uma decisão judicial anterior que serve de precedente) deve ser observada, sob pena de se admitir interferência direta das idiossincrasias do intérprete. Os precedentes, portanto, devem ser *aplicados* também como imposição da necessidade de a decisão ser legítima. Ou seja, além do dever de motivar suas decisões, o julgador tem o dever de se manter na mesma linha das decisões anteriores, na mesma linha do precedente, para que suas razões de decidir estejam em sintonia com os demais órgãos judicantes. Como se vê, reconhecer autoridade aos precedentes não aumenta os poderes dos magistrados. Ao contrário, a regra do *stare decisis* limita o poder dos magistrados, já que os vincula a aplicar a solução

⁵⁴³ Como lembrado no julgamento do caso *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1816), *apud* SCHAUER, Thinking..., p. 166.

⁵⁴⁴ Cf. TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

jurídica já aplicada anteriormente, independentemente de sua inclinação particular a respeito do sentido normativo do texto objeto de interpretação.

Daí a inevitável conclusão de que cortes superiores não são adequadas ao Estado Democrático de Direito em vigor. Exige-se que as cortes de vértice sejam cortes supremas.⁵⁴⁵ Cortes superiores visam precipuamente ao controle da decisão recorrida, para garantir a observância do direito e assim criar jurisprudência. Já cortes supremas têm por tarefa precípua a interpretação do ordenamento jurídico e a construção de precedentes, numa orientação prospectiva.

⁵⁴⁵ Cf. denominação utilizada por Daniel Mitidiero, *Cortes...*

2. A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO BRASIL

2.1. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA RELAÇÃO ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

2.1.1. O direito brasileiro entre dois mundos?

A tradição jurídica da Europa continental experimentou um incremento em sua história quando a Alemanha passou a aplicar o direito romano, como consequência da expansão da ciência jurídica francesa e italiana da Europa da baixa idade média. Esse fenômeno se verificou a partir dos séculos XV e XVI e ficou conhecido por *recepção do direito romano*. No entanto, por *recepção* do direito romano não se quer fazer referência à adoção de um direito estranho, de instituições jurídicas características de outra cultura e de outro tempo. Bem se pode imaginar o fracasso de qualquer tentativa dessa natureza. Em matéria obrigacional, sucessória, direito de vizinhança, a Alemanha adotou alguns dos institutos típicos do direito romano – certamente adaptando-os a sua realidade particular –, mas também explicitamente deixou de adotar muitos outros institutos, mantendo ou inaugurando disciplina própria.⁵⁴⁶

O conceito de recepção na Alemanha diz respeito, então, não à adoção (recebimento) de específicos institutos jurídicos novos e estranhos do ponto de vista do conteúdo. A recepção do direito romano na Alemanha diz respeito à adoção de uma *ideia de direito*. Essa ideia de direito que veio a ser adotada pelos alemães nada mais era do que o modelo jurídico desenhado pelos glosadores e comentadores, a saber: um direito escrito (em substituição a um direito tradicional costumeiro), elaborado por juristas técnicos, vinculados ao poder central, um direito científico cuja aplicação dependia de um processo racional lógico-conceitual. Representou a recepção, enfim, a expressão de uma evolução de um agir segundo costumes da vida para um agir de acordo com a teoria; de um achamento do direito

⁵⁴⁶ Exemplos da extensão material da recepção de institutos de direito romano encontram-se em WIEACKER, *op. cit.*, pp. 253-267

de tipo tradicional-estamental para uma declaração de direito do tipo racional-estadual.⁵⁴⁷ Para essa finalidade, passou-se a utilizar um processo de racionalização do direito, com monopólio da criação do direito e da administração da justiça por uma autoridade – o Estado –, cujos principais protagonistas eram juristas técnicos.⁵⁴⁸

Ao lado da recepção do direito romano na Europa continental podem ser citados outros exemplos de recepções de ideias jurídico-políticas, ainda que não tão expressivas quanto a primeira. É o caso da exportação do modelo federalista norte-americano de 1787, o modelo de tripartição dos poderes, os catálogos positivados de direitos fundamentais, o *judicial review*, a recepção do direito civil e processual civil francês, e, principalmente, a recepção do direito da península ibérica na América Latina, posteriormente à colonização.

O Brasil, então, também se submeteu a um processo de recepção, só que no posterior século XIX, quando, alcançada sua independência, passou a preocupar-se com a elaboração de uma disciplina jurídica própria, de um direito nacional. Inspirou-se, como era de se esperar, na tradição jurídica europeia, continental, onde deitava raízes em razão da submissão a Portugal e aplicação do direito português. Porém, antes de utilizar as tintas do método continental de aplicação e produção de direito para desenhar as linhas mestras de seu próprio ordenamento jurídico, o Brasil por muito tempo experimentou a influência *direta* das antigas fontes lusitanas, o que evidentemente deixou marcas do ponto de vista material do direito. O processo civil das Ordenações, tanto Afonsinas, como Manuelinas e Filipinas, é expressão típica do processo do *ius commune*, determinado pela junção dos elementos romano, canônico e germânico antigo,⁵⁴⁹ e continuou a ser aplicado no Brasil mesmo após a independência.⁵⁵⁰ Nesse interregno, entre a independência e a confecção de um direito

⁵⁴⁷ WIEACKER, *op. cit.*, pp. 250-251 e 272-273: “a sua maior influência [da recepção] não consistirá tanto na modificação das normas jurídicas quanto na modificação das próprias concepções acerca do direito”. – *Ibidem*, p. 250.

⁵⁴⁸ A centralização do direito daí decorrente implicou inclusive à alienação quanto às funções públicas por parte do não-jurista, o que prejudicou nesse primeiro momento a participação direta do cidadão na vida do Estado, no direito e na jurisdição. Esse fenômeno não se verificou, por exemplo, na Inglaterra, em que a formação do direito vinha de uma base comum de magistrados, praticamente integrantes da sociedade civil e desvinculados de uma autoridade absoluta, constituindo o material jurídico um patrimônio comum de toda a nação. Já no Continente o direito permanecia como algo estranho, a que o particular se submete, seja pela boa vontade de quem crê no Estado, seja pelo temor de quem nele descrê, o que explica as contínuas contradições de princípio entre a consciência jurídica subjetiva dos indivíduos e a aplicação do direito pelo Estado - *Ibidem*, p. 206 e 275. “não foi o direito científico como tal, mas o monopólio do direito pelo Estado, que enfraqueceu ou secou a fonte da consciência jurídica social” – *Ibidem*, p. 276

⁵⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFRGS, nº2, set. de 2004, pp. 122-123.

⁵⁵⁰ Logo após a independência foi determinado pela Lei de 20 de outubro de 1823 que as ordenações ainda deveriam continuar sendo aplicadas, salvo incompatibilidade com o direito interno, então em construção.

próprio, o Brasil ainda estava inserido em um sistema equivalente ao processo comum, no qual inclusive a doutrina tinha grande participação na formação do direito.⁵⁵¹

O direito português, nessa época, já dava ares de seu comprometimento com o direito continental, de vertente romano-canônica. De fato, os estudiosos do direito da península ibérica passaram a ser formados nas escolas italianas, comprometidas com o método dos glosadores, tanto que rapidamente a península ibérica recorreu ao vetor legislativo para eliminar as inconveniências da pluralidade de *fueros*; adotou-se o princípio justinianeu que afastava de todo valor normativo as sentenças judiciais; a própria estrutura formal da ordem jurídica passou a centrar-se na vontade do monarca.

Mas ainda que se considere fosse mesmo distinto, no século XIX, o direito português do direito do resto da Europa Continental, porque ainda atrelado ao *ius commune* e com forte prestígio dos doutrinadores da época,⁵⁵² o fato é que esses contornos iniciais da tradição jurídica brasileira não foram suficientes a determinar um sentido particular da evolução posterior. Preservaram-se no direito brasileiro, é certo, alguns institutos típicos do *ius commune*,⁵⁵³ só que a concepção do que seja direito e o método de sua aplicação aproximaram-se da doutrina jurídica moderna do Continente com a *recepção* que se seguiria, principalmente na redução da importância do magistrado e no predomínio do direito legislado. Clóvis Veríssimo do Couto e Silva põe a culpa desse fato, de desvalorização do Poder

Confira-se o teor do art. 1º: “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”.

⁵⁵¹ O que ficou conhecido como bartolismo – cf. MARTINS-COSTA, *A Boa Fé no Direito Privado...*, pp. 241-246. Esses fatos levam Daniel Mitidiero a afirmar que até o advento do Código de Processo Civil de 1973 “o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana-quinhetista e o direito então praticado (livramo-os, por certo, da ‘radical renovação dos princípios de direito processual’ propiciada pelo Code de Procédure Civile napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, conseguimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural” - MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura...*, p. 123. Por outro lado, Cândido Rangel Dinamarco defende que a influência francesa já estava presente no Código de Processo Civil de 1939, pois os códigos de 1939 e de 1973 são “substancialmente análogos” – cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1., 5 ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, pp. 295-299. Ainda, sobre a evolução do processo civil na península ibérica até a vigência da Constituição Brasileira de 1988, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, v.1, pp. 48-61.

⁵⁵² Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano*. In Studi in Onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 583-591.

⁵⁵³ Como por exemplo a figura do *libello*, equivalente à petição inicial; as exceções dilatórias; a possibilidade de *reformatio in peius*; a *querela nullitatis* - cf. LIEBMAN, *op. cit.*, pp. 595-607.

Judiciário, nos fatores de instabilidade que seguiram à Constituição de 1891, como o desgastante processo de transformar um estado uno em estado federado, a revolução de 1893, a ideologia da separação dos poderes como técnica de liberdade, a revolução de 1930:

“Em razão de todos esses fatores de instabilidade, não coube, talvez, ao Poder Judiciário brasileiro, sob o império da Constituição de 1891, a mesma tarefa e importância que assumiu no desenvolvimento das instituições constitucionais americanas. Faltou, é certo, um corpo de doutrina que realmente pudesse significar senão a opinião de todo o povo pelo menos o das elites, como sucedeu com a Constituição americana que teve atrás de si a contribuição de publicistas notáveis. Tudo isso contribuiu para que a Constituição americana pudesse ter um início bem mais orgânico, do que a brasileira. Posteriormente à República, manifestaram-se dificuldades em encontrar o ‘ponto de equilíbrio’ entre as instituições básicas, voltando-se para o lado do autoritarismo em suas mais variadas formas.

“...toda uma técnica de interpretação e de aplicação da Constituição foi-se aperfeiçoando nos Estados Unidos, em que os juízes sempre foram libertos de um místico servilismo à lei. Ao contrário, o direito parece-lhes mais algo proposto do que algo que lhe é dado; mais um início para raciocinar juridicamente do que o término desse mesmo raciocínio. (...) A formação exegética do brasileiro resultou sempre na dificuldade de dar ao Judiciário maiores poderes ainda quando formalmente se tinha adotado o Estado judicial.

“No direito brasileiro, a função criadora do Poder Judiciário nunca ultrapassou certos limites. Havia, para isso, toda uma tradição de o Judiciário ser tão-somente um intérprete da lei, não podendo complementá-la em medida relevante, pois a isso se opunha uma concepção estrita da separação dos poderes”⁵⁵⁴

A par disso, já a Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769), ao mesmo tempo em que punha fim ao recurso à opinião dos doutos (como as opiniões de Acúrsio e Bártolo), possibilitava ao Chanceler da Casa de Suplicação que glosasse a sentença naquilo que fosse contrária às Ordenações do reino ou no que interpretasse incorretamente a lei.⁵⁵⁵ Tal competência do chanceler responde a um anseio do poder central de que a aplicação do direito ficasse imune à interpretação do magistrado, assemelhando-se, assim, à preocupação de Justiniano que o levou a limitar a interpretação de seu direito, pretensamente perfeito e completo, em um sistema jurídico centralizador das fontes, em um sistema jurídico exclusivo e excludente, como os direitos nacionais da Europa Continental que se seguiram. O Código Criminal de 1830, a seu turno, antecipou o Brasil ao movimento codificatório mesmo a Portugal e Espanha.⁵⁵⁶ Portugal entrou na onda codificatória com seu Código Civil de 1867,

⁵⁵⁴ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *As Ideias Fundamentais da Constituição de 1891*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília : Senado Federal, 1981. Vol. 18, n. 69, jan-mar de 1981, p. 85, 86 e 88.

⁵⁵⁵ NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. I - Império. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 8-9.

⁵⁵⁶ “com a publicação do Código Criminal, ao findar-se o ano de 1830, a 16 de dezembro, antecipava-se o Brasil a Portugal, à Espanha e a muitas repúblicas americanas, ‘e ainda salientemente, porque, atendendo à época e

de nítida inspiração francesa.⁵⁵⁷ Também o esboço do código civil brasileiro elaborado por Teixeira de Freitas (cujo contrato com o Império foi rompido em 1872, pondo fim aos trabalhos de codificação), que serviria como fonte ao primeiro grande diploma normativo brasileiro (Código Civil de 1916), foi forjado sob as rigorosas premissas da codificação e dos demais paradigmas do direito lógico e conceitual da época.⁵⁵⁸

Isso quer dizer que também o Brasil, no processo de afirmação de seu próprio ordenamento jurídico, recepcionou o direito continental já quando consolidava seu direito nacional nos séculos XVIII a XX. E o modelo jurídico continental então vigente correspondia ao modelo jurídico sob o influxo do racionalismo, do iluminismo e, principalmente, do movimento de codificação. Antes de receber institutos jurídicos com determinado conteúdo elaborados especificamente para uma determinada realidade histórica, cultural e temporal, o Brasil recebeu uma *concepção de direito*, também por sua vez elaborada sob a influência de determinada realidade histórica, cultural e temporal, em todo caso completamente diferente do país receptor.⁵⁵⁹

Não obstante a distinta situação política, social e cultural do Brasil, a metodologia da tradição romano-canônica foi adotada com vigor, dando ensejo à formação de um paradigma sobre a questão. Em razão do enaltecimento da lei, da completude dos códigos, do método subsuntivo de aplicação do direito, operou-se também no Brasil o divórcio entre mundo dos fatos e mundo jurídico. O magistrado ficou circunscrito a uma atividade meramente declarativa de direito, sem ter nenhuma parcela na criação do direito. Daí a grande

ao estado da ciência, o Código se destacava como um monumento legislativo, onde até originalmente se cristalizavam princípios ora pregados pela escola criminal positiva italiana, ou por ela apontados como fundamento da teoria positiva da repressão (...)” - NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. II. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 49-50.

⁵⁵⁷ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, p. 246.

⁵⁵⁸ Paradigmas como, por exemplo, a estrutura escalonada de conceitos, inspirada na obra de Leibniz – cf. MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé...*, pp. 246-259 -, e fundamentado no pressuposto de incorporar a uma técnica legislativa e jurídica com uma mesma unidade valorativa e conceitual, sem, porém, descuidar que não houve, no Brasil, *recepção* do código civil francês, ao contrário do que se deu nos demais códigos latino-americanos cf. COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília vol. 25, n. 97, jan-mar 1988, p. 163-180.

⁵⁵⁹ Principalmente no que toca ao direito processual civil, conforme Cândido R. Dinamarco: “Dos países europeus componentes da *família romano-germânica* do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e mesmo o espírito europeu continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público”. Após breve comparação entre os sistemas processuais europeus e o brasileiro, o autor conclui ser “bem mais expressiva a dignidade político-institucional do processo civil brasileiro. E, por isso, merece um tratamento mais acentuadamente publicístico e coerente com o modo pelo qual as nossas instituições processuais se inserem instrumentalmente na ordem jurídica” – DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 56-58.

dificuldade de se adotarem precedentes vinculantes na prática jurídica brasileira, já que a própria existência de precedentes desafia a lógica da tradição romano-canônica, transmitida ao Brasil fielmente, sem a interferência de ruídos na cruzada pelo Atlântico. Para ilustrar o comprometimento do Brasil com os pressupostos da tradição romano-canônica, que identifica o direito unicamente com o material editado pelo Parlamento, confira-se o seguinte trecho da obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“(...) se não houver no ordenamento jurídico texto legal ou constitucional que lhe atribua força vinculante, quer pela obrigatoriedade da adoção do precedente, quer por outro mecanismo qualquer, a interpretação constitucional, ainda que derivada de Corte Constitucional ou do Tribunal de mais elevada instância, apenas poderá influir, como elemento de convicção, quer relativamente aos cidadãos, quer relativamente aos poderes constituídos. Ninguém, salvo as partes (e mesmo essas, no caso concreto), estará obrigado a respeitá-la”⁵⁶⁰

E também alguns trechos que elucidam o papel passivo frente ao direito objetivo que a doutrina costuma atribuir ao Poder Judiciário brasileiro, sempre limitando sua atuação à preservação dos direitos subjetivos, nunca ao aprimoramento da ordem jurídica:

“Ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou, o Estado a garantir que (...) se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que a lei deseja.” (...) “Como vimos, torna-se possível estremar a jurisdição das outras atividades estatais. Ela difere da *legislação*, porque consiste em dar solução a lide que é apresentada ao Estado-juiz, seja dizendo autoritativamente qual é a preexistente vontade do direito (sentença), seja produzindo os resultados que o obrigado não produziu com sua conduta própria (execução)”⁵⁶¹

“(...) a função jurisdicional cognitiva consiste em atividades destinadas a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático*” (...) “Sentenças desprendidas de fatos concretos ou iminentes seriam sentenças sobre norma em abstrato, sobre lei em tese, cujo caráter nitidamente normativo, semelhante ao da função legislativa, seria incompatível com a natureza da atividade jurisdicional”⁵⁶²

“Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o

⁵⁶⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 121-122. Nessa mesma linha, situam-se outros grandes juristas brasileiros. José Frederico Marques, por exemplo, defende que se aplicam as decisões anteriores e repetidas aos casos futuros como fato jurisprudencial, o que mostra a força da jurisprudência como forma de revelação do Direito. Tanto que se cataloga em súmulas a jurisprudência uniforme. Mas como não há força do precedente podem os juízes e tribunais rever seu entendimento e não se vincularem à jurisprudência, ainda que torrencial e tranquila – MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 338 e ss.

⁵⁶¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 84 e 87.

⁵⁶² ZAVASCKI, *Processo Coletivo...*, p. 262 e p. 264. O autor reconhece ao Poder Judiciário função criadora de direito apenas no controle concentrado de constitucionalidade – cf. p. 279, da mesma obra.

escopo jurídico da jurisdição não é a *composição* das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação”⁵⁶³

“O legislador, ao elaborar a lei, inova na ordem jurídica, pois toda a lei discrimina, traçando novas condutas, ao passo que o juiz, aplicando a norma jurídica já existente, não o faz, com a mesma intensidade, visto que apenas fez valer a norma anterior, aplicando-a ao caso concreto”⁵⁶⁴

“A atribuição da jurisdição ao Poder Judiciário pressupõe o Poder Legislativo, com a incumbência de formular as leis, de criar o direito objetivo, a regular a ordem jurídica. A jurisdição, portanto, pressupõe a lei, o direito objetivo. Diversamente do que ocorria em Roma, no período formulário, em que a legislação e jurisdição podiam se exercer concomitantemente, pois os magistrados, a quem era conferida a *iurisdictio*, ao concederem a *actio*, podiam e muito comumente criavam o direito a ser aplicado”⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶

Como se vê, o Brasil nitidamente inspirou-se nos pressupostos da tradição romano-canônica para a construção de seu direito nacional. Por outro lado, o direito brasileiro, por meio da constituição republicana de 1891, recebeu também forte influência da teoria constitucional e da divisão administrativa norte-americana, por sua vez comprometida com os pressupostos do *common law*. A federação, o presidencialismo, o *judicial review* e a jurisdição una, com supressão do contencioso administrativo, são questões constitucionais diretamente importadas da constituição norte-americana. Daí a inevitável indagação: o Brasil situa-se entre as nações da tradição romano-canônica ou de *common law*?

Antes de analisar a situação brasileira à luz dessa questão, cabe discorrer sobre o caso do Japão. É que o Japão, assim como o Brasil, recebeu influências de ambas as tradições jurídicas. Até meados do século XX seria possível afirmar com bastante segurança que o Japão situava-se dentro da tradição romano-canônica. Já com a derrota na Segunda Guerra, o estreitamento do contato com o mundo ocidental e, principalmente, com os Estados Unidos,

⁵⁶³ DINAMARCO, *A Instrumentalidade...*, p. 246.

⁵⁶⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1., p. 161.

⁵⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, v.1, p. 68.

⁵⁶⁶ Enquanto isso, Marinoni, antecipando-se à virada do paradigma, anota que “No Estado Constitucional brasileiro, em que o juiz tem o dever de interpretar a lei de acordo com a Constituição e de realizar o controle da constitucionalidade no caso concreto, não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, na linha proposta por Chiovenda, ou mesmo se limita a criar a norma concreta, nos termos da teoria de Kelsen e das doutrinas de Carnelutti e Calamandrei. Nas teorias clássicas, o juiz declara a lei ou cria a norma individual a partir da norma geral. Atualmente, cabe ao juiz o dever-poder de elaborar ou construir a decisão, isto é, a norma jurídica do caso concreto, mediante a interpretação de acordo com a constituição e o controle da constitucionalidade. A decisão transitada em julgado, assim, não pode ser invalidada como se constituísse mera declaração ou aplicação da lei, mais tarde pronunciada inconstitucional” – MARINONI, *Precedente...*, pp. 314-315, nota. 139.

fez com o que Japão, enquanto povo perdedor, submetesse-se a uma série de alterações de fundo, inclusive alterações jurídicas que o aproximaram da tradição do *common law*.

