

**PRECEDENTES VINCULATIVOS E FONTES DO DIREITO NO BRASIL: A
PROPOSTA DE UM “SISTEMA GEOMÉTRICO VARIÁVEL”**

**BINDING PRECEDENT AND SOURCES OF LAW IN BRAZIL: THE PROPOSAL
OF A "SYSTEM GEOMETRIC VARIABLE"**

Dirceu Pereira Siqueira¹

Jaime Domingues Brito²

RESUMO

Objetiva-se e perspectiva-se apresentar, neste trabalho, uma visão que possa sugerir a utilização de um sistema de precedentes no Brasil, que seja capaz de trazer maior segurança jurídica, igualdade e previsibilidade. Para isso, o trabalho enfoca, num primeiro passo, o fenômeno jurídico, historicizando-no, a fim de demonstrar que, nos primórdios das leis, as fontes do direito que se mostravam plural, com as mudanças sociais, vieram a transmutar-se para a situação que passou a dar maior valia à lei. Esse fenômeno, no trabalho, é denominado de *legolatria*. Ressaltado é também, que o apego exagerado à lei deu fundação à *Civil Law*, que é um dos principais sistemas continentais. Após isso, a atenção se volta para a comparação da *Civil Law* com o sistema da *Common Law*, que não se rendeu completamente ao mito da lei. Este último sistema merece, no trabalho, atenção especial, já que a utilização de alguns de seus fundamentos, como a teoria da *stare decisis* – respeitados evidentemente a realidade brasileira– pode ensejar a possibilidade de se efetivar o referido sistema precedentalista. A ideia portanto é sair daquilo que se chama sistema de geometria fixo para se alcançar, com o uso de precedentes, um sistema de geometria variável de fontes do direito.

Palavras-chave: Precedentes. Sistema fixo de fontes. Sistema variável de fonte.

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá - UniCesumar; Professor nos Cursos de Graduação em Direito no Centro Universitário de Bauru - ITE/Bauru – SP, no Centro Universitário de Araraquara - UNIARA, no Centro Universitário de Bebedouro – UNIFAFIBE e na Faculdade Barretos - FB; Advogado.

² Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná. Professor do Curso de pós-graduação do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, de Londrina. Advogado militante desde 1978.

ABSTRACT

The purpose of this research is to present and to perspective a vision that would suggest the use of a system of precedents in Brazil that can be able to bring more legal certainty, predictability and equality. For this, the author focuses, in a first step, the legal phenomenon, historicizing it in order to show that, in the early days, the sources of law were showed plural, but with social changes, came to transmute to the situation which now give greater value to the law. This phenomenon, at work, is called *legolatria*. It is also emphasized that the exaggerated attachment to the law gave foundation to the Civil Law, which is a major continental systems. After that, the attention turns to the comparison with the Civil Law of the Common Law system, which did not surrender completely to the myth of the law. The latter system deserves at the research, special attention, since the use of some of its fundamentals, as the theory of *stare decisis* –respected evidently Brazilian reality– may also give rise the possibility of effecting a ideal system of precedents. The idea is so let out of what is called fixed-geometry system to achieve with the use of precedents, a variable geometry of sources of law.

Key-words: Precedents. Fixed source system. Variable source system.

INTRODUÇÃO

No presente texto busca-se analisar que o legalismo, decorrente de verdadeira legolatria que adveio de aparelhos mitológicos e que têm raízes no Iluminismo, desvitaliza e põe em dúvida uma das mais importantes práticas do direito, que é exatamente o ato de sentenciar do juiz.

Traz, então, em seu bojo, elementos históricos voltados para o aspecto das estruturas de um período que se resolveu chamar de modernidade, apontando, acima de tudo, as conseqüências desse exagerado apego à própria lei e desprezo às demais fontes do direito, aí incluída a utilização dos precedentes vinculativos.

Por intermédio do trabalho, portanto, busca-se perspectivar resposta à importante indagação: se fosse levada a cabo o uso de precedentes vinculativos no sistema brasileiro, isso poderia trazer maior isonomia, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados? Tentemos resolver a questão.