É algo recente a modernização e industrialização do Japão: ocorreram ao longo do último século e meio. O país abriu as portas para o comércio apenas em 1853 e o sistema feudal dos *shoguns* foi extinto apenas em 1868. Esse atraso deixou marcas da influência de práticas antigas sobre o processo civil. Como costuma acontecer, a adoção de códigos é a solução típica para se alcançar um novo modelo jurídico: qualquer novo início requer um novo direito. É prática arraigada entre países que almejam a modernidade jurídica que apelem para os códigos europeus, e não para a prática do *common law*, este por demais complicado, complexo e tradicional.⁵⁶⁷ Foi por isso que após o fortalecimento do poder do imperador vários estudantes foram mandados para aprender o sistema legal do continente europeu, a fim de reformar o direito japonês. Assim, o primeiro código de processo japonês de 1890 é praticamente uma cópia da ZPO germânica de 1877.⁵⁶⁸

Porém, com a derrota na Segunda Guerra, houve uma americanização do direito japonês. A nova constituição de 1946 abalou o típico sistema de *civil law* ao criar uma suprema corte com poder de *constitutional review*, mas ao mesmo tempo preservou a organização de *civil law* das cortes inferiores.⁵⁶⁹ No processo civil, as maiores alterações foram afastar do juiz a possibilidade de examinar provas de ofício e estabelecer que os advogados interrogassem as testemunhas por meio do *cross-examination*. Foi a ideologia americana do processo *adversarial* que motivou essa reforma, levando a que o procedimento dominado pelo juiz fosse transformado em procedimento dirigido pelas partes.⁵⁷⁰ Mas os advogados não estavam preparados pra essa mudança, e por não estarem aptos a praticar o processo *adversarial*, a suprema corte teve de aumentar, faticamente, a intromissão do juiz na direção do processo.⁵⁷¹ Em 2003, com as reformas, buscou-se ainda mais a implementação de um típico processo *adversarial*, possibilitando-se às partes coletar informações e evidências perante o futuro adversário ou perante terceiros, mesmo em momento anterior ao início da ação. A tendência no direito japonês, com os institutos de se levantar as provas previamente e

⁵⁶⁷ FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁶⁸ Cf. CHAESE, Oscar; HERSHKOFF, Helen, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁷⁰ CHAESE, Oscar; HERSHKOFF, Helen, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁷¹ Ainda hoje há uma deficiência no *staff* jurídico japonês: poucos advogados, muitos litigantes sem representação - cerca de 20% das causas não contam com a intervenção de um advogado. Com o código de 1996, em razão desse descompasso, estabeleceu-se que o juiz poderia questionar as testemunhas, para tentar reduzir a disparidade entre as partes.

de *discovery*, inclusive indica uma futura bipartição do procedimento em *trial* e *pre-trial*. O novo *código* também estabeleceu a concentração da audiência, para que não fosse fragmentada ao longo do tempo, e também maior apego à oralidade, privilegiando-se inclusive o valor da prova testemunhal.

Esses fatos levaram à ideia de que atualmente o processo civil japonês tem um caráter híbrido de *civil law* e *common law*.⁵⁷²

Contudo, o que se viu foi um Estado com um ordenamento jurídico formado sob os pressupostos da tradição romano-canônica receber, posteriormente, institutos típicos do *common law*. Daí a se afirmar que o Estado passou a ter caráter híbrido é demais. A tradição romano-canônica e do *common law* designam, não é bastante repetir, *tradições*. Por sua própria natureza, uma tradição, para se formar, exige observância de uma série de institutos por um longo período de tempo. A continuidade de instituições jurídicas forma uma tradição jurídica. Se posteriormente o mesmo ordenamento passa a adotar institutos jurídicos diversos, essa nova prática não altera sua tradição jurídica, mas apenas adapta e corrige sua evolução futura. Isso quer dizer que um Estado, uma vez formado seu ordenamento jurídico nos termos de uma ou outra tradição jurídica, jamais irá alterar suas origens, mas apenas adequar seu futuro às novas exigências que se seguirem. Enfim, não pode um ordenamento jurídico ter *duas* tradições, nem que se disfarce em um caráter *híbrido*.

É por isso que, retornando à análise do caso específico do Brasil, não concordamos com a opinião de Hermes Zanetti Júnior, exposta em sua densa análise sobre a formação do patrimônio jurídico brasileiro à luz das influências europeias e norte-americanas, de que por conta dessa dupla origem seria o ordenamento jurídico brasileiro híbrido entre tradição romano-canônica e o *common law*.⁵⁷³

A Constituição de 1891 certamente inspirou-se na constituição norte-americana, mas daí não se segue tenha aproximado o Brasil da tradição do *common law*. Aliás, não é porque os Estados Unidos sejam uma nação vinculada ao *common law* que sua constituição seja uma expressão do *common law*. A constituição norte-americana, antes de ser um marco na definição do ordenamento jurídico norte-americano como um ordenamento vinculado ao *common law*, é uma constituição para definir institutos políticos e assim afirmar um Estado

⁵⁷² Cf. adaptação da obra de Yasuhei Taniguchi, in CHAESE, Oscar; HERSHKOFF, Helen, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷³ ZANETTI JÚNIOR, *Processo Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 15. Para o autor, esse hibridismo ainda geraria um "paradoxo metodológico".

recém independente. A constituição norte-americana, portanto, definiu um *sistema político*, e não um *sistema jurídico*. O *common law*, inclusive, é aplicado nos Estados Unidos sem que tenha sido instituído expressamente por sua constituição.⁵⁷⁴ A constituição norte-americana nem sequer indica a vigência do *common law*: em seu artigo primeiro outorga *todos os poderes legislativos* ao Congresso,⁵⁷⁵ e em seu artigo 3º, que trata do Poder Judiciário, determina que as decisões judiciais devem sempre observar as normas que o Congresso estabelecer.⁵⁷⁶ Mesmo a Inglaterra, embora tenha ela própria desenvolvido desde o princípio o *common law*, não tem constituição escrita. Em uma palavra, o *common law*, por representar uma tradição jurídica, não necessita que uma constituição lhe garanta vigência.

Daí que o fato de o Brasil ter inspirado sua constituição republicana (Constituição de 1891) na constituição de um país de *common law* em nada afeta a tradição romano-canônica, que já vinha se afirmando no país, tanto na concepção do que seja direito (=lei), quanto na metodologia de aplicação do direito (=subsunção).

Não obstante, é inegável que a constituição republicana de 1891 trouxe relevantes alterações jurídicas suficientes para ferir alguns dos pressupostos da tradição romano-canônica. Se por um lado foi suprimido o Poder Moderador – o então poder soberano do Império, a chave de toda a organização política, encarregado de controlar, mediante atuação do próprio imperador, os demais poderes, garantindo a independência, equilíbrio e harmonia (cf. art. 98 da Constituição do Império – Constituição de 1824) –, por outro lado, com a inauguração do *judicial review*,⁵⁷⁷ o Poder Judiciário herdou parte daquelas atribuições do agora extinto poder moderador, já que tinha como competência arbitrar os conflitos entre poderes e rever a constitucionalidade das leis – as quais, até então, eram livradas de qualquer

⁵⁷⁴ Estabeleceu-se debate nos Estados Unidos inclusive se a regra do *stare decisis* detinha ou não *status* constitucional. Michael Stokes Paulsen escreveu artigo defendendo que o *stare decisis* não era norma constitucional e por essa razão poderia ser suprimido pelo legislador, por simples *statute* (cf. PAULSEN, Michael Stokes. *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, 109 Yale L.J. 1535, 1538 n.8). Em resposta, Richard Fallon Jr. escreveu artigo defendendo o caráter constitucional da norma do *stare decisis*, mas, mesmo assim, assumiu que decorria de norma não escrita: “*I shall argue, is a doctrine of constitutional magnitude, but one that is rooted as much in unwritten norms of constitutional practice as in the written Constitution itself*” - FALLON JR., Richard. *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, N.Y.U. Law Review, nº 570, pp. 570-597. New York, 2001, p. 572.

⁵⁷⁵ Artigo 1º, seção 1: *All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.*

⁵⁷⁶ Art. 3º, seção 2: *The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.*

⁵⁷⁷ Essa função não estava expressamente prevista na constituição norte-americana, mas foi firmada no julgamento da Suprema Corte *Marbury v. Madison*, de 1803.

vício pela simples aprovação do imperador.⁵⁷⁸ Tanto é assim que a exposição de motivos do Decreto nº 848, de 1890, explicita o salto do Poder Judiciário, passando de poder subordinado⁵⁷⁹ a poder soberano, encarregado que foi de manter o equilíbrio, a regularidade e a independência dos demais poderes, assegurando ainda o livre exercício dos direitos dos cidadãos, para *opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos*.⁵⁸⁰

Ora, a conformação institucional do Poder Judiciário, desenhada pela Constituição de 1891, por certo desafia os padrões da tradição romano-canônica, na qual tende a ser o menor dos poderes, funcionando como simples boca da lei. Um poder praticamente nulo, resumindo-se a declarar, a concretizar a vontade do Poder Legislativo. O próprio modelo do *judicial review*, que atribui um poder à jurisdição de afastar a aplicação de uma lei, por reconhecer sua inconstitucionalidade, normalmente não acompanhou o nascimento dos direitos modernos das demais nações da tradição romano-canônica. E a gradual atribuição, ao Poder Judiciário, da função de declarar a inconstitucionalidade das leis nasceu incipiente, sem a força atual. Quer dizer: o Poder Judiciário, mesmo armado de *judicial review*, não assumiu competência criativa de direito. Nas origens, sua manifestação pela inconstitucionalidade da lei não tinha efeito *ultra partes*. Foi só por meio da Constituição de 1934 que se possibilitou a *comunicação* ao Parlamento, para que o Senado Federal determinasse a suspensão da execução da lei tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A atuação do STF, portanto, mesmo no controle de constitucionalidade, se dava *in concreto*, sem alterar, pelo menos a princípio, a ordem jurídica objetiva.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ As principais atribuições do Poder Moderador, aquelas relacionadas com manter o equilíbrio entre os poderes políticos, precisam ser exercidas politicamente, mas não centralizadas em uma única pessoa: “O Poder Moderador, nos termos mesmos em que o propusera Benjamin Constant, haveria de ser ‘uma espécie de materialização do equilíbrio, no funcionamento das instituições’; e, tratando-se de órgão de equilíbrio, é evidente que não poderia residir numa só pessoa, como aqui se consagrou, ainda mais quando nela se acumulavam as funções executivas” - NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. I – o império. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, p. 62.

⁵⁷⁹ No contexto da primeira constituição brasileira (Constituição Política do Império do Brasil, de 1824), Lenine Nequete descreve que “não gozava a magistratura de nenhum prestígio. Pelo contrário. Ou ela não se impunha, toda dependente das graças do Executivo e do Poder Moderador, ou ensejava, realmente, os juízos desfavoráveis que então se faziam ao seu procedimento” - NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. II – a república. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, p. 48.

⁵⁸⁰ Cf. NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. II. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 12-13.

⁵⁸¹ “A Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento *in concreto*, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, da lei. Bem que escritores americanos falassem em *veto judicial* (...), o sistema dos Estados Unidos da América e o do Brasil são os de simples julgamento, *in casu*, da inconstitucionalidade” – NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil...*, v. II, p. 84. Foi apenas na década de 1970, a partir do julgamento da Representação 1.016-3 pelo Supremo Tribunal Federal, no que é especialmente relevante o voto do Min. Moreira Alves, que se estabeleceu o entendimento de que a suspensão, pelo Senado Federal, da lei

Por essas razões, quanto ao *modelo político*, ou mesmo quanto ao *modelo constitucional*, o Estado Constitucional brasileiro tem sim híbrida matriz, combinando elementos do *Verfassungsstaat* alemão, do *État de Droit* francês e do *Rule of Law* inglês, cada qual com diversos métodos para balizar a atividade da jurisdição: o último comprometido com a cláusula do *due process of law*, e os primeiros com a legalidade e constitucionalidade.⁵⁸² Mas isso não se dá quanto ao *modelo jurídico*. O modelo jurídico é da tradição romano-canônica, ainda que desde a fundação tenha experimentado o direito brasileiro a inclusão de institutos, instrumentos e métodos ligados à tradição do *common law*. Enfim, na transição do século XIX para o século XX, quando se verificaram essas alterações constitucionais, a constituição e o direito constitucional não tinham a força que têm hoje. O direito girava em torno do direito privado, onde as linhas gerais do ordenamento eram expostas e da onde eram extraídas pelo estudioso do direito comparado. O código civil, portanto, era o grande centro de gravidade jurídica. Era o código civil, muito mais que a constituição, o encarregado de definir o caráter do ordenamento jurídico de qualquer nação ocidental, principalmente no Brasil, que se consolidou como Estado Constitucional somente com a Constituição de 1988, a qual implicou a consolidação dos direitos fundamentais, a centralização jurídica na constituição, acompanhada que foi ainda por uma própria alteração da mentalidade jurídica, frente à virada de um regime autoritário para um regime democrático.

Porém, repita-se, a adoção brasileira de institutos políticos de outras nações não teve o condão de alterar sua tradição jurídica. Fatos posteriores não podem alterar o passado. A introdução de novos institutos jurídicos e a alteração parcial da metodologia condicionam o futuro, determinam novos rumos que determinada nação percorrerá em sua evolução jurídica, mas não fazem do Brasil uma nação submetida a um *hibridismo* entre tradição romano-canônica e *common law*. O próprio fortalecimento do Poder Judiciário não significa, diretamente, uma aproximação com o *common law*. A harmonia e independência dos poderes políticos é mesmo inerente à teoria de Montesquieu. Ao atribuir ao Poder Judiciário a tarefa de garantir a harmonia entre os demais poderes, controlar o arbítrio e garantir o exercício dos direitos do cidadão, o que se está fazendo é zelar pela própria ordem democrática, de acordo com a noção, reelaborada, de pesos e contrapesos. O próprio J. Bentham, sempre contrário à atribuição ao Poder Judiciário de competência de interpretar e criar direito (afirmava que o intérprete pretende, com suas ficções interpretativas, substituir-se ao Poder Legislativo),

declarada inconstitucional pelo STF em controle concentrado se dava apenas com caráter de publicidade, já que o próprio julgamento do STF nulificava a lei – cf. MARINONI, *Precedentes...*, pp. 298-299.

⁵⁸² OLIVEIRA; MITIDIERO. *Curso...* p. 124.

reconhece que “a imperfeição da justiça gera, a princípio, o terror; depois, a corrupção; e, por fim, a queda de qualquer regime”.⁵⁸³

Em resumo, a vinculação da jurisdição brasileira à lei por muito tempo foi a regra, o que, somado à metodologia jurídica, à forma de separação dos poderes, à estruturação do procedimento, ao modo de seleção dos magistrados, situa o Brasil dentre os países da tradição romano-canônica. Há inspirações em alguns instrumentos do *common law*, é verdade, mas não o suficiente para atrair o ordenamento brasileiro aos países de *common law*, nem para classificá-lo como país misto.

Como quer que seja, verificado que o mundo ocidental partilha uma grande tradição jurídica, o fato de o Brasil ter origens na tradição romano-canônica não constitui fator impeditivo a que se adotem instrumentos ou método a princípio típicos do *common law*, e vice-versa. A questão prática de classificar determinado ordenamento dentro de uma das tradições é a mesma questão prática de qualquer classificação: facilitar o trabalho. Assim, se um ordenamento de origem romano-canônica, conforme classificação feita pelo estudioso do direito, desejar importar um instrumento jurídico característico do *common law* (ou seja, importar um instituto típico de outra tradição jurídica, de uma outra realidade cultural e histórica), essa importação deve ser necessariamente precedida de um estudo de compatibilidade, a fim de que seja aferido se o instrumento do *common law* não depende sua plena eficácia de pressupostos jurídicos típicos daquela tradição, ou se, ao contrário, é facilmente exportável para outros ordenamentos, independentemente da origem histórica e metodológica. É esse exame que se procederá nos itens subsequentes, a respeito da implementação do sistema de precedentes no Brasil.

2.1.2. A compatibilidade do *stare decisis* com a tradição jurídica brasileira

Em qualquer sistema jurídico as decisões judiciais sobre determinado tema são relevantes para se chegar à solução de um caso posterior semelhante. Ainda que nesses sistemas o julgador do caso entenda melhor decidir de forma diversa do que foi decidido no passado, a decisão anterior ao menos terá força persuasiva e exigirá que sejam expostos motivos para dela se afastar. Isso quer dizer que o *stare decisis* tem aplicação praticamente

⁵⁸³ Cf. NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil...*, v. II, p. 100; e BRUTAU, *op. cit.*, pp. 138-139.

universal. A história tem importância, e a influência do passado na definição do futuro se verifica então também no Direito.⁵⁸⁴ O que difere o *stare decisis* inglês é que a doutrina do precedente na Inglaterra tem natureza fortemente coercitiva.

A doutrina do *stare decisis* na Inglaterra submete-se a regras, cujas principais são: (i) uma única decisão da corte superior constitui precedente e deve ser observada pelas cortes inferiores, conforme estabelecido em *R. v. Millis* (1844) e em *Beamish v. Beamish* (1861);⁵⁸⁵ e (ii) uma decisão de uma corte inferior é tida como persuasiva pela corte que lhe é superior em grau hierárquico ou pelas cortes que estão no mesmo plano, como demonstra o tratamento dado ao caso *Simonin v. Mallac* (1860) pela *House of Lords* no julgamento de *Ross-Smith v. Ross-Smith* (1963).⁵⁸⁶ Assim, mesmo que os juízes das cortes inferiores tenham ótimas razões para se afastar do precedente, eles não podem fazê-lo. Se o fizerem, serão severamente recriminados e estarão comprometendo toda a ordem jurídica inglesa.⁵⁸⁷⁻⁵⁸⁸

O *stare decisis*, na Inglaterra, vem para complementar e efetivar o sistema do *case law*. É uma técnica de decisão que pode ser tida como característica do *common law*,

⁵⁸⁴ “The doctrine of *stare decisis* thus creates an explicitly path-dependent process. Later decisions rely on, and are constrained by, earlier decisions” (...) “The past forms the point of departure for the present. The present, in turn, forms the point of departure for the future. Therefore, the historical path leading to each new outcome or decision directly shapes that outcome in specific and systematic ways. Oliver Wendell Holmes was thus correct when he said that understanding the history of the law is central to understanding the law as it is today” - HATHAWAY, Oona A. *Path Dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system*. In 86 Iowa Law Review, 2001, p. 106 e 163.

⁵⁸⁵ CROSS, *op. cit.*, p. 7. No julgamento de *Beamish v. Beamish* Lord Campbell afirmou que aquilo que havia sido decidido no caso anterior *R. v. Millis* deveria ser tido como direito, ainda que os atuais lordes não concordassem, pois do contrário a *House of Lords* estaria assumindo o direito de alterar a lei a seu bel prazer e, assim, de legislar.

⁵⁸⁶ CROSS, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁸⁷ Cf. CROSS, *op. cit.*, p. 7: “On two recent occasions the Court of Appeal has declined to follow decisions of the House of Lords and the House has reacted in an appropriately admonitory manner, but the common law is intact. A judge who repudiated his obligation to have regard to case-law would be treated very differently, and, if such a repudiation were ever to be generally accepted, the English legal system would have undergone a revolution of the highest magnitude”. Ainda sobre a situação de um juiz deixar de seguir um precedente, sem utilizar-se do *distinguish* ou *overruling*, Duxbury afirma que “Neither judges nor jurists pay much attention to the question of what should happen to the judge who is regular and manifestly disrespectful towards and neglectful of precedent, probably because that judge rarely if ever exists outside fictional literature” - DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 16.

⁵⁸⁸ A divisão hierárquica do judiciário inglês inicia com as *county and magistrate’s courts*, seguida da *High Court (divisional court)*, da *Court of appeal* e finalmente da *Supreme Court of the United Kingdom* (sendo que até 2005, antes da edição do *Constitutional Reform Act 2005*, a posição de corte suprema era ocupada pela *House of Lords*) - CROSS, *op. cit.*, p. 6. Essa formatação foi consolidada a partir dos *Judicature Acts* de 1873-1875, que reorganizaram a divisão judiciária, tornando-a mais simples ao criar a *High Court* e a *Court of Appeal*, e ao estabelecer apenas uma corte superior, reafirmando o poder da *House of Lords*, composta pelo *Lord Chancellor* e mais doze *lords*, estes que, embora compunham o parlamento, por tradição ficavam de fora da atividade legislativa, assim como os demais parlamentares ficavam alheios à atividade judicante da casa - VARANO, *op. cit.*, pp. 296-297.

pois é mais utilizada nessa tradição jurídica. É que o *common law* se fundamenta em uma concepção de direito em que a experiência é desenvolvida pela razão e a razão, por sua vez, é testada e desenvolvida pela experiência. A utilização de decisões anteriores para resolver os casos futuros é medida impositiva desse estado de coisas, já que a decisão anterior passou pelo processo de realimentação entre razão e experiência.⁵⁸⁹

Não obstante o *stare decisis* seja uma técnica geralmente associada ao *common law*, é possível sua utilização sem que haja um sistema de *case law* na base, assim como é plenamente factível que o *case law* subsista sem que haja uma vinculação estrita ao precedente, sem que haja o *stare decisis* em seu mais alto grau de vinculação. Na Inglaterra, embora o *stare decisis* seja largamente aplicado, essa teoria encontra fundamento em regras não escritas, em regras advindas da prática judicial. Sempre foi tão natural que os magistrados seguissem as decisões anteriores, que todos os magistrados assim procedem, em respeito a uma regra positiva, ainda que não uma regra escrita. As regras da doutrina do precedente, principalmente a respeito da vinculação rígida às decisões anteriores, manifestaram-se já no século XVIII, mas foram elaboradas e sistematizadas apenas nos séculos XIX e XX.⁵⁹⁰ A moldagem atual do sistema de *case law* e de *stare decisis* inglês foi possibilitada pela alta qualidade das cortes, alavancadas em excelência pelo trabalho desenvolvido por eminentes magistrados e advogados e pela divisão hierárquica do judiciário, por volta dos meados do século XIX.⁵⁹¹

Antes de 1869, aliás, o *stare decisis* tinha um grau bastante fraco na Inglaterra. Na realidade não havia ainda vinculação. As cortes inferiores poderiam desviar da orientação estabelecida pela *House of Lords* em decisão anterior, desde que demonstrassem ser o precedente editado de forma errônea ou com base em más razões. Foi apenas no julgamento *Beamish v. Beamish* (1869) que a *House of Lords* instituiu a vinculação das cortes inferiores a seus precedentes. Ainda assim, a *House of Lords* ficou vinculada a seus próprios precedentes

⁵⁸⁹ “The common-law technique is based on a conception of law as experience developed by reason and reason tested and developed by experience. It is a technique of finding the grounds of decision in recorded judicial experience, making for stability by requiring adherence to decisions of the same question in the past, allowing growth and change by the freedom of choice from among competing analogies of equal authority when new questions arise or old ones take on new forms. In that technique there is a distinction between binding authority and persuasive authority. The decision of the ultimate court of review in a common-law jurisdiction is held to bind all inferior courts of that jurisdiction and also the court itself in future cases involving the question of law decided or at least necessary to the decision rendered. Beyond that it may furnish an analogy and be the basis of legal reasoning upon new and different questions raised by different states of fact” - POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis?* in *Fordham Law Review*, v. X. n. 1, jan 1941, pp. 5-6.

⁵⁹⁰ CROSS, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹¹ CROSS, *op. cit.*, p. 25.

apenas com o julgamento de *London Tramways v. LCC* (1898). Enfim, a vinculação dos tribunais inferiores (*Court of Appeal*) a suas próprias decisões é produto de 1944, no julgamento de *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.*⁵⁹²

Mesmo na Inglaterra, portanto, embora seja adotado um sistema inequivocamente de *case law*, a vinculação aos precedentes é fenômeno relativamente recente, afirmando-se na metade do século XIX. Até então, as cortes estavam preocupadas em dar coesão à obra jurisprudencial, esforçando-se para continuar decidindo na mesma linha do que havia sido decidido previamente, mas sem estabelecer o princípio da obrigação de seguir o precedente.⁵⁹³ Como fatores que motivaram a adoção do *stare decisis* no século XIX, é possível indicar (i) a reforma da administração da justiça promovida pelos *Judicature Acts* (1873-1875), que criaram um sistema centralizado de administração da justiça e hierarquizado, o que favorece o bom funcionamento da regra do *stare decisis*; (ii) o aprimoramento do sistema de repertório de jurisprudência, que até então registrava todos os julgamentos, indicando os votos divergentes, o que dava ares de registro historiográfico, passando a ser elaborado por um órgão semi-oficial, encarregado de reunir os julgamentos mais relevantes da corte superior. Os repertórios de jurisprudência são um importante instrumento de trabalho do jurista inglês;⁵⁹⁴ (iii) enfim, o anseio por segurança jurídica impôs-se a todo o mundo ocidental. Se no Continente ele foi satisfeito pelo movimento codificatório, na Inglaterra a resposta foi incrementar a força vinculante do precedente.⁵⁹⁵ A regra do *stare decisis*, ademais, não foi imposta por lei, mas foi o fruto de uma escolha dos próprios juristas, sendo elaborada a partir de um conjunto de julgamentos a partir do início do século XIX e que

⁵⁹² *Ibidem*, p. 25.

⁵⁹³ “*La teoria del precedente è dunque antica, ma la rigida affermazione del principio stare decisis è invece relativamente recente*” - VARANO, *op. cit.*, p. 322.

⁵⁹⁴ A relação entre a eficácia do precedente vinculante e a publicação eficiente das decisões judiciais já foi evidenciada por Gino Gorla. Na Inglaterra, cerca de 70% dos casos julgados pela *House of Lords*, 25% dos casos da *Court of Appeal* e 10% das decisões da *High Court* são publicados nos repositórios de jurisprudência. Isso certamente favorece a publicidade do precedente e sua observância futura. Por outro lado, a publicação da totalidade das decisões, em sistemas em que o número de decisões judiciais é elevadíssimo, prejudica a eficiência dos precedentes, pois quem comunica demais acaba não comunicando nada. A publicação das decisões deve ser razoável, para otimizar o tempo dos intérpretes e aplicadores do direito. Na Inglaterra apenas 2% (aproximadamente) das causas chegam ao *trial*, e dessa parcela apenas um número muito reduzido chega à apreciação da corte superior. Mesmo nesse contexto não é toda a produção das cortes que é publicada, mas apenas os casos mais relevantes. Para ilustrar o efeito nefasto da publicação em excesso das decisões judiciais, VARANO indica que a partir do momento em que se passou a publicar um número muito elevado de decisões nos Estados Unidos se verificou uma diminuição da força da regra do *stare decisis*, o que foi agravado pela influência das universidades na formação do jurista, que passou a atuar com uma mentalidade mais crítica – VARANO, *op. cit.*, pp. 375-376.

⁵⁹⁵ VARANO, *op. cit.*, pp. 322-323.

passou a ser tida como uma regra formal e coercitiva, fundamental à administração e evolução do *common law*.

Daí se segue que, em que pese todas essas considerações a respeito da concordância lógica entre o sistema de *case law* e o *stare decisis*, o fato é que um não depende do outro: tanto é possível o *case law* sem o *stare decisis*, como é plenamente viável a vigência da regra do *stare decisis* em um sistema de direito predominantemente legislado.

Na primeira hipótese, de um direito de *case law* sem *stare decisis*, o pressuposto seria de que o poder judiciário criaria direito, mas que nem todo o direito criado por decisões anteriores tivesse de ser aplicado em casos semelhantes no futuro. Bem entendido, a decisão posterior em sentido contrário estaria constituindo novo direito, revogando o direito anterior, em um novo esforço de aplicação retroativa da norma. Nessa situação, portanto, o precedente não tem eficácia vinculante e há um desvalor à segurança jurídica. Os juízes do caso posterior, valorando o precedente, poderiam optar tanto por segui-lo quanto por superá-lo, em uma lógica que parece privilegiar mais a justeza da decisão em si mesma considerada do que a segurança jurídica do ordenamento. O *case law* desprovido de *stare decisis* faria com que o precedente valesse por suas boas razões, apenas, e não pela autoridade de quem os emana – a corte; faria com que o precedente fosse simplesmente *seguido*, em vez de *aplicado*.⁵⁹⁶

Ademais, como o sistema de *case law* pressupõe a atribuição do poder de criação de direito ao magistrado, seria até mesmo natural que um mesmo caso fosse decidido de forma diversa do anterior, pois se o magistrado do caso anterior *criou* o direito para solucionar a causa em um sentido, o magistrado do caso posterior bem poderia *criar novamente* o direito para solucionar causa idêntica em sentido contrário, pois quem tem o poder de criar direito certamente leva consigo o poder de revogá-lo. Daí se segue que, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a regra do *stare decisis* é um instrumento de limitação dos poderes dos magistrados. Vigente a regra do *stare decisis*, na verdade não seriam os magistrados, individualmente considerados, os detentores do poder de criação do direito, mas o próprio Poder Judiciário, como instituição. O *stare decisis*, se por um lado proporciona racionalidade e segurança jurídica ao impor a mesma solução jurídica a casos idênticos, por outro lado implica a consequência de que a solução seja alcançada sob o olhar da responsabilidade do Poder Judiciário em criar direito para o futuro, em superação às preferências individuais dos magistrados que pudessem levá-los a divergir de orientações

⁵⁹⁶ CROSS, *op. cit.*, p. 27.

anteriores levados apenas pelo seu senso particular de justiça. Ao mesmo tempo em que fortalece o Poder Judiciário enquanto instituição e legitima sua atuação, a observância do *stare decisis* tem, portanto, o inusitado resultado de *limitar* os poderes dos magistrados.

Já na segunda situação, de vigência do *stare decisis* em um sistema de direito predominantemente legislado, como o *stare decisis* não aumenta, mas limita os poderes do magistrado, é ele plenamente compatível com a tradição romano-canônica, na qual os magistrados tiveram limitados seus poderes nos últimos séculos. Se também na tradição romano-canônica se reconhece – ou melhor, se admite, como inevitável – o poder dos magistrados de criarem direito nas decisões judiciais – já que o direito legislado, em si mesmo considerado, é insuficiente para regular todos os casos se não contar com interpretação, com atribuição de sentido aos textos legislativos por parte do aplicador do direito –, é menos nocivo ao paradigma racionalista que se privilegie o Poder Judiciário como instituição, e não o poder individual de cada magistrado. Privilegiar o Poder Judiciário como instituição significa impor força vinculante aos precedentes provenientes das cortes de vértice, sem necessariamente implicar à migração para um sistema de *case law*, de direito constituído a partir do caso, em abandono à tradição de direito desenhado em abstrato pelo legislador. Para um sistema ser de *case law* é necessário muito mais que a aplicação de precedentes vinculantes, pois a formação judicial do direito depende de características da experiência jurídica em sua completude, como a educação jurídica, a organização dos profissionais, o modo de seleção dos juízes e o *status* social que se lhes atribui, o modelo de ordenamento jurídico, a regulamentação do processo, a disciplina dos recursos, o estilo de decisões e os apanhados de jurisprudência.⁵⁹⁷

O sistema de *case law* e a vigência da regra do *stare decisis* têm influência sobre a interpretação e argumentação jurídicas. A argumentação da decisão proferida no caso posterior deve ser guiada pela analogia, que é um método de trabalho antigo e bem conhecido no procedimento judicial inglês. Bracton, escrevendo no século XIII, explicava a aplicação das razões de um caso precedente a um caso posterior por meio de um procedimento de *similibus ad similia*.⁵⁹⁸ Isso quer dizer que, além dos dispositivos legais, a decisão judicial deve argumentar tendo em conta os precedentes judiciais sobre a matéria. Deve a corte considerar na nova combinação de circunstâncias que se lhe apresenta aquelas normas derivadas de um caso precedente, cujo substrato fático é semelhante. Daí a necessidade de

⁵⁹⁷ Cf. VARANO, *op. cit.*, p. 322.

⁵⁹⁸ BRACON, *De Legibus, apud* CROSS, *op. cit.*, p. 26.

sempre proceder mediante analogia, pois o princípio de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma exige a extensão, por analogia, da decisão (conclusão jurídica acerca dos fatos) proferida em um caso anterior.

Essa forma de abordagem dos problemas legais, partindo sempre da analogia entre a solução de casos semelhantes, marca uma das principais diferenças entre o processo judicial nos países de *common law* e nos países da tradição romano-canônica,⁵⁹⁹ estes últimos acostumados a trabalhar com analogia entre dispositivos legais. Há, veja-se, diferença de método, e não incompatibilidade. O procedimento da analogia trata em verdade da analogia entre proposições jurídicas, antes de analogia entre fatos ou analogia entre dispositivos legais. Uma proposição jurídica, dentro de um sistema prescritivo de direito, prevê uma conduta e uma consequência jurídica. Como qualquer sistema empírico de conhecimento não é esgotante da realidade a qual se dirige, também o direito contém lacunas e necessita da atividade analógica do intérprete. Assim, é possível ajuntar a consequência C a um fato F', pela similitude ao fato F, ao qual a mesma consequência é prescrita por uma proposição normativa. Isso, aliás, é feito corriqueiramente pelo jurista da tradição romano-canônica. O recurso à analogia não é privativo de um sistema de *case law*, portanto.⁶⁰⁰

2.1.3. Precedente, limites subjetivos da coisa julgada e contraditório na criação da norma concreta com pretensão de abstratividade

Coisa julgada e precedente estão ambos relacionados com a extensão dos efeitos da decisão final para além do próprio processo. Contudo, coisa julgada e precedente não se confundem: a coisa julgada diz respeito à definitividade da solução da controvérsia e relaciona-se ao direito subjetivo das partes discutido em juízo; o precedente diz respeito à norma estabelecida pelo Poder Judiciário e relaciona-se assim com o direito objetivo do Estado.

A coisa julgada liga-se à questão da imutabilidade da sentença e da cristalização da relação jurídica estabelecida em juízo (=conteúdo da sentença). Afeta diretamente as

⁵⁹⁹ CROSS, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰⁰ "A consequência C" relacionada ao fato F' é estendida ao fato F", pela analogia, juridicamente comprovada, encontrada entre esses fatos. Em suma, pode haver analogia de pressupostos e analogia de consequências" – VILANOVA, *op. cit.*, p. 211.

partes. Sua função é manter inalterável e indiscutível a norma individual estabelecida na sentença, obstando, com seu efeito negativo, que as partes renovem a discussão por meio do ajuizamento de nova demanda. A coisa julgada com efeitos *erga omnes*, especificamente, presente nos processos coletivos (cf. Código de Defesa do Consumidor, art. 103; Lei nº 7.347, de 1985, art. 16), tem por ponto distintivo estender os efeitos da sentença para além das partes envolvidas no debate judicial. Aproxima-se, pois, mais ainda do precedente já que faz a sentença ter efeitos *ultra partes*. Ocorre que essa característica da coisa julgada com efeitos *erga omnes* decorre da própria concepção dos direitos coletivos, pois a natureza transindividual desses direitos torna-os subjetivamente transindividuais (sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis,⁶⁰¹ impondo que àquela solução jurídica seja submetida toda a coletividade justamente pela indivisibilidade do objeto material discutido. Como se vê, também aqui a coisa julgada liga-se à imutabilidade da conclusão judicial sobre o caso controvertido, que deve ser observada por toda a coletividade pelo fato acidental de que o objeto material do litígio é indivisível. A extensão dos efeitos da decisão judicial a pessoas que não participaram do processo deve-se a uma contingência do direito discutido em juízo.

O precedente, a seu turno, diz respeito à *atividade* desenvolvida pelo Poder Judiciário no processo. No julgamento, o caso na sua integralidade é objeto de discussão pelas partes e de decisão pelo magistrado, levando em conta os fundamentos jurídicos que lhe foram apresentados. A decisão do magistrado decide o caso controvertido, pacifica o conflito e ordena o plano dos direitos subjetivos até então desordenado em razão da existência da demanda. Por outro lado, a *ratio decidendi*, as razões determinantes do julgado, extraídas obviamente da própria decisão, constituem norma jurídica, dentro da concepção que reconhece ao intérprete papel de criação de direito, criação por meio da interpretação, como desdobramento do direito em vigor. E como norma jurídica, a conclusão do Poder Judiciário pode e deve ser replicável a casos futuros. A decisão judicial, portanto, desempenha uma dupla função: a de resolver a controvérsia de uma vez por todas, o que se consegue por meio da *res judicata*, e a de valer como norma jurídica para a resolução de futuros casos semelhantes, o que se dá por meio do precedente.⁶⁰²

⁶⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.

⁶⁰² Cf. RE, *Stare Decisis*., p. 282.

Se a norma jurídica extraída da decisão judicial só adquire efetividade após a verificação da coisa julgada, tal se dá por uma questão de instabilidade do julgamento quando ainda sujeito a recurso. Quer dizer, o precedente constitui-se apenas após a verificação da coisa julgada, mas os dois institutos não se confundem. E por representarem dois fenômenos diversos, coisa julgada e precedente não se submetem à mesma disciplina jurídica. Como principais diferenças, podem ser elencadas a extensão e a imutabilidade.

Após ter se verificado a autoridade da coisa julgada, o estabelecido pelo julgamento torna-se imutável, salvo o eventual caso de ação rescisória. Não há, assim, relativização da coisa julgada, a qual é admitida apenas em raríssimas exceções.⁶⁰³ Já o precedente é revogável, assim como todas as normas jurídicas.⁶⁰⁴ Estabelecida uma norma jurídica pelo precedente, sua revogação se dá pelo fenômeno denominado *overruling*, que denomina o procedimento em que a corte revê seu entendimento anterior, motivada por novas questões de fato e de direito surgidas na evolução jurídica experimentada pela sociedade.

Em relação à *extensão* dos efeitos para além do processo, importa tratar sobre o princípio do deduzido e dedutível. De acordo com esse princípio, os efeitos negativos da coisa julgada consideram tanto os fundamentos que foram explicitamente deduzidos pelas partes quanto aqueles fundamentos que poderiam ter sido mas não foram deduzidos pelos interessados (=indiscutibilidade). A indiscutibilidade nesses termos é justificada pela premissa de que o julgamento de uma ação obsta que a mesma ação seja apreciada novamente.⁶⁰⁵ Vem a lume, portanto, o tema do objeto do processo e da identificação de demandas ou individualização de ações, segundo o qual a existência de demanda repetida deve ser aferida pela identidade de partes, pedido e causa de pedir. A impossibilidade de veicular novos argumentos - princípio do deduzido e dedutível (também tratado como eficácia preclusiva da coisa julgada) - relaciona-se, como se vê, à alteração da causa de pedir. E daí se segue que os efeitos negativos decorrentes dos limites objetivos da coisa julgada terão sua extensão condicionada à teoria que se adota acerca da causa de pedir (individualização ou substanciação). Seja como for, o princípio do deduzido e dedutível impede a renovação da discussão judicial mesmo no caso em que a nova demanda pretensamente veicule fundamento

⁶⁰³ V.g., Supremo Tribunal Federal, RE 363889, Tribunal Pleno publicado em 16-12-2011: “*Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo*”.

⁶⁰⁴ salvo as cláusulas pétreas da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶⁰⁵ Nesse caso o Código de Processo Civil tem a nova demanda como demanda repetida - art. 301, §1º.

jurídico novo.⁶⁰⁶ E assim sendo, os efeitos negativos da coisa julgada estendem-se sobre essa nova demanda, a despeito de haver novo fundamento, de modo a impor a extinção do processo sem o exame do mérito (Código de Processo Civil, art. 267, V).

Por outro lado, com relação aos precedentes, não seria possível estender a conclusão do julgamento anterior, ou pelo menos afastar *a priori* a possibilidade de rediscussão da questão, agora sob outros fundamentos jurídicos. O estabelecimento do precedente não esgota definitivamente a matéria por dois motivos: (i) é sempre possível a superação do precedente, por meio do *overruling*; e, no que toca especificamente ao princípio do deduzido e do dedutível, (ii) não há precedente sobre a matéria se o fundamento jurídico não foi analisado no julgamento anterior.

A *ratio decidendi* do caso, as razões de decidir, evidentemente constituem-se daqueles fundamentos da decisão judicial sem os quais a conclusão seria diversa. São os motivos determinantes para o resultado jurídico alcançado pela decisão. Se X (o dispositivo) é X porque A (os fundamentos da conclusão), então A é a *ratio decidendi* da decisão judicial, e A é replicável a outros casos e deve ser observado em decisões futuras. Uma demanda posterior, que questionasse X a pretexto de não-A, estaria em manifesto contraste com o precedente, e deveria ter seus pedidos julgados improcedentes. O mesmo não se dá, contudo, se a próxima demanda questionar X, a pretexto de B. Ora, a respeito de B não há precedente, por não ter sido objeto de manifestação da corte no caso anterior. Nesse caso a corte pode valorar os fundamentos B e inclusive chegar à conclusão Y, diversa de X. Nos casos futuros, essa nova decisão, impondo Y, deverá ser interpretada em conjunto com a decisão anterior, que impunha X, a fim de que se extraia de ambas uma norma jurídica a funcionar como precedente da matéria.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Esse princípio jurídico – que na verdade é uma regra –, está contido no art. 474 do Código de Processo Civil: Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

⁶⁰⁷ Em termos práticos: João e Manuel celebram contrato rural que prevê pagamentos mensais em dinheiro, sob pena de multa. Manuel paga durante vários meses em toneladas de trigo, o que é aceito por João. Mas João, certo dia, resolve aplicar a multa, porque Manuel deixou de observar a forma de pagamento convencionalizada no contrato. Manuel ajuíza ação para o fim de ver afastada a multa, sob o fundamento de ter havido a *surrectio*, que fez nascer um direito novo, um direito de pagar em toneladas de trigo. Se a demanda for julgada improcedente, ela não pode ser renovada agora sob o fundamento de que, ainda que não tenha o *direito* de pagar em trigo, pelo menos a multa não é devida por ter-se verificado comportamento contraditório do credor, ao sempre aceitar o pagamento em trigo, sem nunca ter exigido a multa, vindo agora a exigí-la. Essa demanda esbarra na coisa julgada (aqui está se simplificando a questão, que pode contar com outra solução se for adotada outra teoria da *causa petendi* – cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001). A coisa julgada definiu que Manuel é devedor da multa contratual,

Ora, o julgador deve se ater ao discutido nos autos, aos fundamentos das partes. Por mais relevante que seja à solução da controvérsia, o magistrado não pode fundamentar sua decisão em questões jurídicas que não foram objeto de discussão pelas partes, sob pena de caracterizar decisão surpresa, não admitida em um sistema jurídico que privilegia o contraditório.⁶⁰⁸ Daí se segue que, nem sequer estando o magistrado autorizado a decidir tendo em conta fundamento não discutido no processo, a decisão judicial que decide uma questão não impede a rediscussão da matéria, por outras partes, desde que por fundamento diverso. A atividade da corte não é tão somente a formação de precedentes. O precedente para o futuro é uma decorrência incidental de sua atividade. Se algum argumento relevante não foi deduzido por uma das partes do caso *sub judice*, ou não foi submetido à discussão das partes por iniciativa do magistrado, esse argumento nem sequer poderia ter sido levado em consideração pela corte.

As questões, portanto, para estarem abarcadas pelo precedente devem ter sido suscitadas, consideradas e decididas na corte. Se não foram, embora pudessem ter sido, a decisão anterior não serve de precedente para o caso posterior em que essas alegações sejam feitas.

Em resumo: aquilo que não foi objeto de discussão das partes e de exame pela corte não integra as razões de decidir e, portanto, não constitui precedente, conforme regra bem sintetizada por Cross: “*a case is only authority for what it actually decides*” (um caso só tem autoridade sobre o que realmente decidiu).⁶⁰⁹

Como a autoridade do precedente depende e é limitada pelos fatos e condições particulares do caso que lhe deu ensejo, é necessário que a interpretação do precedente considere apenas os fatos e razões de decidir objeto de análise, discussão e julgamento pela corte. O precedente não se aplica de forma automática. Sua aplicação é precedida por uma análise cuidadosa a fim de verificar se existem similaridades de fato e de direito. Além disso,

o que é imutável. Mas o precedente, que havia definido na primeira demanda como *ratio decidendi* que “o pagamento repetidamente realizado em forma diversa do previsto do contrato não dá ao devedor o direito de manter-se nessa forma de pagamento”, não se aplicaria a essa segunda ação (se proposta por outra parte, em situação semelhante), porque o fundamento da nova demanda é diferente, já que se baseia em outro instituto, o do *venire contra factum proprium*.