1. Modernidade europeia e conseqüências jurídicas

Compreender o fenômeno jurídico sob perspectiva histórica não é um simples narrar de fatos temporalmente concatenados que justifique e afirme a atual situação do direito. O

objetivo de *historicizar* o direito é construir a possibilidade de relativizar o presente e todas suas estruturas, para analisar de forma diacrônica o fenômeno jurídico em busca de uma melhor compreensão dos problemas atuais que, por sua vez, possuem bases ocultas justamente por estas serem reafirmadas há tanto tempo.

Tome-se, por exemplo, bases como a lei, fonte imediata do direito; o Estado como único produtor do direito; a divisão dos poderes; a relação entre aplicação da lei e segurança jurídica. Essas são formas tão incrustadas na atual cultura jurídica que, como afirma o juiz da suprema corte italiana Paolo Grossi (GROSSI, 2007, p. 17), transformaram-se em verdadeiras “Mitologias Jurídicas”, que oferecem espaço para o seguinte questionamento:

É satisfatória, de um ponto de vista substancialmente justicial, a garantia oferecida pela legalidade, pela segurança jurídica, pela divisão de poderes? É possível se satisfazer com a lei como justiça quando a mesma lei é reduzida a comando respeitável, mas passível de todo tipo de conteúdo e, portanto, vazio?

Longe de se criar novos mitos, numa incessante jornada pela origem de tais formas, por intermédio do presente texto, o que se quer é compreender historicamente como o direito atual herdou as estruturas daquele período que se convencionou chamar de modernidade, analisando, ao mesmo tempo, quais consequências esses mitos trouxeram para uma das mais importantes práticas do direito: o sentenciar do juiz³. E mais: quais são as consequências que esse sentenciar pode trazer e provocar para os cidadãos membros de um determinado Estado.

Pois bem, a série de movimentos intelectuais, políticos e científicos ocorridos a partir de meados do século XVI, conhecidos genericamente por modernidade, trouxe consequências profundas nas mais diversas instâncias da sociedade ocidental. Seja levando em conta a colonização da América, ou as revoluções científicas ou os movimentos da reforma protestante, pode-se dizer que o ocidente teve de rever seus mais profundos e sólidos valores antes tão creditados. O direito, por sua vez, não escapou às críticas, justamente por ser uma das mais concretas estruturas da sociedade.

2. Velhas e novas fontes do Direito

³ Entenda-se a expressão “o sentenciar do juiz” de modo amplo, pois aí é de se englobar evidentemente, as decisões que são proferidas pelos tribunais superiores e que irão criar o sistema de precedentes, que é o foco deste trabalho.

Lei e Direito só puderam ser confundidos em tempos bastante recentes em se tratando de História do Direito. Afirmar Paulo Grossi (GROSSI, 2007, p. 43-44), no estudo das fontes jurídicas do início da modernidade, que

Bodin, ainda no século XVI, registra dois planos, dois níveis da experiência jurídica francesa: o das leis - ainda em crescimento-; e o outro, mais subterrâneo, enraizado na sociedade, que ele não hesita em chamar *direito*. Planos diferentes, mas também realidades particularmente diferentes devido às suas qualidades intrínsecas: a lei régia liga-se somente à vontade do rei, não tendo relevo o seu conteúdo substancial; o direito é, ao contrário, o fruto da experiência de vida de uma comunidade que registra em si as soluções mais equas que, cotidianamente, a comunidade fez suas.

A grande contribuição que Bodin deixa nesta passagem é revelar a existência de duas categorias jurídicas convivendo em um mesmo momento, configurando um conflito pela “jurisdição”, ou seja, pelo dizer o direito.