⁶⁰⁸ Bem entendido, não se está aqui propondo possa ou não o magistrado utilizar-se de fundamentos jurídicos não levantados pelas partes. O precedente pressupõe é que os fundamentos tenham sido *discutidos*, nem que para isso o magistrado tenha de submetê-los, por sua própria iniciativa, à apreciação das partes, antes da decisão.

⁶⁰⁹ CROSS, *op. cit.*, p. 101.

apenas os fundamentos da decisão são vinculantes (a *ratio decidendi*), e não as manifestações da corte em *obiter dictum*.

Na atividade de fixar precedentes para orientar comportamentos e vincular decisões posteriores, a corte suprema não está submetida ao que se chama de “causa de pedir aberta”. No que toca à atividade do magistrado, a causa de pedir aberta traz consigo duas consequências: (i) admite que o julgador utilize qualquer fundamento como razão de decidir, mesmo aqueles não formulados pelas partes envolvidas; e, mais que isso, (ii) a decisão sobre a matéria submetida a julgamento sob causa de pedir aberta presume que a decisão tenha analisado todos os fundamentos disponíveis, tanto para a procedência quanto para a improcedência do pedido.

Ambos os atributos da causa de pedir aberta têm relevância para a questão dos precedentes. O primeiro atributo faria com que a corte, por valorar fundamentos jurídicos não levantados pelas partes, fizesse um exame mais aprofundado da matéria e incrementasse a ordem jurídica de uma forma mais consistente. O tema da alteração, por parte do magistrado, da qualificação jurídica da demanda feita originariamente pelas partes e a utilização de fundamentos jurídicos não levantados pelos interessados é controvertido na doutrina brasileira, além de ser muito complexo.⁶¹⁰ Filiamo-nos à posição que vê no *iura novit curia* limites impostos pelos fundamentos jurídicos levantados pelas partes, no sentido de que, sem alegações, não pode haver decisão e, em consequência, precedente sobre a matéria. Quer dizer, um argumento não manifestado pelas partes e não considerado pela corte não compõe o precedente, de modo que a questão pode ser revista sob outro ângulo, sobre outra qualificação jurídica. As questões para estarem abarcadas pelo precedente devem ter sido suscitadas, consideradas e decididas na corte. Se não foram, embora pudessem ter sido, a decisão anterior não é um precedente para o caso posterior em que essas alegações são feitas. Daí se segue que o princípio do deduzido e do dedutível não tem pertinência ao tema dos precedentes. Sobre o ponto, cabe transcrever trecho de importante estudioso da teoria do direito do *common law*:

“uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas”⁶¹¹

⁶¹⁰ cf. DOMIT, Otavio. “*Iura Novit Curia*”, *Causa de Pedir e Formalismo Processual*. In MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.

⁶¹¹ BLACK, Henry Campbell. *Law of Judicial Precedent*, 1912, apud RE, Edward, *op. cit.*, p. 283.

Poder-se-ia afirmar, em sentido contrário ao que ora se propõe, que a corte não só poderia como *deveria* analisar a questão jurídica que se lhe apresenta sob a ótica de outros fundamentos jurídicos além daqueles levantados pelas partes, e isso a pretexto de que, quanto maior fosse o grau de intervenção da corte, maior seria o material jurídico abordado e maiores as chances de que o direito produzido pelas cortes fosse o melhor possível, já que não limitado o exame às afirmações jurídicas das partes, muitas vezes deficitárias. Essa afirmação, contudo, ignora que a *principal* função do Poder Judiciário é, e sempre foi, a resolução do caso controvertido. O aprimoramento do direito objetivo é uma decorrência incidental dessa sua atividade.⁶¹² A função principal é resolver o caso controvertido porque o juiz tem o dever de julgar o caso controvertido. Não se pode afirmar que o magistrado tenha o *dever* de aprimorar a ordem jurídica, sob pena de admitir-se que o magistrado, mesmo na inexistência de processo, “decida” com a única finalidade de criar direito objetivo. Isso seria um total desvirtuamento do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, e o Estado como um todo, só pode atuar no desempenho de um *dever*. Se se autorizasse o Estado, o agente político e principalmente o magistrado a atuar sem que sob a base de sua atuação estivesse um dever, estar-se-ia chancelando uma atividade não sujeita a nenhuma *responsabilidade*, o que certamente causaria grande prejuízo ao Estado Democrático de Direito.⁶¹³ Assim, ao admitir-se que a corte possa utilizar fundamentos não levantados pelas partes, abandona-se a função principal do Poder Judiciário, para que o efeito (formação de precedentes) assuma a qualidade de própria causa da atividade. Enfim, nem sequer haveria justificativa a autorizar a corte acrescentar de ofício fundamentos jurídicos no debate. Por que não deixar para que a questão seja debatida e forme um precedente quando houver oportunidade para tanto (=quando houver um caso em que apresentados tais fundamentos jurídicos)? Se nenhum litigante fundamentou suas condutas em tais fundamentos jurídicos, quer dizer que nem sequer há pertinência para a atuação da corte a fim de

⁶¹² cf. BRUMBAUGH, *legal reasoning and briefing*, 1917, *apud* RE, Edward, *op. cit.*, p. 283: “As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental.” Melvin Eisenberg evidencia essas duas atividades da corte, de resolver o caso controvertido e de criar normas jurídicas para o futuro, e identifica dois modelos de corte suprema: o modelo em que as cortes criam normas como subproduto de sua atividade (*by-product*) e o modelo em que as cortes têm consciência de estarem desenvolvendo o corpo do direito (*enrichment model*) – cf. EISENBERG, pp. 5-7. Embora Eisenberg enalteça o *enrichment model*, parece-nos que o mais adequado seja o modelo *by-product*, mas melhorado pelo atributo de que as cortes têm a consciência de, ao decidir o caso, estarem aperfeiçoando o direito em vigor. Seria mesmo incompatível com o sistema de *stare decisis* um puro *enrichment model*, pois apenas é vinculante as questões diretamente relacionadas com a solução do caso (*ratio decidendi*).

⁶¹³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

incrementar o ordenamento jurídico nesses pontos. Em outras palavras: o ordenamento jurídico, com respeito a tais fundamentos, *não precisa* da intervenção do Poder Judiciário no intuito de aprimorá-lo.

O *common law* inglês, inclusive, desenvolve-se sob a noção bem clara de que “sem *alegações* não há precedente”, e isso porque essa tradição, em princípio e como decorrência de um processo civil de caráter mais isonômico,⁶¹⁴ comprometido com as implicações do processo *adversarial*, não trabalha com a noção de *iura novit curia*. Ora, se não se reconhece ao juiz a prerrogativa, e nem dele se exige a capacidade, de conhecer por si e independentemente o direito, tem-se que sua decisão necessariamente deve fundamentar-se no direito construído dentro do processo pela *participação* das partes. Mas como na tradição jurídica romano-canônica o *iura novit curia* está enraizado nas atividades do magistrado e, portanto, é possível admitir possa o magistrado decidir por motivo jurídico diverso daqueles invocados pelas partes, o certo é que, por imposição do contraditório, o magistrado teria o dever de pelo menos oferecer previamente esse fundamento jurídico ao debate. No Brasil, portanto, compatibilizando os pressupostos da formação do precedente com as imposições da tradição jurídica romano-canônica, a regra fica assim sintetizada: sem decisão, que pressupõe o debate, não há precedente.

Ao lado dessa discussão acerca do primeiro atributo da causa de pedir aberta, talvez o que mais interesse em temas de precedentes é o seu segundo atributo, aquele que presume tenha a decisão judicial, o precedente, abortado a questão jurídica sobre todos os ângulos disponíveis; aquele que pressupõe tenha a decisão esgotado juridicamente a matéria, sem que se admita renovação da discussão.

Esse atributo, no entanto, não está presente na atividade da corte de vértice em unificar o direito positivo em matéria infraconstitucional. A causa de pedir aberta é característica da ação direta de inconstitucionalidade, no controle concentrado da corte constitucional,⁶¹⁵ conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1896, cujo julgamento foi assim sintetizado:

⁶¹⁴ Um processo isonômico favorece a formação de um debate judiciário, com participação das partes de forma equânime a fim de que a solução da controvérsia não decorra de um ato individual isolado (=do magistrado), mas do resultado do trabalho coordenado de três pessoas (=autor, juiz e réu) no achamento do direito aplicável ao caso.

⁶¹⁵ Ainda assim, o reconhecimento da constitucionalidade da norma não impede que se promova nova ação para fim de ver reconhecida inconstitucionalidade superveniente, pela alteração da realidade social – cf. MARINONI, *Precedentes...*, pp. 307 e ss.

“(...) 2. É da jurisprudência do Plenário, o entendimento de que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, seu julgamento independe da "causa petendi" formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor. 3. É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual argüição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação” (ADI 1896 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 18-02-1999, DJ de 28-05-1999)

Ainda que a Lei nº 9.868, de 1999,⁶¹⁶ indique que a petição inicial deverá indicar *os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações* (art. 3º, I), a interpretação que se atribui atualmente a esse texto legislativo entende que, embora seja esse um dever da parte, pode o Supremo Tribunal Federal utilizar outros fundamentos como razões de decidir.⁶¹⁷ O princípio do deduzido e do dedutível é, assim, posto de lado nas ações diretas de inconstitucionalidade porque o objeto dessa ação é, unicamente, a tutela da ordem jurídica objetiva, mediante a confirmação da constitucionalidade de uma norma jurídica ou sua exclusão do ordenamento, por inconstitucional. Não há litígio por trás da atividade da corte constitucional, razão pela qual não há motivo para que se atraia os limites inerentes às demais ações, como a vinculação do magistrado aos fundamentos levantados pelas partes e discutidos no processo.

A jurisdição constitucional tem traços característicos se comparada com a jurisdição infraconstitucional, o que é reconhecido mesmo no *common law*, em que se afirma que a corte constitucional tem um método de trabalho diferente do método empregado na construção do *common law*.⁶¹⁸ Não por outra razão parte da doutrina situa a corte constitucional fora do Poder Judiciário,⁶¹⁹ e pretende mesmo que funcione como poder político independente.⁶²⁰ Nesse contexto é natural que o trabalho da Corte na criação do direito constitucional, por meio da interpretação do texto da Constituição, submeta-se a critérios outros àqueles que o Poder Judiciário está submetido na criação do direito infraconstitucional. Admite-se que a corte constitucional, então, resolva o caso por meio de precedentes e, principalmente, que não esteja vinculada aos fundamentos jurídicos levantados pelas partes. É que a Corte deve decidir pela (in)constitucionalidade da norma tendo em conta

⁶¹⁶ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁶¹⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 325-326.

⁶¹⁸ Cf. GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 94 e ss.

⁶¹⁹ Cf. MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas...*, *op. cit.*

⁶²⁰ Cf. SOUZA JUNIOR, *O Tribunal Constitucional como Poder...*, *op. cit.*

todo o direito constitucional. Uma norma não poderia ser declarada constitucional senão em virtude do cotejo dessa mesma norma com toda a Constituição. Assim, a norma só pode ser tida por (in)constitucional se o for em face de toda a Constituição, o que traz como consequência lógica que a Corte constitucional está autorizada a fazer a aferição da (in)constitucionalidade com base em fundamentos jurídicos outros além daqueles discutidos pelas partes.

Nas demais situações enfrentadas pelo Poder Judiciário, contudo, quando em vez de trabalhar para a manutenção ou afastamento de norma do ordenamento jurídico (=declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma) a Corte se debruça em solucionar um conflito de interesses, ela tem seu campo de atuação limitado à provocação das partes. É certo que a Corte, a partir dessa resolução sobre o conflito de interesses, tutela o direito subjetivo das partes envolvidas no litígio, ao mesmo tempo em que tutela também o direito objetivo e incrementa a ordem jurídica. Mas a segunda atividade é reflexo da primeira e está sujeita às mesmas limitações.

Como quer que seja, a decisão judicial do caso constitui uma norma, uma norma individual, apta a regular a situação controvertida submetida ao exame do magistrado.⁶²¹ É certo que essa norma jurídica individual foi construída com a participação em contraditório das partes, decorrendo daí sua legitimidade,⁶²² e por conta disso sua aplicação está em conformidade com as imposições do Estado Constitucional.

No sistema de precedentes, contudo, essa norma individual, construída na sentença para regular especificamente a situação oferecida ao exame do juízo pelas partes, deve ser aplicada em casos futuros, já que constante em precedente. É, em síntese, uma norma individual (regula a situação das partes envolvidas no processo em que formada) com

⁶²¹ Adotando-se aqui a teoria dualista (constitutiva) do ordenamento jurídico, para a qual, com expressão em Carnelutti e sob a concepção da “justa composição da lide”, a sentença torna concreta a norma abstrata, fazendo-a particular para as partes, em um sistema em que a sentença criaria uma norma individual, vindo a integrar o ordenamento jurídico. Em outro extremo está a teoria unitária (declaratória), para a qual, com expressão em Chiovenda e sob a concepção da “atuação da vontade concreta da lei”, a função da jurisdição seria meramente declaratória, limitando-se o juiz a declarar a vontade da lei, em um sistema em que a sentença estaria de fora do ordenamento jurídico.

⁶²² “Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito da lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável. (...) O princípio do contraditório representa (...) um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a *interpretatio* baseada sobre a equidade. Estamos, com toda probabilidade, nas matrizes da noção de ‘*justo processo*’” - PICARDI, Nicola. *Audiat et Altera Pars: as Matrizes Histórico-Culturais do Contraditório*. In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 142-143.

pretensão de abstratividade (regular situações que lhe são posteriores, objetos de processos futuros). O contraditório, como se sabe, impõe a participação das partes tanto no esclarecimento dos fatos quanto na construção do direito aplicável ao caso.⁶²³ A aplicação do precedente, de uma norma construída em um caso anterior, poderia, nesse contexto, representar a aplicação de um direito judicial construído ao arrepio das partes. Como as partes do caso atual não teriam mais condições de influir sobre a construção do direito ao caso – vez que foi construído em um processo anterior, do qual não participaram –, a sujeição a um precedente poderia representar a inobservância das imposições do contraditório.

Mas não é isso o que acontece. As partes do caso discutido em juízo, por força do contraditório, participam na construção do direito aplicável ao caso. Essa participação, obviamente, está condicionada à interpretação do direito objetivo, do ordenamento jurídico, composto, principalmente, pela Constituição, direito legislado, e precedentes. Daí se segue que, assim como a parte pode direcionar a interpretação da lei a seus interesses, pode fazer o mesmo com a norma constante no precedente. Ainda assim, se a questão controvertida disser respeito justamente à interpretação a ser dada ao direito legislado, o fato dessa interpretação já ter sido definida em um precedente também não ofende o contraditório. Isso porque nesse caso haveria apenas uma racionalização da atividade judiciária. Se a parte postula que a interpretação do direito legislado resulte em X, com base em seus fundamentos jurídicos A e B, e o precedente estabelece que a interpretação do direito legislado é, na verdade, Y, pois os fundamentos jurídicos A e B não procedem, não há motivo para que o Poder Judiciário seja chamado a se manifestar novamente sobre os fundamentos jurídicos A e B. A questão já foi definida, e por uma questão de igualdade a solução deve ser a mesma.

Agora, se a parte do caso atual pretende que a interpretação do direito legislado resulte em X por causa dos fundamentos jurídicos C e D, aí sim a questão será rediscutida, pois a respeito da influência dos fundamentos C e D sobre o resultado da interpretação do direito legislado (se X ou Y) ainda não há precedente. Só há precedente sobre o que foi decidido e discutido nos autos. Se o precedente decidiu por X, com base nos fundamentos A e B, evidentemente não há precedente sobre os fundamentos C e D.

Ou seja, quando não há evidente afronta à racionalidade e efetividade da administração judiciária, bem assim à igualdade na aplicação do direito, o Judiciário pode ser

⁶²³ Cf., por todos, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Garantia do Contraditório*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, 1998, p. 7-20.

chamado a rever sua conclusão, com base em outros fundamentos. O litigante, em resumo, continua podendo alegar aquilo que não foi alegado no processo anterior que acabou por formar o precedente.

O precedente, portanto, tal qual a legislação, é ponto de partida para a argumentação jurídica. Certamente não poderá o precedente ser aplicado diretamente, assim como não pode um dispositivo legal resolver completamente a controvérsia. A aplicação do precedente dependerá da semelhança entre as questões fáticas e de direito dos casos, e daí a importância da participação das partes, do contraditório, para identificar e definir os limites do precedente e sua relevância e pertinência à solução do caso atual. E nessa nova decisão, ao aplicar, afastar, expandir ou restringir o precedente, a corte sempre estará contribuindo para o desenvolvimento e evolução do direito e integrando a *ratio decidendi* do precedente.⁶²⁴

2.2. O ESTADO CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS DE VÉRTICE

2.2.1. A criação do direito no Estado Constitucional – a função jurisdicional, a função legislativa e o precedente

No século XX o ocidente protagonizou uma alteração do modelo político sustentador do Estado de Direito. O Estado Legislativo (séculos XIX/XX), fundamentado que era no princípio da legalidade, reduzia na lei as condições e limites de toda a atividade estatal a fim de superar os desmandos do antigo regime. O Estado Constitucional (séculos XX/XXI), a seu turno, acresceu conteúdo valorativo nessa atividade e instituiu uma série de direitos fundamentais, passando o Estado agora a ser conduzido pelas normas constitucionais, as quais passaram a ser o centro de gravidade da prática jurídico-política contemporânea.

Nesse contexto, a jurisdição no Estado Constitucional experimentou um incremento em relação à jurisdição no Estado Legislativo, decorrente do dever do magistrado de tomar em conta na decisão, para além do direito contido na lei, também o direito constitucional, especialmente os direitos fundamentais. O magistrado, então, em sua atividade, controla inclusive o sentido de determinado texto legislativo em face da sua

⁶²⁴ Cf. RE, *Stare Decisis...*, p. 282.

compatibilidade, no caso *sub judice*, com a Constituição. Como consequência dessa atividade jurisdicional, que tutela tanto o direito subjetivo quanto o direito objetivo, verifica-se na criação do direito uma maior participação do magistrado e também evidentemente uma maior participação das partes: se é certo que a letra fria da lei não é suficiente para resolver as controvérsias, também é certo que a solução deve ser construída pelos atores do processo por meio de um processo justo, com ampla participação e colaboração, pautado ainda pelas garantias e imposições do devido processo legal. Para alcançar o atual estágio, teve a jurisdição de se submeter a um processo de nítida superação de alguns pressupostos positivistas.

O positivismo jurídico, de fato, nas suas primeiras manifestações, pressupunha um dualismo entre *direito*, de um lado, e *conhecimento do direito*, de outro lado. *Direito* seria determinado pela vontade criadora, ao passo que o *conhecimento do direito* seria representado pela ciência jurídica, dependente, esta última, unicamente da reflexão racional. Daí decorre uma cisão no modo de ver o direito que sustenta tanto o modelo de atividade que se espera do *iudicium* (=aplicação do direito estatal, no que tem maior relevância a atividade da autoridade do que das partes) quanto o modo de justificar/fundamentar a decisão judicial a fim de possibilitar o controle democrático (=demonstrar o silogismo).⁶²⁵ Para esse positivismo, portanto, *direito* e *ciência do direito* são reconduzidas a duas faculdades do espírito humano: vontade e razão, entre as quais não existe nenhum ponto de contato. E mais: relacionando a ciência do direito com o estrito pensamento racional, de conhecimento, esse positivismo arcaico quis fazer dela uma ciência teórica, e não uma ciência prática, o que colaborou para afastar ainda mais o direito da sua aplicação. Para esse positivismo, então, uma atividade estava atrelada ao mundo jurídico (conhecimento do direito), a outra ao mundo dos fatos (produção do direito). Nesse contexto positivista, ou a atividade era científica, e portanto nada teria a ver com a vontade, ou a atividade era prática, e assim nada teria a ver com a razão, com a ciência.⁶²⁶

No entanto, no último século ficou demonstrada a falsidade dessas premissas positivistas. O direito legislado, se de um lado não pode ser criado ao bel-prazer do Legislador, já que está o Parlamento limitado formal e materialmente pelo direito

⁶²⁵ O raciocínio silogístico não parece ser o raciocínio adotado pelo julgar, mas apenas o raciocínio por ele externalizado a fim de justificar suas razões: “o modelo silogístico da decisão judiciária não retrata, com fidelidade, o trabalho efetivamente executado pelo juiz, identificando, quando muito, um arquétipo lógico posterior, necessário para viabilizar o controle democrático e racional das decisões” – KNIJNIK, *op. cit.*, p. 90.

⁶²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, pp. 120-121.

constitucional (a vontade, portanto, não é autossuficiente), por outro lado é incapaz de abarcar todas as situações de fato, de modo que da atividade do aplicador do direito, como intérprete, sempre resultará uma parcela criadora de direito. Dentro desse novo contexto, a ciência do direito galgou espaço entre as ciências práticas, ancorada que está, agora, na realidade, sem deixar de ser uma ciência racional.⁶²⁷ E uma vez aproximados *direito* e *ciência do direito*, a criação e aplicação jurídicas comunicam-se a todo instante, uma influenciando na outra. Isso se deveu, é certo, ao reconhecimento de que o intérprete participa na criação da norma jurídica. Se não é possível simplesmente resolver o caso com base nas regras abstratas – ao menos o julgador deve individualizar a regra X, para que passe ela a regulamentar a relação concreta R estabelecida entre A e B, e com esse ato judicial encher os poros inevitáveis no esquema abstrato da regra geral –, o próprio sistema reconhece ao magistrado poder para construir a regra do caso. E apesar da pretensão de completude do sistema, muitos casos existem em que aparentemente não há regra geral disciplinando-os, e mesmo assim o magistrado está no dever de proferir decisão.