Para melhor compreender a passagem que Paulo Grossi analisa, é preciso retornar às fontes do direito, elencando a questão dos costumes em perspectiva histórica. Como denunciara Jean Bodin, ocorre que paulatinamente os costumes –diferentemente do que ocorreu no regime da *common Law*– começaram a perder sua validade como principal fonte de direito. Com a construção do gigante *ius commune* europeu, que dominou o cenário jurídico do período medieval e avançou por mais de cinco séculos, os costumes disputariam espaço com a releitura do direito romano e as doutrinas de direito canônico, sem esquecer ainda as estruturas do direito local, formado a partir de leis reinícolas que buscavam regular questões internas dos feudos e dos estados nacionais ainda em formação.

De acordo com Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 245), o *ius commune*, no que tange sua relação com as fontes de direito, possuiu três fases de compreensão:

A primeira corresponde aos séculos XII e XIII e é caracterizada pelo predomínio do direito romano (e canônico) sobre todas as outras fontes concorrentes cuja validade só é admitida desde que não estejam em contraste com a norma de direito comum. A segunda fase estende-se do século XIV até o fim do século XVII, nela se notando a afirmação dos *iura propria* como fonte primária dos ordenamentos particulares, cujo valor se equilibra com o direito comum. A terceira, por fim, marca a independência completa do direito dos reinos que se torna a única fonte do direito e relega o direito comum para a posição de direito subsidiário.

O *ius commune*, um misto do direito canônico com uma releitura do direito romano, serviu de sustentação doutrinária para o estudo do direito em toda a Europa continental e sua ação temporal teve expansão no cenário jurídico até o século XVIII. O direito comum (outra denominação do *ius commune*) se configurava como um debate acerca da racionalidade do direito, sobretudo no campo universitário, pois havia certa uniformidade do ensino em toda a Europa, já que os textos eram escritos e os cursos lecionados em latim. Muito diferente do direito moderno, o *ius commune* não possuía um formato legislativo, atuando muito mais como uma diretriz de aplicação do direito no campo doutrinário e filosófico. Essa diretriz possuía o *status* de “Direito dos Doutores”, ou no termo correto *opinio communis*. (HESPANHA, p. 121)

A primeira fase do direito comum (prevalência do direito romano e canônico sobre todas as outras fontes) tem seu bojo de formação nas necessidades sociais advindas daquele período, qual seja o renascimento das cidades e do comércio, por volta do século XIII. O motivo pelo qual ocorre uma releitura do direito romano é explicado por Antonio Manuel Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 144):

A este novo tipo de relações econômicas seriam necessárias três coisas no plano jurídico - um direito estável, que garantisse segurança jurídica e institucional necessária à previsão e ao cálculo mercantil, um direito único, que possibilitasse o estabelecimento de um comércio inter-europeu, e um direito individualista, que fornecesse uma base jurídica adequada à actividade do empresário, livre das limitações comunitaristas que os ordenamentos jurídicos medievais tinham herdado do direito germânico.

Desta forma, o direito romano viria para suprir às necessidades sociais e relações econômicas centradas naquele período. Importante destacar que a ordem do direito romano do *ius commune*, apesar de desejar uma unicidade, não se constituía como a única fonte de direito efetivamente aplicada em toda a Europa, haja vista que, como foi dito, havia a existência dos ditos direitos tradicionais que eram utilizados quando não estavam em conflito, além da atuação do direito canônico para regular a ordem espiritual e familiar.

Muito embora o *ius commune* possuísse três fases, ocorre que as esferas componentes do direito comum (direito romano relido, direito canônico e direito tradicional) formavam uma ordem plural de fontes de direito atuando sobre o mesmo ordenamento jurídico. É o que

Antonio Manuel Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 161) denomina de *pluralismo jurídico*. O direito comum possuía assim uma ordem mista de fontes: lei, costume, jurisprudência e doutrina, ambas possuindo poderes de criação do direito, o que se mostra muito diferente do direito estatal-legalista coevo.