Se é certo que o direito não se esgota na lei e que o intérprete não assume simples posição passiva na aplicação da norma, também é certo que dentro de nosso sistema jurídico positivo a decisão judicial deve ser uma decisão previsível, motivada e, principalmente, vinculada ao direito posto, sem abrir mão do atributo de ser uma decisão justa. O magistrado está vinculado a algo e tem de retirar daí sua conclusão jurídica, do mesmo modo que os particulares precisam ter acesso a esse algo a fim de calcular as consequências de suas condutas. Esse algo é a juridicidade, conceito que, em vez de reduzir o direito à lei, tem como direito positivo o produto de outras fontes jurídicas, como costume e jurisprudência. A juridicidade possibilita uma decisão justa, por implicar a um sistema jurídico maleável, ao mesmo tempo em que possibilita uma decisão previsível, cumprindo as exigências de segurança jurídica, uma vez que a decisão fundamentada na juridicidade

⁶²⁷ Conforme aponta Ovídio, o drama do direito moderno é a separação entre “direito” e “fato”: “Examinando o conjunto dos *atos*, determinando-lhes o sentido perante o direito – não de cada um deles separadamente, mas de seu conjunto –, é que o juiz os qualificará juridicamente, reconhecendo a incidência, sobre eles, de um certo preceito de lei. O julgador jamais terá resposta à indagação sobre a aplicação de um dado preceito de lei antes que se lhe dê a mais completa indicação dos fatos e de suas circunstâncias, a respeito dos quais questiona a incidência da norma invocada”. A exigência alegada pelo autor, prossegue o eminente jurista, “será sempre um ‘direito concreto’; um direito misturado com fatos. Um direito (...) incapaz de ser *normatizado* em lei. A lei, enquanto norma, portanto, enquanto prescrição geral e abstrata, não pode conter ‘atos’ (...) A estrutura elementar de qualquer julgamento, seja jurídico ou moral, pressupõe juízos sobre condutas humanas, portanto nunca decisões sobre puras normas. Descobre-se o direito a partir do fato. Sem fato contextualizado, o direito, que é uma espécie de conhecimento prático, não poderá ser descoberto”. SILVA, *Direito Material...*, p. 277.

invariavelmente fundamenta-se no direito posto (juridicidade=direito).⁶²⁸ É por isso que atualmente se afirma deve o magistrado decidir com base na juridicidade (no direito), em vez de decidir com base apenas na lei.⁶²⁹ Em outra via, a motivação do julgador, as razões de decidir, incrementam o patrimônio jurídico e renovam o substrato da juridicidade. A juridicidade, em resumo, condiciona e é condicionada pela atividade do magistrado, o qual, ao mesmo tempo em que encontra na juridicidade limites ao seu poder, colabora, com sua atividade jurisdicional, para o desenvolvimento da juridicidade, para a reconstrução da ordem jurídica.

Veja que, suprimida a possibilidade de *non liquet*, o dever do magistrado de julgar toda e qualquer causa que se lhe apresente, somado ao dever do magistrado de vincular toda e qualquer decisão ao direito posto (leia-se: dever de extrair a decisão do direito posto),⁶³⁰ implica à conclusão, ou pressuposto, da completude do ordenamento jurídico. A completude do ordenamento é consequência lógica da compatibilização entre esses dois deveres: se o magistrado tem de decidir todos os conflitos e sempre com base no ordenamento, logicamente o ordenamento tem de ser completo. Se assim não fosse, se houvesse uma situação fática que não pudesse ser resolvida pelo ordenamento, o magistrado estaria impossibilitado de prolatar decisão, logo não poderia estar obrigado a cumprir esse mister.

⁶²⁸ “as regras constitucionais de competência outorgam ao Poder Judiciário o poder de interpretar e de aplicar as normas instituídas pelo Poder Legislativo, podendo, com isso, continuamente buscar a melhor interpretação, inclusive mediante revisão de decisões equivocadas anteriores, ou da prolação de novas decisões com a consideração de circunstâncias antes não ou mal consideradas. Todos esses fundamentos não só pressupõem a modificabilidade do ordenamento jurídico, como, de algum modo, a permitem” – ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica - entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.

⁶²⁹ O que implica a uma interpretação do art. 126 do Código de Processo Civil para além de uma simples interpretação literal. Para Pontes de Miranda, por exemplo, “tudo o que pode entrar no sistema jurídico é lei, no sentido amplo, que é o do art. 126” – PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 370. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21-1583; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 1, p. 533-534. Ainda, sobre o ponto: “o formalismo-valorativo trabalha com a ideia de que o processo é um instrumento para persecução da justiça no caso concreto. Claro está que na imensa maioria dos casos a solução outorgada pela lei é uma solução adequada, com o que a tarefa do órgão jurisdicional identifica-se com uma atividade menos complexa. Existem casos, porém, em que a solução depende de ampla reconstrução da ordem jurídica, hipótese em que a legislação tem de ser compreendida na dimensão da Constituição e em permanente diálogo com toda a ordem jurídica” - OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010. Não por outra razão o art. 8º do projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 6.025, de 2005), prevê que o juiz deve aplicar não a lei, mas o “ordenamento jurídico”, no que evidentemente se incluem a Constituição e os precedentes.

⁶³⁰ “A plenitude lógica do direito foi ilusão muito tempo acariciada pelos legistas, temerosos da existência de um vazio de lei. Mas a não-existência da plenitude lógica, isto é, o reconhecimento de que há lacunas no ordenamento jurídico, não exime o juiz de proferir despachos ou sentenças” – PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 370.

E o ordenamento, de fato, é completo. Mas a completude a que nos referimos não é a mesma completude a que faziam referência os teóricos modernos do direito. Para os modernos, a completude era da lei, completude como plenitude lógica. O código pretendia prever solução a toda e qualquer situação de fato. Era, enfim, o código uma obra acabada. Atualmente o sistema ainda pressupõe a completude como condição formal de existência do próprio sistema. Mas pressupõe uma completude semântica (que corresponde a uma completude jurídica), e não sintática (que corresponde a uma completude lógica).⁶³¹ Completude semântica ocorre quando para cada conduta C há uma norma N que a qualifique em alguns dos modais deônticos de proibido, obrigatório, permitido, mas sem que se limite o arcabouço jurídico à simplicidade da lei. Admite-se que a vida do direito reside no caso particular e que as regras gerais, em si esgotadas, são insuficientes para regular todo tipo de conduta.⁶³² O realismo jurídico há muito demonstrou que a solução jurídica estabelecida pelo Poder Judiciário leva em si muito do trabalho jurídico do intérprete, para além da norma geral editada pelo Legislador. Demonstrou-se que a norma individual complementa e supre muitas das lacunas deixadas pela norma geral, pois o direito não é algo *dado*, mas um incessante *fazer*, onde se misturam diversas exigências determinadas por numerosos e às vezes contraditórios princípios realizáveis apenas por meio do contato com a realidade viva das experiências sociais.⁶³³ Nesse sistema a completude sintática não alcança mais sustentação.

Ora, objeto e método devem concordar, e não sendo adequado trabalhar o direito atual sob a disciplina do lógico-formal, sob o pressuposto de que é algo dado e completo capaz de se desenrolar apenas com base no princípio da não contradição (completude sintática),⁶³⁴ impõe-se reconhecer que o ordenamento exige complementação, e que essa complementação se faça por agentes comprometidos com a ordem jurídica objetiva (completude semântica). O sistema, portanto, no seu aspecto dinâmico, é antes complementável do que completo, ao mesmo tempo em que é completo justamente por prever a possibilidade de ser complementado. E esse complemento normativo semântico pode decorrer de outras fontes que não a legislação, como o costume e, principalmente, a

⁶³¹ Cf. VILANOVA, *op. cit.*, p. 204.

⁶³² Pressupostos, aliás, do realismo jurídico, sobre os quais Brutau assim se manifesta, com base em Karl N. Llewellyn: "A teoria de que as regras gerais resolvem os casos particulares conseguiu enganar durante um século (...). Fenômeno tão insólito e desconcertante, dele resulta que as normas se veneram em função de darem por suposta a verdade de uma teoria cuja falsidade salta à vista, tanto pela sua contradição com o mais elementar bom senso, como por não se ajustar ao que se colhe da experiência profissional" – BRUTAU, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁶³³ ZAGREBELSKI, *op. cit.*, p.123.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 122.

jurisprudência por meio dos precedentes. Sobre a completude do sistema e o dever de julgar do magistrado, impõe-se transcrever trecho da obra de Lourival Vilanova:

“Não importa qual a fonte formal da norma N: se legislação, costume ou jurisprudência (ou norma proveniente de fonte situada fora do sistema, que o sistema faz ingressar, convalidando-a através de fonte formal sua: tratado internacional, ou lei, costume, sentença ou outro sistema estatal). A completude, também, não é propriedade estática, que o sistema já tenha: num sistema dinâmico, existe axiologicamente, é completabilidade, é possibilidade aberta de responder com norma a fato natural que se tornou relevante e ao fato da conduta, cuja estrutura relacional exige que se indiquem quais as direções proibidas, as obrigatórias e as permitidas.

“O ato jurisdicional (...) nem sempre encontra no sistema a regra geral, onde o fato individual está previsto como fato-espécie. Se o juiz deixar de julgar, alegando inexistência de norma para o caso, o sistema será, para o caso, incompleto. O sistema vai se complementando através da decisão jurisdicional integrativa. Por isso, não se tem de dar como pressuposto para o dever-de-julgar a existência de norma geral prévia, dentro da qual o caso já se inclua, como o individual dentro da extensão do conceito genérico. O juiz não tem o indeclinável dever-de-julgar porque o sistema é completo, mas o sistema é completável, se o juiz deve julgar qualquer conflito de interesses que chegue processualmente a seu conhecimento.”⁶³⁵

Há, assim, situações em que a solução vem expressa em uma norma geral – os chamados casos fáceis –, e situações em que a solução da controvérsia não decorre logicamente da aplicação direta da consequência legal prevista em uma norma geral, ou casos em que a aplicação direta da consequência legal abstrata causa resultados manifestamente incompatíveis com o menor padrão de justiça – os chamados casos difíceis. Nestas situações, a atividade do magistrado, para além de criar a norma individual, resulta em uma norma relativamente inovadora no ordenamento jurídico, sem ser individual, mas que fundamenta a aplicação da norma individual.⁶³⁶ Mesmo o sistema admite essa situação ao exigir a participação das partes em contraditório, com as razões de fato e de direito para o convencimento do magistrado, pois sempre o Direito orienta, por meio de normas, a produção normativa.⁶³⁷ Ora, se a norma fundante da norma individual não é, logicamente, norma individual, é em certa medida replicável a outras situações idênticas, devendo integrar a juridicidade.⁶³⁸

⁶³⁵ VILANOVA, *op. cit.*, pp. 207-208.

⁶³⁶ “Quando a norma geral se pode concretizar, ela é aplicada então mecanicamente, tal como se apresenta; caso contrário, o que se cria é um direito novo, pois que se aplica uma razão normativa um tanto diferenciada, ou seja, uma norma distinta” – BRUTAU, *op. cit.*, p. 52.

⁶³⁷ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 246-308, a respeito da estrutura escalonada da ordem jurídica.

⁶³⁸ Por exemplo: os ativos financeiros estão em primeiro lugar na ordem legal de penhora, e uma vez penhorados valores encontrados nas contas corrente do executado, em execução fiscal, a substituição por

O que se pretende, portanto, nesse novo passo de evolução é demonstrar que o trabalho do Poder Judiciário no estabelecimento da decisão e consequente complementação do sistema não pode ser perdido, devendo, antes, integrar expressamente o ordenamento jurídico e submeter decisões futuras.⁶³⁹ Acerca do ponto de vista estático e dinâmico das normas, assim se manifesta Lourival Vilanova:

“Se a concreção do fato não encontra norma genérica em que se aloje, nem por isso o órgão jurisdicional deixa de julgar, isto é, de emitir o dever-ser para a situação individual, ou julgar arbitrariamente, sem norma fundante da decisão. O órgão judicante ou julga com base em regra geral, criando norma individual dentro do quadro da regra geral, ou julga – se tem o dever jurídico de julgar – sem regra geral prévia. Mas cria, ele próprio, essa norma geral que fundamenta sua sentença. Se o Direito regra a sua própria produção de normas, através de outras normas – normas procedimentais e de fundo – o órgão judicante participa nessa produção normativa. E o faz mediante norma do sistema. O juiz tem a qualificação normativa de juiz no sistema em que cumpre sua função específica. Quer dizer: *o juiz, criando a norma geral e a norma individual para o caso, sem norma geral de conteúdo especificado para o caso “sub judice”, é o próprio ordenamento autocompondo-se, auto-integrando-se, ou autocomplementado-se.* O ordenamento distribui competência ao juiz, qualifica-o como órgão, e habilita-o para construir a regra *ad hoc*. Como o habilita a sacar da regra individual o princípio geral que pode ser aplicado a casos semelhantes.”⁶⁴⁰

A atividade do magistrado de criar normas individuais e de desenvolver a juridicidade, de desenvolver o direito, não é realizada em nenhum procedimento especial, mas no próprio processo, como decorrência da leitura da jurisdição que se faz no Estado Constitucional. A jurisdição, expressando-se por meio do processo, busca tanto a finalidade de resolver a lide com uma decisão imutável pela coisa julgada (finalidade clássica do processo civil), quanto contribuir para a unificação e desenvolvimento do direito objetivo (finalidade decorrente dos novos pressupostos do Estado Constitucional). Dentro desse contexto se identificam dois discursos a partir da decisão judicial: (i) um discurso que visa a controvérsia, para pacificar o conflito e assim oferecer tutela jurisdicional ao direito subjetivo,

outro bem dependeria da concordância da parte exequente. Mas tendo o executado por crédito tributário parcelado na via administrativa seu crédito, o que lhe suspende a exigibilidade, é possível que a corte, com base em diversos dispositivos legais, estabeleça caber a substituição da penhora de dinheiro por outro bem, a pretexto de que estando suspensa a exigibilidade do crédito a ordem legal de penhora fica flexibilizada, o que constitui norma que deve ser aplicada a situações semelhantes futuras.

⁶³⁹ “Não cabe duvidar que, se existem litígios fundados em uma pura questão de direito, isto decorre obviamente de que o aspecto debatido não está claramente formulado. É completamente ilusório, portanto, supor que a sentença que então se dite não reagirá sobre o próprio ordenamento jurídico no sentido de introduzir uma clareza até aí desconhecida” – BRUTAU, *op. cit.*, p. 52. Mais adiante, na mesma obra (p. 53), o autor, citando Karl N. Llewellyn, afirma que “quando uma regra de direito apenas serve para resolver uma controvérsia judicial, sem que, ao mesmo tempo, possua a virtude de evitá-la, não há falar-se em que tenha exaurido a sua função”.

⁶⁴⁰ VILANOVA, *op. cit.*, pp. 196-197 (grifos do original).

o que é representado pelo dispositivo da decisão judicial; e (ii) um discurso que visa a incrementar a ordem jurídica e assim oferecer tutela jurisdicional à própria ordem jurídica, ao direito objetivo, o que é representado pelo precedente.⁶⁴¹ O primeiro discurso, voltado ao caso concreto, responde imediatamente às imposições do direito fundamental ao processo justo. O segundo, direcionado ao incremento da ordem jurídica, tem por objetivo promover a unidade do direito, como imposição das normas de segurança jurídica, igualdade e coerência normativa.⁶⁴²

O primeiro discurso, de motivação da decisão judicial sob os influxos do direito ao processo justo, deve observar as imposições do contraditório. Por muito tempo o contraditório foi entendido em *sentido fraco*, de bilateralidade da audiência, simplesmente como um direito das partes manifestarem seus argumentos a fim de convencer o magistrado, principalmente quanto às questões de fato. Dentro desses pressupostos, à regularidade da motivação da decisão judicial bastava que os argumentos do magistrado não fossem contraditórios e que apresentasse dispositivos legais que fundamentassem a conclusão do dispositivo da sentença. O dever de motivação do magistrado era assim satisfeito, por meio de um critério intrínseco, que aferia tão somente a decisão judicial em si considerada.

O Estado Constitucional, contudo, exige bem mais que isso, principalmente com a tríplice mudança ocorrida na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional: alterações na forma de legislar (com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), alterações no sistema de fontes de direito (com reconhecimento de força normativa aos princípios) e alterações na interpretação jurídica (com o reconhecimento de que a norma não se identifica com o texto legislativo).⁶⁴³

Atualmente, o contraditório é visto e aceito com uma roupagem mais elaborada que aquela vestida no estágio anterior. O contraditório em *sentido forte* aceita o pressuposto de que o direito é *construído* em juízo, por um ato com a participação de todos os atores do processo (*iudicium est actum trio personarum*). Como a resposta em muitos casos não é encontrada expressamente em uma disposição normativa, a solução jurídica deve ser construída dentro do processo.⁶⁴⁴ Assim, o contraditório em sentido forte impõe, como

⁶⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial*. In Revista de Processo, v. 206, pp. 61-68; KNIJNIK, *op. cit.*, pp. 90-98.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 62.

⁶⁴³ Cf. MITIDIERO, *Fundamentação...*, pp. 65-67.

⁶⁴⁴ Lourival Vilanova, em *As Estruturas Lógicas...*, pp. 129, acerca da dinâmica jurídica e da continuidade do sistema, ao mesmo tempo em que reconhece que a norma individual da sentença é sempre um acréscimo ao

contrapartida do direito das partes de influir no julgamento, o *dever* de debate do magistrado, que deve valorar racionalmente todos os fundamentos invocados pelas partes. A respeito da participação das partes na conformação do direito aplicável ao caso que apresentaram em juízo, confira-se o seguinte trecho da obra de Daniel Mitidiero:

"pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração"⁶⁴⁵

O contraditório, assim, para além da antiga ótica *intrínseca* à própria decisão, impõe agora a adoção de um critério *extrínseco* para a aferição da regularidade da motivação. A regularidade da motivação, como contrapartida ao contraditório em sentido forte, exige uma articulação mínima entre os fundamentos levantados pelas partes e a resposta pela decisão judicial. Essa exigência é alcançada pela utilização, na fundamentação, de conceitos como norma, princípio, fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito, etc., ou seja, mediante a utilização de *institutos próprios da tradição romano-canônica*.⁶⁴⁶

Ninguém melhor do que os próprios envolvidos no litígio para zelar, por meio da defesa de seus próprios interesses, pela regularidade e lisura do procedimento judicial. Tendo os particulares a oportunidade de manifestar todos seus argumentos e de construir uma tese jurídica favorável a seus interesses, e tendo, em contrapartida, o magistrado o dever de valorar os fundamentos de fato e de direito e motivar racionalmente sua decisão, que por sua vez é sujeita a recursos, tem-se que, em princípio, a solução final do caso foi a melhor possível. Qualquer argumento que possa demonstrar suas razões motiva o particular a apresentá-lo em juízo, e qualquer irregularidade ou deficiência no julgamento motiva o prejudicado a interpor recursos, de modo que o procedimento, como desenhado, funciona tal qual *mão invisível* a garantir a melhor decisão possível.

ordenamento jurídico e tem por fundamento a juridicidade, também sugere implicitamente a necessidade de participação, a fim de legitimar a solução do caso: "É um tópico comum observado hoje que a decisão judicial vai além de uma mera dedução silogística (...), porquanto a norma individual da sentença ultrapassa o âmbito da premissa maior, contendo *conotação referencial nova*. A proposição jurídica individual da sentença judicial não deriva dedutivamente da norma fundamental, nem das normas constitucionais ou das leis substantivas e processuais da legislação ordinária. E, todavia, na decisão normativa de um caso está potencialmente presente todo o sistema".

⁶⁴⁵ MITIDIERO, *Colaboração...*, p. 93.

⁶⁴⁶ Cf. MITIDIERO, *Fundamentação e Precedente...*, pp. 64-68.

Por outro lado, o magistrado, ao mesmo tempo em que valora os argumentos das partes, decide com base na juridicidade, com base no material jurídico disponível.⁶⁴⁷ Sua decisão colabora para o desenvolvimento e unidade do direito, de modo que passa a integrar também o conceito de juridicidade e, assim, o material que deve ser considerado pelo futuro julgador. Em uma palavra, a decisão judicial constitui precedente, vocacionado à orientação das condutas dos particulares, e cria norma generalizável por autorização do próprio ordenamento.⁶⁴⁸ No entanto, “*o discurso sobre a necessidade de respeito aos precedentes e de sua aplicação concreta só pode ser recolhido em um manancial teórico estranho à tradição romano-canônica*”, mas tipicamente do *common law*.⁶⁴⁹

Em resumo, o discurso da fundamentação alimenta-se dos pressupostos da tradição romano-canônica, mas o discurso do precedente exige um intercâmbio horizontal de institutos com a tradição do *common law*, em uma ótica de circulação dos modelos.

A resistência à aplicação do precedente, no Brasil, decorre principalmente de dois aspectos da tradição romano-canônica: a ideologia da separação dos poderes e a necessidade de contraditório na formação da norma jurídica. Esses atributos da tradição romano-canônica, contudo, entendidos sob o atual contexto jurídico ocidental, não parecem ser contrários à aplicação do precedente.

A separação dos poderes manifestou-se no Continente por ocasião da afirmação dos estados nacionais. O direito esparso do *ius commune* cedia lugar ao direito interno, editado pelo soberano, em um fenômeno de nacionalização do direito. O direito provinha de uma única fonte, de uma única vontade, e era expressado unicamente pela lei. Ainda que fosse certo que as pretensões da norma geral jamais poderiam concretizar-se sem a interferência de um órgão julgador, encarregado de *dizer* o direito, esse órgão julgador tão somente *dizia* o direito, preocupando-se em provar a relação entre a conclusão da sentença com a lei, em vez

⁶⁴⁷ Sobre a vinculação do magistrado aos fundamentos jurídicos das partes, cf. DOMIT, Otavio. “*Iura Novit Curia*”, *Causa de Pedir e Formalismo Processual*. In MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. JusPodivm, 2012.

⁶⁴⁸ “O que há de núcleo generalizável da norma individual (da sentença) alcança esse grau em virtude do próprio ordenamento” – VILANOVA, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁴⁹ MITIDIERO, *Fundamentação e Precedente...*, p. 69. Não obstante, “Nos ordenamentos de ‘Direito escrito’, também, existe norma geral que habilita o órgão julgador a criar norma com validade *erga omnes* (...). Tal regra está explícita ou implícita. Sem essa norma de habilitação, juridicamente o órgão julgador estaria indo *contra* ou *praeter legem*, inconstitucionalmente desfazendo a repartição de competência dentro da qual esse órgão juridicamente existe” – VILANOVA, *op. cit.*, p. 197.

de demonstrar a própria correção e justiça da decisão.⁶⁵⁰ No esteio das nações da tradição romano-canônica, a constituição brasileira de 1988 estabeleceu como cláusula pétrea a separação dos poderes, acrescentando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei* (Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB –, arts. 5º, II, e 60, §4º, III).

A Constituição, ainda, estabeleceu um procedimento de confecção de leis, chamado de “processo legislativo” (art. 59), em cujo regramento coube ao Poder Legislativo a competência de editar as leis,⁶⁵¹ em homenagem aos princípios democrático representativo (art. 1º, *caput* e parágrafo único), da separação dos poderes (art. 2º), do pluralismo (art. 1º, V) e da participação na função política (art. 1º, II e parágrafo único). É o Parlamento, portanto, o órgão responsável por inovar na ordem jurídica, seja por meio da criação de direito *ex novo*, seja pela supressão do direito já existente. A inovação no ordenamento jurídico, conforme previsão constitucional, exige a observância do procedimento democrático, o que se dá no âmbito do Congresso Nacional, por meio de sua função representativo-integradora.⁶⁵²

Isso não quer dizer, porém, que esteja *a priori* afastada a tarefa de criação jurídica dos poderes Executivo e Judiciário. Ao contrário, a Constituição deixa margem de atuação ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário para a criação de direito. Os princípios da segurança jurídica, proporcionalidade, moralidade, inclusive, condicionam a interpretação das normas que dão a esses poderes competência normativa subsidiária, servindo como limites a essa atuação, para que os poderes Executivo e Judiciário *participem*, e não *usurpem*, a competência legislativa atribuída ao parlamento.⁶⁵³

⁶⁵⁰ “em lugar de fundamentar a solução, o julgador se esforça para justificar o duvidoso enlace das suas conclusões com o direito legislado” – BRUTAU, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵¹ Art. 44 da Constituição: *O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sendo que compete ao Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes* (art. 49, XI). Excepciona-se o caso da medida provisória, de iniciativa do Presidente da República, mas mesmo a medida provisória, com seus efeitos provisórios e temporais, tem necessidade de conversão em lei por parte do Parlamento, ou no caso de não conversão, de que o Parlamento regule as relações jurídicas dela decorrentes. O poder normativo atribuído pela Constituição ao Poder Executivo deve ser interpretado de maneira restrita.

⁶⁵² “A enunciação do princípio democrático indica uma opção constitucional pela validade de determinadas normas, por meio de procedimento antecedente à produção normativa, em virtude do qual os interesses contrapostos se afirmam pela capacidade argumentativa de consenso, por votação e por discussão” – ÁVILA, *Medida Provisória...* p. 52. Mais adiante na mesma obra, p. 57, o autor afirma que a Constituição estabelece a lei “como única fonte condizente com uma intenção-normativa democrática”.

⁶⁵³ Especificamente sobre a limitação do poder normativo do Poder Executivo, no sentido de que “os princípios constitucionais condicionam a interpretação das normas constitucionais, atribuindo-lhes sentido condizente com os valores constitucionais”, cf. ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 30-31.

O poder do Estado decorre e legitima-se em regras de competência que estabelecem a parcela de poder atribuída a cada órgão, sem que essa competência possa ser presumida.⁶⁵⁴ Nesse contexto, a competência do Poder Executivo é, na sua maior medida, governamental-diretiva. O Congresso Nacional ocupa-se das funções legislativa e de controle. Já ao Poder Judiciário compete a função jurisdicional, com a tutela dos direitos subjetivos, mediante a pacificação do conflito, e também a tutela da ordem objetiva, por meio da unificação do ordenamento jurídico.

Dentro desse regime de poder e funções, a Constituição regula a competência para produzir normas, com regras de competência dirigidas ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional. Expressamente, portanto, a Constituição outorga poder normativo ao Poder Executivo, por meio das medidas provisórias (art. 62), e ao Poder Legislativo, por meio do regular processo legislativo (arts. 59 e ss.). Há, porém aparente omissão acerca da produção de normas pelo Poder Judiciário. Afora o caso do mandado de injunção,⁶⁵⁵ em que o Supremo Tribunal Federal tem atribuída função normativa, ou ainda, de forma mais tímida, na elaboração dos regimentos internos dos tribunais ou na iniciativa dos projetos de lei de organização judiciária, nenhum dispositivo constitucional expressamente dá poder normativo ao Poder Judiciário. Tal omissão decorre da singela razão de que a teoria da interpretação jurídica nos meados do século XX não havia chegado ao grau de desenvolvimento atual, de modo que nem se cogitava a participação do intérprete na criação da norma. Quando da promulgação da Constituição, o direito brasileiro ainda vinculava o intérprete aos estreitos limites do simples *achamento* do direito por meio da interpretação *da norma* editada pelo Parlamento.

Ora, a meta do trabalho juscientífico é a descoberta de uma unidade interna, de uma contínua conexão de sentido das normas, e também a sua concretização tendo em conta as várias possibilidades de casos.⁶⁵⁶ Ao criticar a antiga atenção exclusiva à norma jurídica, deixando de lado o estudo do ordenamento jurídico como um todo, Norberto Bobbio afirma que “Considerava-se a árvore, mas não a floresta”.⁶⁵⁷ Com isso, Bobbio quer dizer que o

⁶⁵⁴ ÁVILA, *Medida Provisória...* p. 66.

⁶⁵⁵ Art. 102, I, 'q', segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente o *mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.*

⁶⁵⁶ LARENZ, *op. cit.*, p. 341.

⁶⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pp. 20-24.

direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, e que uma norma jurídica nunca está só, mas ligada a outras normas, formando assim um sistema normativo. Quando se diz que o intérprete deve olhar não apenas a árvore, mas toda a floresta, que o sentido de cada dispositivo depende do sentido do todo, quer-se dizer que o direito não se interpreta em tiras.⁶⁵⁸ A finalidade da Constituição, assim, depende do conteúdo de cada dispositivo. E na interpretação do sentido de cada dispositivo é necessário considerar o sentido do todo. Cada norma constitucional deverá ser ordenada e unida com as demais tendo em vista os fins da Constituição e de todo sistema normativo, pois as normas pertencem a um conjunto unitário e o valor e sentido de uma depende da presença simultânea de outra.⁶⁵⁹ Daí se segue que a teoria da interpretação jurídica, que passa a reconhecer papel ao intérprete na criação da norma mediante a interpretação do texto, condiciona a interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam sobre a função do Poder Judiciário, para redirecionar essa função a outro sentido, mais condizente com a realidade atual. Àquela antiga função de pacificação dos conflitos foi acrescida a função de unificação e enriquecimento do ordenamento jurídico, eis a atribuição de competência ao Poder Judiciário para enriquecer o patrimônio jurídico mediante a criação de normas.

As funções dos tribunais de vértice também sofreram uma releitura, imposta pela nova roupagem assumida pela jurisdição no Estado Constitucional. O antigo sistema de cortes superiores, de atividade meramente de controle e de jurisprudência, foi substituído por um sistema de cortes supremas, com funções de interpretação e de precedente.⁶⁶⁰ E essa alteração foi procedida não apenas ao abrigo mas por imposição das normas constitucionais, com o sentido que têm no atual estágio da metodologia jurídica. Especificamente quanto às funções do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a alínea ‘c’ do inciso III do art. 105 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que lhe compete julgar, em recurso especial, as causas decididas pelos tribunais inferiores quando a decisão recorrida *der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*.⁶⁶¹ Já o Supremo Tribunal

⁶⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127.

⁶⁵⁹ “*Infatti, ogni elemento non è isolato, ma convive, necessariamente, nel contesto di altri elementi, e, quindi, di un sistema. Ogni elemento è legato all’altro, ed há com questo, um legame coordinato*” – ITALIA, Vittorio. *Interpretazione Sistemática delle norme e dei valori*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 22, *apud*. ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 44.

⁶⁶⁰ Cf. MITIDIERO, *Cortes...*, *op. cit.*

⁶⁶¹ A atuação do tribunal superior – então Supremo Tribunal Federal, corte única – no caso de interpretação divergente do mesmo dispositivo por dois tribunais locais foi inserida no sistema apenas em 3 de setembro de 1926, por emenda constitucional. Mas desde antes havia um movimento para incrementar as funções da corte para que passasse, desde já, a tutelar também o direito objetivo. É o caso, por exemplo, do Ministro da Justiça

Federal é provocado, por meio recurso extraordinário, para atuar quando a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição ou quando declara a inconstitucionalidade de lei federal (alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso III do art. 102).

Esses dispositivos constitucionais, que antigamente eram vistos como expressão da função *uniformizadora* desempenhada pelos tribunais superiores brasileiros, agora é interpretado no sentido de que as cortes supremas devem *unificar* o direito brasileiro.⁶⁶² Não é racionalmente possível que se admita, como se admite amplamente na doutrina brasileira, que o intérprete e especificamente o Poder Judiciário tenham função de atores na atividade de definição do sentido do texto, para daí extrair a norma, sem a contrapartida de que essa atividade seja realizada de forma condizente com os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da impessoalidade. Assim, ao julgar, a corte cria direito que deve ser observado nos julgamentos posteriores.

A atividade criadora de direito por parte do Poder Judiciário é, todavia, uma atividade excepcional. A competência atribuída ao Poder Judiciário na criação do direito decorre do fato inevitável de que a aplicação do direito sempre é acompanhada de criação do direito. O precedente visa a que esse trabalho do Poder Judiciário, que criou direito a pretexto de aplicá-lo, não seja perdido, mas aproveitado, e que guie a solução de casos futuros. O Estado não pode submeter os particulares a dois direitos diferentes. O direito deve ser unificado, deve ser aplicado a todos de forma igualitária. Não obstante, o ato jurisdicional continua a ser tipicamente um ato de realização do direito pela individualização do direito, e não de criação de normas gerais.

Sob o ponto de vista estático, o direito aparece como algo dado, limitando-se o Poder Judiciário em aplicar o que foi normativamente preestabelecido pelo Legislador, impedido que está de legislar, pela divisão constitucional dos poderes. Não obstante, apenas

Lafayette Rodrigues Pereira, que assim se manifestou em mensagem encaminhada à Câmara dos Deputados em 29 de janeiro de 1879: “Ao Poder Judiciário se acha confiada a principal função do Estado, a função que é, por assim dizer, a razão final do mesmo Estado - a de fazer respeitar o direito, protegendo contra as agressões da força e contra as insídias da má fé e da fraude. É por isso que em todos os países os legisladores têm procurado dar ao Poder Judiciário uma organização larga e forte, de modo a colocá-lo na altura de desempenhar os seus deveres. (...) Vós sabeis, Senhores, que o fim do Supremo Tribunal de Justiça, como se depende das discussões do tempo, é duplo: ele tem por missão o fazer respeitar a Lei pelos Tribunais de apelação, e, por conseguinte, pelos Juizes e Tribunais inferiores; e fixar a unidade da jurisprudência” – cf. NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. V. I – o império. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973, pp. 98-100.

⁶⁶² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 15-21.

na aparência o ordenamento é algo já acabado. O ordenamento é algo se fazendo. As normas gerais editadas pelo Legislador são incompletas e necessitam de normas integradoras, como se dá entre a Constituição e as leis, entre as leis e os regulamentos. Em qualquer caso, as normas individuais, decorrentes da atividade jurisdicional, atuam como normas integradoras ou complementantes, e passam a integrar o ordenamento jurídico.⁶⁶³ Com Lourival Vilanova, tem de se admitir o Direito como incompleto, mas potencialmente integrável:

“Se o órgão julgador inova algo, mesmo quando aplica norma geral preexistente, se cria, habilitado pelo próprio ordenamento, norma individual para o caso, sem arrimo em norma *substantiva* geral prévia (nunca sem *norma geral adjetiva* e sem *norma-de-competência*: é juiz em virtude de norma-de-competência e atua com normas processuais), então o Direito, como todo, como totalidade, por assim dizer, em movimento, em rigor é incompleto, mas potencialmente integrável, tem completabilidade”⁶⁶⁴

Mas uma vez denunciada a inaptidão do Parlamento em resolver com clareza, de antemão e abstratamente, toda e qualquer situação imaginável, recorrendo-se ao intérprete para extrair do texto a norma aplicável ao caso concreto, por meio da interpretação jurídica, fica claro que o intérprete, se não tem competência para a edição de lei, tem grande participação na formação da norma.⁶⁶⁵ A separação dos poderes no atual estágio do Estado Constitucional não deve ser vista como ideologia. Isso quer dizer que a participação do intérprete na formação da norma não deve ser vista como uma intromissão, como uma usurpação de competência do Parlamento e, assim, como um ato inconstitucional. A participação do intérprete, bem entendida, veio para responder à exigência constitucional de um processo justo, no que se inclui o direito a uma decisão judicial justa. Sem a atividade interpretativa não há interpretação-resultado, e a lei, seu texto, teria de ser aplicada tal qual prevista abstratamente, dando causa a uma série de aberrações jurídicas.

O Congresso Nacional incorpora a dimensão democrática do Estado de Direito em sua maior força expressiva, principalmente da democracia representativa. Não obstante, a democracia está presente também nos outros poderes. No Poder Executivo porque o chefe de estado e de governo é eleito pelo voto direto de todo cidadão brasileiro, e no Poder Judiciário porque qualquer julgamento submete-se ao contraditório, que por sua vez é vetor de atuação da *democracia participativa*. Ademais, as formas de expressão da democracia também se relacionam com o modelo de Estado: no Estado Legislativo, a participação resumia-se à

⁶⁶³ VILANOVA, *op. cit.*, p. 198.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 198 (grifos do original).

⁶⁶⁵ Cf. PICARDI, Nicola. *A Vocação do nosso Tempo para a Jurisdição*. In *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 1-32.

representação eleitoral e o poder, como expressão do jurídico, era centralizado no Parlamento. Já no Estado Constitucional, a autoridade do Estado submete-se de forma mais direta aos particulares (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º, parágrafo único), de modo que a democracia ganha expressão na participação direta do povo, o que se dá, por exemplo, no processo judicial, mediante a partição de poderes entre juiz, autor e réu. A democracia participativa é ainda expressão de um direito fundamental, ligado à geração de direitos fundamentais que garante a participação na formulação das decisões políticas, tanto nos atos intermediários de formação da decisão, quanto ao final, para questionar a correção da decisão.⁶⁶⁶

Em uma palavra: a atividade criadora de direito do Poder Judiciário limita-se àquela criação de direito a pretexto de aplicá-lo. É o direito criado pela interpretação, mediante a provocação das partes e com sua participação em juízo. Essa a forma prevista pelo sistema jurídico de criação de direito pelo Poder Judiciário. É certo que qualquer direito criado acrescenta algo no ordenamento. Mesmo assim, é possível distinguir dois conceitos, duas competências: (i) a do Poder Legislativo, a quem cabe a tarefa de editar direito *ex novo*, de inovar livremente na ordem jurídica de acordo com a vontade parlamentar, política e de interesses;⁶⁶⁷ e (ii) a do Poder Judiciário, a quem cabe aplicar o direito, porém invariavelmente acrescentando, no desenvolver de sua atividade, material jurídico no substrato da juridicidade: “a jurisdição não cria *ex novo*, mas recria – há uma reconstrução a partir de elementos já constantes dentro do sistema jurídico”.⁶⁶⁸

A criação de direito que compete ao Poder Judiciário é, então, aquela criação de direito por *desdobramento* do direito já existente (principalmente do direito criado pelo Poder Legislativo e dos precedentes já estabelecidos), com a pretensão de construir o conteúdo normativo do texto legislativo editado pelo Parlamento, e tudo isso com base nas técnicas interpretativas e sempre tendo em vista o caso concreto objeto da controvérsia. Orientar condutas futuras, a pretexto de solucionar o litígio *sub judice*. Não cabe ao Poder Judiciário, assim, imiscuir-se em uma tentativa de solucionar problemas sociais, implementar políticas públicas ou inovar na ordem jurídica, pois esta atividade não lhe cabe na ordem constitucional. Essa atividade ainda é reservada ao Poder Legislativo, como representante político dos interesses da nação, que trabalha politicamente na busca pelo consenso. A

⁶⁶⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115. Ainda, DINAMARCO, *Instrumentalidade...* pp. 148 e ss..

⁶⁶⁷ Porém sempre limitado pelas disposições constitucionais.

⁶⁶⁸ OLIVEIRA. MITIDIERO, *op. cit.*, p. 127

atividade do Poder Judiciário na criação de direito é por desdobramento porque não pode simplesmente inovar na ordem jurídica e nem revogar direito estabelecido pelo Poder Legislativo (salvo o caso da lei nulificada por inconstitucional). Inclusive, se uma decisão não considera uma literal disposição de lei, ela não faz precedente porque é tida por *per incuriam*.⁶⁶⁹

É comum que juristas confundam o papel da Corte na criação do direito com o papel do Legislativo na criação de direito. São, porém, duas atividades distintas. A atividade do Legislador na criação de direito está limitada pelas disposições constitucionais sobre forma e matéria. A atividade da Corte, por outro lado, submete-se a limitações muito maiores e de outras frentes: (i) a Corte cria direito tendo como guia e limitador a solução do caso concreto e os fundamentos jurídicos levantados pelas partes; (ii) a Corte não pode criar direito *ex novo*, mas apenas direito como desdobramento interpretativo das manifestações legislativas do Parlamento, ou de outros precedentes; (iii) a Corte não pode balizar sua atividade em critérios políticos, ao contrário do Parlamento; (iv) enfim, a Corte está limitada às decisões passadas, que, juntas, geram um contexto jurídico que condicionam toda a atividade posterior da Corte – no que no *common law* se designa por *path dependency*⁶⁷⁰ –, impondo exigências de permanência (precedentes com pretensão de vigor por longo período), sequencialismo (decisões anteriores direcionam decisões futuras), consistência (precedentes sobre matérias limítrofes devem ser coerentes entre si e observar a mesma linha argumentativa), compulsoriedade (precedentes devem ser aplicados por magistrados mesmo que, se o pudessem, decidiriam de forma contrária) e previsibilidade (a solução de uma questão nova deve ser previsível, de acordo com casos similares decididos anteriormente).⁶⁷¹

Embora seja evidente a variedade de situações que possam dar ensejo a uma controvérsia jurídica, é certo que apenas com grande esforço simplificador seria possível deixar de relacionar essa situação nova com uma situação já verificada no passado. Pelo menos por analogia de situações, a interpretação deve sempre considerar o que já foi decidido pelas cortes em casos similares. Também aí a criação jurisprudencial do direito encontra

⁶⁶⁹ VARANO, *La Tradizione...*, p. 333.

⁶⁷⁰ *Path dependency* pode ser conceituado na jurisdição como uma relação causal entre estágios em uma sequência temporal, na qual cada estágio influencia fortemente a direção dos estágios seguintes: “*path dependence means that an outcome or decision is shaped in specific and systematic ways by the historical path leading to it. It entails, in other words, a causal relationship between stages in a temporal sequence, with each stage strongly influencing the direction of the following stage* – HATHAWAY, Oona A. *Path Dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system*. In 86 Iowa Law Review, 2001, p. 104 .

⁶⁷¹ Cf. GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 84-94.

limitação.⁶⁷² Se cada questão controvertida chegasse ao exame do Judiciário como uma questão nova (*question of first impression*),⁶⁷³ o sistema jurídico simplesmente seria levado a uma situação de sobrecarga, com pendências jurídicas intermináveis.⁶⁷⁴ Isso quer dizer que o magistrado, ainda que se depare com um caso inédito, que além disso seja um caso difícil, nunca parte do marco zero interpretativo.⁶⁷⁵

Assim, o Poder Judiciário cria direito, mas com limitações tantas que essa sua intervenção no direito objetivo é caracterizada por uma criação de direito por desdobramento do direito já existente.

2.2.2. A uniformização, a unificação e a construção do direito pelos tribunais de vértice: jurisprudência ou precedente?

A impessoalidade da autoridade pública é uma das conquistas do Estado Democrático de Direito. Suas implicações são mesmo singelas: retira o caráter pessoal da atividade da autoridade. Por conta disso, a autoridade pública deve atuar tendo em vista a consecução do *ofício* que lhe foi constitucionalmente atribuído, e apenas isso; quer dizer: a autoridade deve desempenhar suas atividades visando apenas à conclusão de seus trabalhos, sem preocupar-se com variáveis concernentes à pessoa do agente público ou à pessoa do cidadão que na ocasião se relacionada com a autoridade. Também na administração da justiça a impessoalidade tem aplicação essencial: o magistrado e o tribunal funcionam como órgãos, submetidos inclusive por relação hierárquica aos tribunais superiores; como órgão, sua atuação deve estar em sintonia com o todo. Ou seja, a atividade do magistrado não pode ser pessoal, deve ser orgânica. Compete justamente aos tribunais de vértice – ora denominados de cortes supremas – garantir essa sintonia. E para tanto não é suficiente uniformizar.

⁶⁷² “Como no se trate de un acto de omnipotencia, la creación no significa obtener una cosa de la nada. La actividad creadora se apropia de materiales ya existentes y les da forma adecuada para que puedan servir para fines a los que los materiales no estaban adaptados” - cf. POUND, *Las Grandes Tendencias...*, p. 169.

⁶⁷³ *Question of first impression* designa a situação em que uma questão de interpretação do direito é apresentada sem que nunca tenha havido um caso semelhante anterior.

⁶⁷⁴ Cf. GERHARDT, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷⁵ Ao contrário do que se pratica no Brasil, conforme Humberto Theodoro Júnior: “Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes” - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Breves Considerações sobre a Politização do Judiciário e sobre o Panorama de Aplicação no Direito Brasileiro – Análise da Convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos Problemas da Padronização Decisória*. In *Revista de Processo*, v. 189, Nov/2010, p. 20.