As referidas fontes possuíam formas de comunicação entre si, possibilitando construir um ordenamento jurídico complexo e que não se fechava em uma única fonte imediata, como a lei o é hoje. As maneiras com que este diálogo entre as fontes se construía havia o uso de vários conceitos amplos: seja pelo bem comum, pelo poder absoluto ou extraordinário, pela posse de estado, baseado nos direitos adquiridos, na razão jurídica, e também pela idéia de estabilidade das decisões jurídicas (*stare decisis*). (HESPANHA, 2005, p. 165)

Assim sendo, as formulações jurídicas não se prendiam a um abstracionismo legal, sendo intimamente relacionadas com o caso prático. Nas palavras de Hespanha “os modelos de transferência (ou transcrição) não eram fixos, o resultado era uma ordem entrecruzada e móvel, cujas particularizações não podiam ser antecipadamente previstas” formando a “geometria variável do direito comum”. (HESPANHA, 2005, p. 165)

À primeira vista, este direito plural poderia soar um tanto quanto imprevisível, pois não se pautava por regras formais, mas pela arbitrariedade do julgador. Contudo, como Hespanha explica, ocorre que

Este arbítrio é, no entanto, guiado. Pelos princípios gerais a que já nos referimos (no parágrafo anterior). Mas, sobretudo, pelos usos do tribunal ao julgar questões semelhantes (*stylus curiae*), usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo de organização (casuística) do complexo normativo deste direito pluralista. (HESPANHA, 2005, p. 174)

O respeito pelos precedentes formara, para o *ius commune*, uma maneira de sistematizar e organizar as decisões com equidade, utilizando o caso como parâmetro e não abstrações puramente doutrinárias. Teoria e prática jurídica eram autoreferentes. Numa ordem plural, para se evitar arbitrariedades excessivas, tinha-se sistematizado a necessidade de respeito a um sistema de precedentes.

Séculos mais tarde, já na segunda fase do direito comum (equivalência entre as fontes plurais), as leis régias que estavam em pleno florescimento começaram a ganhar um corpo organizado.

No referido período ocorre então um equilíbrio entre o direito romano e canônico e os direitos próprios (tradicional, régios, etc.). A base intelectual que permite esta estrutura ficou conhecida como Escola dos Comentadores.

Com as legislações francesas, alemãs, belgas etc., até as famosas Ordenações portuguesas, todas são exemplos de direitos próprios dos reinos, que se afastavam em parte das propostas gerais do direito comum. Tais legislações ainda não representavam uma tentativa de monopolizar as fontes de direito em torno do Estado Nacional, como bem lembra António Manuel Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 247-248).

Portanto, o *iura propria* objetivava traduzir os anseios sociais advindos das relações entre cidadãos locais em formas jurídicas mais sólidas e capazes de resolver problemas estritamente localizados. Além da forma escrita em legislações, a resolução dos conflitos também se pautava pelo respeito ao precedente e às decisões dos tribunais, especialmente no segundo período do *ius commune* em que o direito local começa a ganhar destaque como uma importante fonte do direito comum. Sobre este tema, Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 261) lembra ainda que

Assim, por toda a Europa, as decisões dos grandes tribunais passam a ter, a partir da segunda metade do século XVI, uma enorme audiência na doutrina. (...) Por um lado, porque os tribunais, como tribunais da corte ou ‘colaterais’, estão revestidos da dignidade do rei. Finalmente, porque a regra do precedente conduz a uma maior certeza [sobre] o funcionamento do critério da *opinio communis*. A prática forense torna-se, assim, na (...) interpretadora das leis (...) e dos critérios de decisão contidos nas abundantes recolhas de decisões jurisprudenciais’.

Portanto, o lugar dos precedentes ainda estava preservado ao lado da lei, agindo como fonte de direito com a mesma importância em relação a esta. Mas de qualquer forma, a partir da *iura propria* (por volta do século XVII) a legislação começa a ganhar um lugar de destaque no cenário jurídico por trazer os costumes locais em forma escrita e especificada, relegando o papel das doutrinas e reinterpretações do direito romano para uma posição de análise com relação à equidade e à aplicação, mas não em uma posição de análise da validade ou justiça dos costumes.