Uniformização está atrelada à ideia de *controle* pelo tribunal superior, ou seja, à ideia segundo a qual a cúpula do Poder Judiciário brasileiro serve apenas de censor do Poder Legislativo, garantindo que a aplicação da lei seja uniforme em todo o território nacional, tal qual quisto pelo legislador onipotente da norma geral e abstrata. Ao uniformizar, o tribunal superior reforma decisões judiciais para que passem a corresponder à jurisprudência do próprio tribunal superior, para que passem a expressar a correta interpretação dada à norma em análise. A uniformidade das decisões judiciais, garantida pela atuação dos tribunais superiores, nem sequer pressupõe criação do direito pelo tribunal inferior, pelo intérprete. Nesse contexto, a decisão do tribunal inferior, se contrária à jurisprudência uniforme, é apenas uma decisão equivocada, uma decisão errada, porque aplicou mal a norma. E o tribunal de vértice é chamado para reformar essa decisão a fim de adequá-la à norma em sua aplicação uniforme. A *uniformização*, portanto, é função bem aquém daquela que se espera de cortes supremas.

Uma corte suprema deve *unificar* o direito. Ao unificar, a corte suprema estabelece direito: em vez que olhar para trás e perfilhar todas as decisões dos tribunais inferiores numa mesma linha decisória (=função reativa; =uniformização do direito), a corte suprema olha para frente e aponta o rumo a ser seguido (=função prospectiva; =unificação do direito). Se os órgãos judiciais eles próprios criam direito na resolução dos casos, as conclusões contraditórias daí decorrentes causam insegurança jurídica que obsta a identificação de qual seja o direito vigente. É essa insegurança que deve ser resolvida pela atuação da corte suprema. A corte suprema, então, por meio dos recursos extraordinários, define um dos possíveis sentidos do texto normativo, estabelece uma das possíveis normas como sendo aquela que corresponde ao direito e deve ser adotada pelos demais órgãos. A corte suprema não uniformiza, mas constitui, unifica. Deixa de ser censor do Poder Legislativo, para funcionar como farol indicando aos órgãos judicantes o sentido que devem tomar na resolução dos casos futuros. Unificando o direito, a corte suprema assume “um papel *pró-ativo*, destinado ao futuro e tendo por destinatária a sociedade em geral”.⁶⁷⁶

Como a corte suprema não apenas uniformiza,⁶⁷⁷ a corte suprema não cria apenas jurisprudência, pois jurisprudência não é senão um conjunto de decisões *uniformes* sobre determinada matéria. Para *unificar*, a corte suprema deve constituir precedente. O precedente expressa norma a ser aplicada pelos órgãos judicantes e observada pelos

⁶⁷⁶ MARINONI; MITIDIERO. *Repercussão Geral...* p. 18.

⁶⁷⁷ A uniformização deve ser entendida como um caminho, uma etapa, à unificação.

particulares e pela Administração Pública, justamente porque direito. O precedente cria direito, inova na ordem jurídica. É por isso que a corte suprema *unifica* o ordenamento jurídico, já que inclui no sistema uma nova norma capaz de desempenhar essa função de unificar. A inclusão de uma nova norma no sistema jurídico, então, não se dá pela *uniformização*, mas pela *unificação* do direito.

Ora, o Processo Civil no Estado Constitucional deve ser orientado a tutelar direitos. A *uniformização*, por meio da jurisprudência, tem como principal efeito *facilitar* o trabalho da corte, por meio de instrumentos como súmula impeditiva de recursos e poderes do relator de negar seguimento a recurso cujas razões contrastarem com jurisprudência dominante. Ocorre que facilitar o trabalho da corte apenas por reflexo colabora para a tutela de direitos, razão pela qual nem a uniformização e nem sua consequente jurisprudência devem ocupar o primeiro plano do Processo Civil. O Processo Civil, assim, deve se ocupar da *unificação* e do seu consequente *precedente*, pois esses sim estão vocacionados a aprimorar a tutela do direito e, portanto, a realizar um dos fins do Estado Constitucional.

A unificação do direito, então, não exige jurisprudência, mas precedente. A jurisprudência designa o apanhado de decisões judiciais em um mesmo sentido. É a *jurisprudencia constante*, presente desde há muito na tradição romano-canônica a impor pelo menos uma persuasão ao magistrado do caso atual, mas com o propósito eficiente de facilitar a resolução dos casos pelo magistrado, em vez orientar condutas futuras. Já o precedente, em geral, constitui-se com uma única decisão. Uma única decisão é suficiente para que a corte expresse seu entendimento sobre determinada questão jurídica e defina uma orientação para o futuro.

Em princípio, já o precedente orienta decisões futuras, sem necessitar de uma jurisprudência. Ocorre que a atividade da corte superior na orientação de condutas, no estabelecimento de normas, no enriquecimento do ordenamento jurídico, só pode ser legitimada se for uma atividade consciente da sua importância e, portanto, se for uma atividade bem desempenhada. Não é por acaso que nos sistemas de *civil law* importa a jurisprudência, sem se dar valor ao precedente. É que nos sistemas de *civil law* a corte superior recebe volume de trabalho muito superior à sua equivalente no sistema de *common law*,⁶⁷⁸ o que, naturalmente, compromete a qualidade do trabalho desenvolvido. Exemplo

⁶⁷⁸ Por questões de custos do processo, quantidade de acordos, limitações à interposição de recursos e, principalmente, por causa da existência de filtros nas cortes supremas.

disso é existirem no Brasil orientações conflitantes entre as próprias turmas do Superior Tribunal de Justiça, além do fato de os tribunais superiores superarem orientações anteriores sem grandes dificuldades.

Daí se segue que para que o precedente tenha no Brasil a função que dele se espera, a corte superior deve transformar-se em corte suprema, o que pressupõe possa ela selecionar os casos sobre os quais se debruçar.⁶⁷⁹ Esse seria o sistema ideal para a plena funcionalidade dos precedentes. Antes disso, a orientação da corte deve ser buscada na sua jurisprudência, o instrumento que atualmente se considera legítimo à atuação do Poder Judiciário no aprimoramento do ordenamento jurídico.

2.2.3. Imposição constitucional do sistema de precedentes

A relevância da jurisprudência vem aumentando no Brasil. Se por um lado o inteiro teor dos julgados é disponibilizado em repositórios de jurisprudência, impressos e virtuais, por outro lado as ementas dos julgados são um instrumento facilitador para evidenciar a *ratio decidendi*, assim como os enunciados das súmulas dos tribunais. Mas o fato de representarem as ementas e as súmulas uma possibilidade de facilitar a identificação da norma estabelecida pelo tribunal não quer dizer que efetivamente o sejam. Costuma, aliás, acontecer justamente o contrário: a ementa sintetiza o julgado sem ter em conta a efetiva *ratio decidendi* e as súmulas são aplicadas sem ter em conta o contexto fático de que extraídas. Não obstante esses defeitos de método, a jurisprudência inegavelmente estabelece-se como fonte formal de direito na prática jurídica, servindo como fundamento de outras decisões judiciais (formando em alguns casos a íntegra da motivação da decisão), as quais muitas vezes nem recorrem à lei para confirmar ou conformar a orientação parcialmente explicitada pela súmula/ementa em que se fundamenta.

A jurisprudência, portanto, vem sendo observada não por causa de sua autoridade, não por causa de sua qualidade, mas por causa da facilidade daí decorrente. Aliás, salvo o disposto no art. 102, §2º, da Constituição Federal, que reconhece que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia contra

⁶⁷⁹ Cf. BERSOTTI, Vittoria. *L'Arte di Tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

todos e efeito vinculante,⁶⁸⁰ é a facilidade, a praticidade, que está por trás das normas que outorgam peso jurídico à jurisprudência. De fato, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente com base em jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior (Código de Processo Civil, art. 557) responde a uma questão prática, para evitar que seja despendido trabalho na Turma ou Câmara ou trabalho com recursos até que se chegue à orientação da corte superior. O mesmo raciocínio pode ser feito com relação à “súmula impeditiva de recurso” (Código de Processo Civil, §1º do art. 518), ou com o julgamento de recursos repetitivos sob o sistema dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, e ainda a dispensa de recorrer ou contestar outorgada por lei aos procuradores da Fazenda Nacional quando a questão estiver pacificada nos tribunais superiores (Lei nº 10.522, de 2002, art. 19). Mesmo a existência das súmulas não foi motivada a orientar condutas, com uma perspectiva voltada ao futuro, mas para facilitar o trabalho dos magistrados, bem como a *uniformidade* das decisões.⁶⁸¹

No *common law*, por outro lado, a decisão judicial é tida como precedente em razão da autoridade da corte que a prolatou. Não se trata de utilizar a decisão anterior como parte da fundamentação da decisão futura, mas de utilizá-la como norma e, assim, aplicá-la ao caso *sub judice*. O próprio sistema da *common law* está estruturado nesse estado de coisas. É, portanto, um paradigma que condiciona toda a atividade jurisdicional. Nos ordenamentos jurídicos de *common law* não há nenhum dispositivo legal ou constitucional que determine a observação dos precedentes judiciais. É uma regra da prática, e a obrigatoriedade de seguir uma prática deriva sua força do fato de ser essa prática observada com um alto grau de uniformidade.⁶⁸²

Como a atuação da jurisprudência na *constituição* de direito é uma alteração do paradigma da tradição romano-canônica, espera-se que uma nação, vinculada a esse

⁶⁸⁰ Art. 102, §2º, da Constituição Federal: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁶⁸¹ Por outro lado, a existência de filtro recursal, como a exigência de repecussão geral para o conhecimento do recurso extraordinário, parece pressupor a ideia de que a corte tem atividade prospectiva. É que não haveria motivo para limitar o acesso à corte senão diante do desiderato de direcionar todo seu expediente para desempenhar da melhor forma possível a tarefa de orientar situações futuras, manifestando-se apenas quanto às questões jurídicas relevantes e transcendentais.

⁶⁸² CROSS, pp. 98-99 – “the judge is under an obligation to apply a particular ratio decidendi to the facts before him in the absence of a reasonable legal distinction (...). But what is the nature of this obligation? It is an obligation to follow a fairly well-defined practice. Its efficacy depends on what Professor Hart terms the ‘internal aspect’ of the rule of stare decisis. It is recognized by past and present holders of the judicial office who use it as a justification for their conduct”.

paradigma, explicitamente o supere pela edição de uma norma.⁶⁸³ E como o reconhecimento de força normativa aos precedentes retrabalha a própria noção do que seja o direito – que deixa de ser identificado apenas com a lei para abarcar também o resultado da atividade do Poder Judiciário –, seria conveniente que essa norma fosse uma norma constitucional. Daí que, sem identificar uma *norma constitucional* que suporte esse novo estado de coisas, a previsão do art. 521 do projeto do Novo Código de Processo Civil – que prevê a aplicação obrigatória dos precedentes e das súmulas –, por ser apenas *norma legal*, careceria de legitimidade.

O México, por exemplo, optou por explicitamente facultar à lei atribuir caráter vinculante à interpretação judicial do direito, ao estabelecer, no artigo 94 da constituição de 1917, que *A lei fixará os termos em que será obrigatória a jurisprudência estabelecida pelos Tribunais do Poder Judiciário da Federação sobre a interpretação da Constituição, leis e regulamentos federais ou locais e tratados internacionais celebrados pelo Estado Mexicano, assim como os requisitos para sua interrupção e modificação.*⁶⁸⁴ Só que, no Brasil, se por um lado custa-se reconhecer na Constituição a atribuição do caráter de *direito* ao resultado da atividade do Poder Judiciário, por outro lado todas as expressões infraconstitucionais de apreço à jurisprudência são resultado de uma razão prática, de um cálculo de celeridade na prestação jurisdicional, sem prestar respeito à autoridade das decisões judiciais.

Como se vê, o paradigma ideológico da tradição romano-canônica manteve-se imune mesmo diante dessas recentes manifestações legislativas de apreço à jurisprudência: foi apenas escanteado, por razão de conveniência. Os aplicadores do direito apenas têm a possibilidade de observar a jurisprudência, mas não o dever.

Resta saber, portanto, se o respeito aos precedentes é norma extraível do ordenamento jurídico brasileiro.

Pois bem, só é norma aquilo que está positivado, mas estar positivado não quer dizer que necessite estar expressamente escrito, ou que esteja escrito apenas em um dispositivo. Os métodos de interpretação do texto legal podem revelar normas, positivadas,

⁶⁸³ Tanto é necessária essa previsão normativa acerca força normativa dos precedentes que o Superior Tribunal de Justiça recentemente reconheceu a possibilidade de seus precedentes não serem seguidos porque “*Não existe previsão legal para que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo vincule os tribunais de apelação, salvo em relação às partes que litigaram em tais processos*”, e por conta disso rejeitou reclamação que buscava a aplicação de precedente da corte (cf. STJ, AgRg na Rcl 15.102/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, PRimeira Seção, DJe 17/12/2013).

⁶⁸⁴ FERRAZ, *Processos Informais...*, p. 123.

sem a necessidade de estarem expressas *ipsis litteris* no texto. Bem entendido, é perfeitamente possível trabalhar com normas não expressamente previstas em diplomas normativos, e ainda assim adotar uma concepção juspositivista: a concepção juspositivista argumentativa (pós-positivista). A norma – norma tipo regra – impondo o respeito aos precedentes decorre, é certo, do direito posto, mas não é dada de forma descritiva pelo ordenamento independentemente da atividade do intérprete (=não está *ipsis litteris* em nenhum diploma normativo). A norma de respeito aos precedentes depende de uma reconstrução de sentido normativo de outros dispositivos legais e constitucionais, por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas.⁶⁸⁵ Geralmente, as propostas de dar força normativa aos precedentes vinculam-se a razões de racionalização da atividade judiciária, celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, mas, principalmente, na igualdade e segurança jurídica.⁶⁸⁶

Não é suficiente, porém, simplesmente derivar dos princípios de segurança jurídica ou de igualdade uma norma impondo a utilização de precedentes. Todos os operadores do direito são favoráveis às ideias de igualdade e segurança jurídica. Igualdade e segurança jurídica sempre foram valores inerentes ao sistema romano-canônico e, mesmo, valores estruturantes do sistema que fortaleceram o movimento codificatório. É certo que a igualdade, enquanto norma, impõe que casos idênticos contem com a mesma solução jurídica, que haja paridade de tratamento jurídico, pois o Estado não está autorizado a tratar de forma distinta a mesma situação de fato.⁶⁸⁷ Mas como a igualdade e o almejo de segurança jurídica sempre estiveram presentes em nosso ordenamento, não podem essas normas ser utilizadas como selo distintivo da atualidade a exigir a utilização de precedentes vinculantes.

Entendendo-se igualdade e segurança jurídica por submissão de todos a um mesmo direito, previamente estabelecido, o fato é que a tradição romano-canônica sempre observou essas normas. Os códigos modernos são, ademais, expressão disso, pois não poderiam estabelecer previamente todo o direito de uma nação, sob o pressuposto de que esse direito vale pra todos, sem que estivessem pautados pelos ideais de igualdade e segurança

⁶⁸⁵ Construção feita por Humberto Ávila para evidenciar a norma-princípio da segurança jurídica – ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica - entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110.

⁶⁸⁶ Cf. MARINONI, *Precedentes...*, pp. 120-190; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 130-161.

⁶⁸⁷ “*Légualianza è un rapporto, per cui, a parità di situazione di fatto, deve corrispondere una parità di situazione giuridica; e, a disparità di situazione di fatto, deve corrispondere una disparità, proporzionata, di trattamento giuridico*” – ITALIA, Vittorio. *Interpretazione Sistemática delle Norme e dei Valori*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 57, *apud* ÁVILA, Humberto. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

jurídica. Não por acaso a Constituição de 1988 atribuiu-lhes o caráter de princípios normativos.

Ocorre que na tradição romano-canônica o fato de coexistirem duas decisões distintas para a mesma situação representa fenômeno aceito pelo sistema. Isso porque, para o jurista clássico da tradição romano-canônica, o direito seria algo pronto, obra do Legislativo, apenas declarado pelo Poder Judiciário. Se o Poder Judiciário declara algo diverso em duas situações idênticas, como sua atividade não se liga à função constitutiva de direito, o direito declarado é o mesmo - o direito anterior, dado de antemão pelo legislador. Como uma quimera jurídica e como resultado direto dos pressupostos da tradição romano-canônica, tanto de método quanto da ideia do que seja o direito, o fato de existirem duas decisões diferentes sobre a mesma questão não desrespeita a igualdade e a segurança jurídica. Uma das decisões está errada, sem dúvida, mas não se sabe qual. Nesse contexto, o jurista clássico da tradição romano-canônica não vê a submissão de dois particulares a dois direitos diferentes, situação em que haveria desrespeito à igualdade ou segurança jurídica. Se nunca há desrespeito à igualdade e à segurança jurídica, não é destes princípios que podemos extrair a norma impondo precedentes vinculantes, a não ser que previamente seja demonstrada uma alteração no estado de coisas. É necessária, portanto, uma alteração dos pressupostos da tradição para que o fato de existirem decisões em sentidos opostos equivalha a uma ofensa a esses princípios normativos da igualdade e segurança jurídica.

Essa alteração no estado de coisas é representada pela superação do paradigma racionalista na sua faceta ideológica de que o intérprete não tem participação na criação de direito. A atual teoria da interpretação jurídica reconhece força criadora na atividade do intérprete, reconhece que a jurisprudência tem função constitutiva do direito. Assim, a decisão judicial, por incrementar a ordem jurídica e constituir direito, não pode ser ignorada nos julgamentos subsequentes, sob pena de sujeitar particulares a dois direitos distintos, o que não se admite, justamente por ofender a igualdade e segurança jurídica.

Fica, assim, demonstrado que o Poder Judiciário, no exercício de sua atividade de resolução de controvérsias, interpreta o direito e daí resulta novo direito, que incrementa a ordem jurídica e deve ser valorado nos casos subsequentes pelos demais magistrados.⁶⁸⁸ Por outro lado, aproximando essa imposição do direito brasileiro com a doutrina dos precedentes, tem-se que o precedente deve ser aplicado mais por causa da autoridade da corte do que pelas

⁶⁸⁸ Faz-se referências às decisões dos tribunais superiores.

boas razões da decisão judicial. É que estar vinculado, obrigado a fazer algo, pressupõe que, se por acaso não houvesse essa obrigação, a conduta bem poderia ser outra. Não se pode colocar a vinculatividade dos precedentes nas suas boas razões porque ninguém, reconhecendo as razões como boas, deixaria de aplicá-las. Ao reconhecer boas razões em uma decisão judicial anterior o julgador do caso atual aplicaria o precedente ainda que não estivesse obrigado. Por outro lado, se o julgador do caso atual não visse boas razões na decisão judicial anterior, não a aplicaria, já que ninguém por livre e espontânea vontade preferiria decisão da qual não estivesse convicto da correção. Daí se segue que o precedente decorre da autoridade de quem o emana. As razões podem se mostrar falsas, mas o precedente mantém sua autoridade.⁶⁸⁹ O julgador do caso atual deve aplicar o precedente pela simples razão de que foi proferido anteriormente por uma corte com missão constitucional de construir o direito (precedentes aplicados tanto vertical quanto horizontalmente).

É claro que nessa tarefa subsistem problemas práticos, acerca da aplicação desse instrumento jurídico. Questões, por exemplo, acerca da técnica dos precedentes: uma única decisão é suficiente para vincular as cortes inferiores? A decisão que serve de precedente é a decisão da Turma, da Seção, Plenário ou de algum órgão especial da corte? A decisão da corte inferior que contraria precedente da corte superior está submetida à ação rescisória ou à reclamação? Esses problemas práticos exigem atenção da doutrina em obras específicas, mas não afasta a imposição constitucional da utilização de precedentes no direito brasileiro.

Existe, em resumo, uma norma (regra) constitucional da qual decorre a obrigatoriedade dos magistrados aplicarem os precedentes das cortes superiores. É uma norma, contudo, que não impõe consequência jurídica a sua inobservância. Uma norma impondo um estado de coisas, sem prever sanção, pode inclusive causar certa estranheza ao jurista formado sob o positivismo clássico.⁶⁹⁰ Ocorre que não há nada de estranho nisso: o magistrado deve aplicar o precedente assim como deve aplicar a lei; o magistrado está vinculado ao ordenamento jurídico, no que se incluem tanto os precedentes quanto a lei. Assim como não há sanção ao magistrado que deixa de aplicar a lei, não haveria razões para sancionar o magistrado que deixa de aplicar o precedente. E se ao rol do art. 485 do Código de Processo Civil deve ser acrescida a possibilidade de rescisória quando a sentença violar

⁶⁸⁹ CROSS, p. 64.

⁶⁹⁰ *“for the classical legal positivists, however, the idea that precedents bind future decision makers is intelligible only if there is a stipulated doctrine or sanction which will be prima facie applicable to those decision-makers when they ignore precedents. Without such a doctrine or sanction, it is unclear how one decision can be said to require another”* – DUXBURY, *op. cit.*, p. 16.

disposição de precedente é questão ainda a ser respondida. O certo é que nada disso afeta a conclusão de que devem os magistrados aplicar o precedente, por constituir esse dever uma norma regulamentadora de sua atividade.⁶⁹¹

⁶⁹¹ “Porque o juiz não tem interesse próprio no processo, de modo que lhe coubesse atuar ou abster-se, a lei fixou-lhe, com toda a precisão, as pautas e os conteúdos da sua atividade, de feição tal que, ocorrendo certas situações, lhe toque praticar determinado ato, ato não seu mas estatal, com o conteúdo que convenha ao caso. Toda sua atividade é ordenada no sentido de que, através dele, seja o Estado que exerce o ato. Daí o seu dever formal de obrar. Esse dever formal de obrar é tão forte que, de todos os funcionários do Estado, o juiz, aparentemente o mais tranquilo e inerte, é aquele de quem se pode dizer estar condenado à atividade” – PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 369. “When judges follow precedents they do so not because they fear the imposition of a sanction, but because precedent-following is regarded among them as correct practice, as a norm, deviation from which is likely to be viewed negatively” – DUXBURY, *op. cit.*, p. 21.

CONCLUSÃO

As margens do Ipiranga certa vez testemunharam o grito de “independência, ou morte”, conforme conta-nos a História. Desde 1822, então, já se mostravam os inusitados resultados da tropicalização de institutos. Naquele caso, o instituto da revolução. Importou-se ao Brasil o anseio pela independência e o clamor por uma constituição. O porta voz disso tudo foi o próprio príncipe regente, filho do rei da metrópole da qual postulava o rompimento do persistente cordão umbilical, ameaçando a todos com a morte ou com a independência. Mas não houve morte, e tampouco independência – pelo menos independência jurídica. E por isso não houve também verdadeira revolução. O País manteve-se sob o direito português, aplicando o estabelecido nas Ordenações, um direito criado do outro lado do Atlântico e destinado a regular a vida de uma típica nação europeia. A esse direito se submetia o mestiço povo brasileiro. Num esforço posterior, também a república foi conquistada pelos brasileiros – ou imposta de cima para baixo, numa releitura mais realista dos mesmos fatos. Como inspiração, a constituição norte-americana, prevendo um modelo político pensado para as colônias que mais de século antes haviam se reunido para formar um Estado. Jurídica e politicamente, portanto, o Brasil abriu mão de estabelecer no momento oportuno sua marca característica, preferindo, em vez disso, herdar sem grandes esforços instituições pensadas para outro povo, outro tempo, outro lugar. Preferiu o Brasil vestir as roupas velhas e largas do pai, a confeccionar as próprias calças.

Mas essa facilidade de se importar modelos jurídico-políticos prontos cobraria o preço da inadequação no futuro. Principalmente no que toca ao plano jurídico, o Brasil submeteu-se ao modelo da tradição romano-canônica, o que se deu por meio de um processo de importação jurídica que teve início com o recebimento das Ordenações – um sistema de direito elaborado por uma autoridade central –, sendo complementado pela nítida inspiração nos códigos do Continente. Sem querer, humanismo, racionalismo e iluminismo impuseram-se também no Brasil. Como consequência, o direito foi identificado com a lei, sendo aplicado sob o método científico da subsunção.

O direito foi sob esses pressupostos trabalhado durante o século XX, até que, revisados alguns dos paradigmas, principalmente sob o Estado Constitucional verificado a

partir da Constituição de 1988, percebeu-se que o direito editado pelo Legislador era incapaz de solucionar, ele próprio, toda e qualquer solução imaginável. Percebeu-se, mais que isso, que o Legislador, por mais que quisesse, era incapaz de editar *normas*. O Legislador edita leis, *textos*, nos quais o intérprete buscará uma norma. Percebeu-se, finalmente, que o intérprete, representado pelo Poder Judiciário, tem participação na criação de direito. Nesse novo contexto, ficou no mínimo estranho o fato de dois casos idênticos contarem com soluções jurídicas diversas, o que motivou propostas de que fosse aplicado no Brasil o sistema de precedentes judiciais.

Nada mais razoável, aliás. Se o Legislador é incapaz de prever todos os casos possíveis de ocorrerem e se o juiz, a pretexto de aplicar, acaba inevitavelmente criando o direito, a consequência lógica é justamente utilizar o resultado desse trabalho do juiz para orientar situações futuras, para submeter decisões posteriores. Ocorre que no século XXI, com cultura jurídica já estabelecida, o jurista brasileiro não mais se contenta com a pura e simples importação de institutos prontos e acabados. É necessário que se faça um prévio exame de compatibilidade entre o ordenamento jurídico receptor e o instrumento que se pretende receber. E a aplicação do sistema de precedentes, típico da tradição do *common law*, mexe com a própria concepção do que seja direito e com o método de aplicação do direito, ou seja, abala o âmago, a essência da tradição romano-canônica. Daí que o estudo de compatibilidade deve ser mais profundo, recomendando-se a busca pela origem das tradições e pela origem do instrumento, num exame dos precedentes no direito brasileiro tendo por pano de fundo a tradição jurídica ocidental entre instrumentos, métodos e história.

Não há um direito ocidental propriamente dito. Velocidade máxima permitida, exigência de testemunhas para a validade do testamento, maioria civil, nulidade dos atos processuais, distribuição do ônus da prova, superação da coisa julgada, todos esses são institutos jurídicos particulares de cada povo, dependentes de pontuais escolhas políticas próprias de um específico tempo e lugar. O que existe é uma *tradição jurídica* ocidental. E a tradição jurídica não se confunde com pontuais institutos de direito. A tradição traz consigo uma ideia de direito, assim como o método de sua aplicação. A tradição jurídica ocidental, portanto, trabalha com o *common law*, em um direito jurisprudencial aplicado por um método pragmático, e com a tradição romano-canônica, em um direito legislado aplicado por um método científico. Origem, oposição e reaproximação. Esses foram os pontos marcantes, ao longo de dois mil anos de história, que devem ser explorados para a individualização das tradições e para eventual comunicação e circulação de modelos.

O exame da tradição jurídica do ocidente, portanto, começa pelo estudo do direito romano. No direito romano, os poderes dos magistrados sofreram um incremento na passagem do período arcaico para o período clássico, e uma redução na passagem do período clássico para o pós-clássico. Também o método da aplicação do direito variou nos períodos do direito romano. O período clássico, em um sistema de *case law*, e o período pós-clássico, submetido a um direito imperial, elaborado sob a influência da técnica canônica, devendo ser aplicado por um juiz funcionário diretamente sobre o caso controvertido, sem a participação de jurisconsultos. Aqui a origem das tradições, pois o *common law* inspirou-se no estado de coisas do direito romano clássico, enquanto a tradição romano-canônica partiu sua evolução do direito romano pós-clássico, retrabalhado pelos glosadores e comentadores após a redescoberta no século XII. A partir daí já se indicava o caminho da divergência: *common law* de um lado, tradição romano-canônica de outro.

De origem comum e de verificação de divergência, as tradições passaram por momentos de oposição, causados pelo contexto político, social e filosófico dos séculos XVII a XIX. Esse contexto contribuiu para o estabelecimento de mais uma mitologia jurídica, aquela que via uma situação de incomunicabilidade entre as duas tradições, cada uma, ademais, representando um mundo completamente diverso. Ora, se incomunicáveis as tradições, nunca que poderiam circular institutos jurídicos entre os modelos.

Mas não foi isso o que se verificou. Ambas as tradições jurídicas não são incomunicáveis. Sua atual conformação decorre de específicas escolhas divergentes, que bem poderiam ter sido ainda outras, e tais escolhas não são suficientes a impor uma *incompatibilidade*. Bem por isso, nas novas agitações do século XX, com o aumento da população, aumento do número de litígios e estabelecimento de direitos sociais, ambas as tradições recorreram a instrumentos típicos da outra: o *common law* incrementou a utilização do direito legislado (*statutes*), e a tradição romano-canônica prestigiou a jurisprudência no processo de resolução de litígios. Tudo isso fez iniciar um processo de circulação de modelos, em que cada tradição passou a interessar-se pelos métodos e instrumentos da outra. Essa troca de experiências favoreceu o desenvolvimento da teoria do direito, principalmente da teoria da interpretação jurídica. A tradição romano-canônica, por exemplo, passou a admitir que o Poder Judiciário – o intérprete – tenha participação na criação de direito, de modo que presta tutela jurisdicional não só ao direito subjetivo, para pacificar o conflito, mas também ao direito objetivo, a fim de enriquecê-lo, melhorá-lo.

As novas exigências jurídicas e a comunicação entre a interpretação das tradições recomendaram a utilização de precedentes no Brasil, para que casos idênticos contassem com a mesma solução jurídica. A doutrina do precedente praticada no *common law* fundamenta-se não no sistema de *case law* que está por baixo, mas na regra do *stare decisis*. Uma vez criado o direito em um caso anterior, deve esse mesmo direito ser aplicado ao caso posterior que é idêntico, ainda que o magistrado do caso posterior entenda que a solução adequada fosse outra. Por não ter por pressuposto um sistema de *case law*, e ainda por resultar o *stare decisis* na redução dos poderes do magistrado, tem-se que o sistema de precedentes é compatível com a tradição romano-canônica, em especial com o ordenamento jurídico brasileiro.

O *stare decisis*, portanto, limita o poder do magistrado, para que seja fortalecido o poder do Judiciário como um todo orgânico. A teoria dos precedentes, ainda, fundamenta-se em regras, dentre as principais: (i) só há precedente sobre questões de direito; (ii) o precedente é formado tão somente pela *ratio decidendi*; (iii) a interpretação do precedente exige uma aplicação por analogia, a fim de que se compare o substrato fático dos casos; (iv) só há precedente sobre aquilo o que foi efetivamente valorado e decidido pela corte; (v) precedentes são aplicados – e não seguidos –, e a não-aplicação só se justifica em casos excepcionais de *distinguish* e *overruling*; (vi) o precedente não pode contrariar o disposto em dispositivo legal; (vii) na formação do precedente e na consequente criação de direito, a corte está limitada pelo que se chama de *path dependence*, um comprometido com o passado, com a história, o que implica que não pode a corte desviar-se do caminho que tradicionalmente vem seguindo.

As regras da teoria dos precedentes, a seu turno, convivem bem com as imposições do Estado Constitucional Brasileiro de que seja observado o contraditório no quando da formação da norma bem como com a separação dos poderes, na atual leitura que se faz da teoria. Não obstante, o Poder Judiciário não está livre para inovar como bem entender na ordem jurídica. Quem tem como função constitucional criar direito *ex novo*, ponderando os interesses da nação em busca do consenso é o Poder Legislativo, expressão do princípio democrático, cuja limitação temática e formal a seu trabalho de legislar é imposta apenas pela Constituição. A atividade do Poder Judiciário nesse sistema é bem mais restrita. A função precípua do Poder Judiciário é julgar os casos apresentados a fim de regular a situação de direito subjetivo. Apenas incidentalmente, como consequência de sua atividade-fim, o Judiciário cria direito a fim de enriquecer a ordem jurídica. É o Judiciário, enfim, limitado

pelo direito existente e pelo peso da história, de modo que cria direito por desdobramento do direito posto, nunca inovando completamente na ordem jurídica, menos ainda revogando direito editado pelo Legislativo (salvo o caso de se reconhecer a inconstitucionalidade).

Mais que verificada a compatibilidade, tem-se que o Brasil está sob imposição constitucional quanto à utilização do direito criado pelo Poder Judiciário, como consequência direta da evolução da teoria da interpretação, que altera as exigências da igualdade e segurança jurídica e a própria função que se atribui às cortes de vértice (cortes supremas, em substituição ao antigo modelo de cortes superiores).

Em resumo, se a tradição romano-canônica estava presa ao paradigma racionalista, o certo é que superou o paradigma na sua versão ideológica, que centralizava a produção jurídica no Legislativo. Em nenhum momento desta pesquisa se pretendeu superar o paradigma na sua versão metodológica, na sua versão científica, que trabalha o direito sob conceitos, consequências lógicas e aplica-o por um método de subsunção, comprometido com um caráter científico. Resta, portanto, equacionar o instrumento dos precedentes com o método científico de aplicação do direito.

Há, de fato, lacunas na metodologia jurídica da tradição romano-canônica a respeito da aplicação de precedentes. Não era de se estranhar, pois a utilização de precedentes representa uma novidade. Remanescem, assim, problemas práticos. Por exemplo: o direito criado pelo Poder Judiciário pode alcançar expressão pela jurisprudência, pelos precedentes e também pelo sistema de enunciados de súmula – qual desses é o melhor instrumento para que se efetive o direito criado pelo Judiciário? A jurisprudência representa um apanhado de decisões no mesmo sentido; súmula é uma proposição jurídica extraída da jurisprudência; já precedente é uma única decisão da corte com a pretensão de resolver o caso e orientar o futuro. Dentre essas formas de exteriorização do direito criado pelos juízes, o precedente parece ser o que mais fielmente cumpre com sua missão, e por isso a pesquisa propôs sua utilização. Além disso, o que constitui precedente: a decisão da Turma, da Seção ou de algum órgão especial do tribunal de vértice?⁶⁹² Exige-se, portanto, que seja feito um estudo acerca da *aplicação* dos precedentes, com vistas especificamente à prática jurídica brasileira. Aberta a via à utilização dos precedentes, impõe-se sejam estabelecidas as condições de sua aplicação.

⁶⁹² O projeto do novo Código de Processo Civil prevê a aplicação tanto da súmula quanto de precedentes (art. 521, incisos III e IV), além de estabelecer que precedente deve ser entendido como o julgamento do *Plenário* do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e da *Corte Especial* do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de lei federal (art. 521, IV, 'a' e 'b').

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel, 1987.

ALGERO, Mary Garvey. *The Sources of Law and the Value of Precedent: a Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*. In: *Louisiana Law Review*, n. 65, 2005.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1964, v.1.

Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.1.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

_____. *Segurança Jurídica - entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O que é “Devido Processo Legal”?*. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 407-416.

_____. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

BANOWSKI, Zenon; MacCormick, Neil. *Statutory Interpretation in the United Kingdom*. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 347-358.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Prudência e Jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudentia romana a partir de Aristóteles*. Disponível em <http://academicodedireito.com>, acesso em 26 de junho de 2012.

BERMAN, Harold J. *O Fundamento Histórico do Direito Americano*. In: *Aspectos do Direito Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BERSOTTI, Vittoria. *L'Arte di Tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della corte suprema degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

BIONDI, Biondo. *Il Diritto Romano Cristiano*. Milano: Giuffrè, 1952, v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte de Direito*. Trad. Lenine Nequete. Porto Alegre: AJURIS, 1977.

BUCKLAND, W.W.; McNAIR, Arnold D. *Roman Law & Common Law – A Comparison in Outline*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1952.

CAENEGEM, R.C. Van. *Judges, Legislators e Professors*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

_____. *Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *The Birth of the English Common Law*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CALABRESI, G. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982

CALAMANDREI, Piero. *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio*. In *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, pp. 145-176.

_____. *La Casación Civil*. trad. Santiago Sentis Melendo. t. 1, v. 1. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1961.

CALASSO, Francesco. *Storicità del Diritto*. Milano : Giuffrè, 1966.

CAMPITELLI, Adriana. *Processo. I. Processo Civile: b) Diritto Intermedio*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, v. XXXVI.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CAPONI, Remo. *L'appello nel Sistema delle Impugnazioni Civili (Note di Comparazione Anglo-Tedesca)*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Ano LXIV, n. 3. Maggio-giugno de 2009, pp. 631-645.

CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil Italiano en el Cuadro de la Contraposición “Civil Law” – “Common Law”*. In *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974.

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *Judicial Review in Comparative Perspective*. In *California Law Review*, v. 558, out 1970. Pp. 1017-1053.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHAESE, Oscar; HERSHKOFF, Helen (org.). *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thomson-West, 2007.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*, V.I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. Rio de Janeiro: Saraiva, 1965, 2ª Ed., p. 42.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *O Cabimento do Recurso Extraordinário pela Alínea 'a' do art. 102, III, da Constituição Federal e a 'Causa de Pedir Aberta'*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 246-256.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *As Ideias Fundamentais da Constituição de 1891*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1981. Vol. 18, n. 69, jan-mar de 1981, pp. 81-90.

_____. *Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição*. In: *Revista jurídica*, Porto Alegre vol. 7, n. 38, p. 57-66 (coleção F, localização 292)

_____. *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília vol. 25, n. 97, jan-mar 1988, p. 163-180.

CRANWELL, Ricardo E. *Las Legis Acciones Según el Jurisconsulto Gayo*. Buenos Aires: Coni Hermanos, 1909.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. New York: Clarendon Press, 1991.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DENNING, Lord. *The Discipline of Law*. London: Butterworths, 1979.

DENTI, Vittorio. *Diritto Comparato e Scienza del Processo*. In: *Un Progetto per la Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 21-59.

DICEY, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10 ed. Londres: MacMillan, 1961.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

DOMIT, Otavio. “*Iura Novit Curia*”, *Causa de Pedir e Formalismo Processual*. In MITIDIERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ENGELMANN, Arthur. *A History of Continental Civil Procedure*. Boston: Little, Brown and Company, 1927.

FALLON JR., Richard. *Stare Decisis and the Constitution: An Essay on Constitutional Methodology*, N.Y.U. Law Review, nº 570, pp. 570-597. New York, 2001, p. 572.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Ed. Graal, 1979.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Storia del Diritto Americano*. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIOFFREDI, Carlo. *Diritto e Processo nelle Antiche Forme Giuridiche Romane*. Roma: Apollinaris, 1955.

GLOAG, William Murray; HENDERSON, Robert Candlish. *Introduction to the Law of Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1927.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *L'ordine Giuridico Medievale*. 3. ed. Roma: Laterza, 2007.

_____. *L'Europa del Diritto*. 6 ed. Roma: Laterza, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Como es Posible La Legitimidad por Vía de Legalidad?* In Revista Doxa Universidade de Alicante, 1988.

_____. *Técnica e Ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, p. 67.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HATHAWAY, Oona A. *Path Dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system*. In 86 Iowa Law Review, 2001, pp. 101-165.

HAZARD, G.C.; TARUFFO, M. *La Giustizia Civile negli Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino, 1993

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2003

_____. *A Dialogue of the Common Law*. In *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.* V. 6. London: Bohn, 1839-45. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920>, acesso em 20-11-2013.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover Publications, 1991.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

KAY, Richard. S. *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*. Northwestern University Law Review, v. 103, nº 2, 2009, pp. 703-726

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito Processual da Idade Média*. Porto Alegre: SAFE, 2006.
- KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LEMERLE, Paul. *História de Bizâncio*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del Diritto Comune nel Processo Civile Brasiliano*. In Studi in Onore di Enrico Redenti. Milano: Giuffrè, 1951, pp. 579-607.
- LYON, Bruce. *A Constitutional and Legal History of Medieval England*. New York: Harper & Brothers, 1960.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- _____. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, SE, v. 7, p. 15-54, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1959.
- MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *A Boa-fé como Modelo*. In Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir/UFRGS. Porto Alegre, v. 2, n. IV, p. 347-379, jun. 2004.

_____. *O sistema na codificação civil brasileira : de Leibniz a Teixeira de Freitas*. In: Revista del Centro de Investigaciones de Filosofia Jurídica y Filosofia Social. Rosario : Universidade Nacional de Rosario. n.23 (1999), p. 89-105

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2004, t. 1, p. 533-534

_____. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial*. Revista de Processo, v. 206, pp. 61-78.

_____. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFRGS, nº2, set. de 2004, pp. 101-128.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brede et de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a Partir da Independência*. v. I – Império; e v. II - República. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A Garantia do Contraditório*. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 15, 1998, p. 7-20.

_____. *A urgência e o direito de família: as chamadas medidas provisórias o artigo 888 do CPC*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. vol. 18(2000), p. 25-34.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Juiz e o Princípio do Contraditório*. In *Revista de Processo*, n. 73, 1994, p. 7-14.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil – teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Nova Retórica. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *La Giurisdizione All'alba del Terzo Millennio*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

_____. “*proceso. I. Processo Civile: c) Diritto Moderno*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118, vol. XXXVI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

POSTEMA, Gerald J. *A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law*. in EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 102-133.

POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Trad. Jose Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950.

_____. *What of Stare Decisis?* in *Fordham Law Review*, v.X. n. 1, jan 1941, pp. 1-13.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

PUGLIESE, Giovanni. *Il Processo Civile Romano. Il Processo Formulare*. v. 2. t.I. Milano: Giuffrè, 1963.

RADBRUCH, Gustav. *Introduzione Alla Scienza del Diritto*. Torino: KF Koehler, 1958.

_____. *Lo Spirito del Diritto Inglese*. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 31, nº 122, mai/jul de 1994. pp. 281-287.

ROSEN, Jeffrey. *Originalist Sin: The Achievement of Antonin Scalia, and it's Intellectual Incoherence*. *New Republic*, May 5, 1997, at 26.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais – racionalidade da tutela jurisdictional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, v.1.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCARMAN, Lorde Leslie. *O Direito Inglês : a nova dimensão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1978.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer : a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, 2009.

_____. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*. Agosto de 2007. Disponível em <http://ksgnotes1.harvard.edu/Research/wpaper/rwp/RWP07-036>, acesso em 10-2013.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana: Esercizio e Difesa dei Diritti*. Padova, Cedam, 1936.

SHEARS, Peter; STEPHENSON, Graham. *Jame's Introduction to English Law*. 13 ed. London: Butterworths, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre, 2002.

_____. *O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STRAUSS, Leo. *An Introduction to Political Philosophy*. Detroit: Wayne State University Press, 1989.

_____. *What is Political Philosophy?* Chicago: University of Chicago Press, 1988.

SUMMERS, Robert. *Statutory Interpretation in the United States (1991)*, in MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes, A comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, pp. 407-432.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. *Storia della Cultura Giuridica Moderna - assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. *Il Vertice Ambiguo – saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Observações sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, n. 110, pp. 141-158.*

_____. *Precedente e Giurisprudenza, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano 61, n° 3. Milano: Giuffrè, set. 2009, pp. 709-725.*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Breves Considerações sobre a Politização do Judiciário e sobre o Panorama de Aplicação no Direito Brasileiro – Análise da Convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos Problemas da Padronização Decisória. In Revista de Processo, v. 189, Nov/2010, p.9.*

_____. *La Motivazione della Sentenza Civile. Padova: Cedam, 1975.*

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4 ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.*

_____. *O Antigo Regime e a Revolução. Brasília: UNB, 1982.*

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.*

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*

_____. *Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.*

_____. *Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.*

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.*

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Lusitano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.*

VACCA, Letizia. *La Giurisprudenza nel Sistema delle Fonti del Diritto Romano. ed. 2. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.*

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La Tradizione Giuridica Occidentale – texto e materiali per um confronto civil law common law. v. I e II. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.*

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia. Madrid: Alfaguarda, 1964.*

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.*

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.*

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula vinculante: figura do common law?* in Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 44, out. 2011.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: a Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2005

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.