Assim, as fontes enfrentaram “a evolução social e o progresso do movimento de centralização do poder político [que] acaba por modificar o equilíbrio do sistema das fontes

(...) abrindo para uma (...) supremacia do direito reinícola ou cidadão” (HESPANHA, 2005, p. 245).

Já os ensinamentos do direito romano, dito insubstituíveis e base fundamental do direito comum, por mais que passassem por processos de readaptações e modernizações, a partir das alterações políticas da modernidade, não conseguiram mais estruturar os anseios sociais e políticos de um estado absolutista nascente.

Mas tal estudo romanístico não foi em vão. A partir dele é que foi possível que se fundasse a dogmática jurídica e, com ela, se estudasse a estrutura interna do direito, numa busca pelos axiomas formadores do direito.

O cordão umbilical que ligava o direito às incessantes releituras do sistema romano acabava de ser cortado, e com isto, muito das experiências medievais de análise do direito. Fruto da modernidade, o direito começava a ser influenciado pela racionalidade cartesiana e com isto, o “sistema geométrico variável” das fontes começa a se tornar um “sistema geométrico fixo” e fixado especificamente no conteúdo da lei.

A formação da dogmática jurídica trouxe em pauta a abstração do direito, ou seja, começou-se a pensar o direito sobre princípios e axiomas metafísicos que foram extraídos do direito romano. Por sua própria natureza, estes axiomas não possuíam uma relação concreta com os precedentes e com os casos práticos, agindo como formador subterrâneo do direito. Teoria e prática tinham se separado de forma aguda. Paulatinamente, o espaço de criação do direito pelos tribunais vai sendo sufocado até sua total supressão com as revoluções liberais do século XVIII.

3. Jusracionalismo e liberalismo político

Como foi destacado, o *ius commune* possui três fases e diversos desdobramentos e peculiaridades. A terceira e última fase corresponde à formação dos discursos liberais e juracionistas (direito natural racionalista), que foram ganhando espaço acadêmico a partir do século XVII e XVIII.

A noção de direito natural não é uma criação desse período. Entretanto, há, a partir deste marco temporal, uma mudança de perspectiva quanto à formação de tais direitos. Com referências estoicas –típicas de um período de renascimento e resgate do classicismo grego– a formação do juracionismo, o direito natural racional, propõe a construção de um direito sob três principais pilares: i) existe uma lei natural que é imutável e construída por um ente elevado; ii) tal lei é onipresente e pode ser encontrada ao se utilizar a *boa razão*; iii) um direito, a partir de tanto, deve ser formado por normas claras e precisas, que independam de

interpretação, já que o direito é fruto da boa e retilínea razão (HESPANHA, 2005, p. 294-295).

Muito embora seja possível recorrer a autores da Baixa Idade Média, como Guilherme de Occam ou Duns Scotto, o paradigma do jusracionalismo possui como um de seus grandes fundadores René Descartes, com suas proposições sobre a racionalidade e o argumento do *cogito*⁴.

A partir do advento da modernidade, a razão torna-se cada vez mais *instrumental*, ou seja, ela possui uma noção estratégica e busca articular meios e fins ditos *racionais*, como lembra José Reinaldo de Lima Lopes (LOPES, 2008, p. 161-162).

Além disso, a valorização da razão no mundo moderno traz à baila um direito individualista, que busca sua fundamentação na reflexão individual, como afirma Paolo Grossi (GROSSI, 2010, p. 19-20).

Talvez um dos grandes exemplos históricos desta mudança de perspectiva tenha sido a Reforma Protestante, em que o sujeito livre pela razão busca diálogo direto com o ente divino, independentemente de patamares mediadores (GROSSI, 2010, p. 20).

Assim como no plano religioso, a construção jurídica começou a se firmar na ideia de racionalidade e individualidade, e filósofos como Hobbes, Locke e Rousseau propuseram formas de conceber o direito a partir da ideia de voluntarismo (o direito como produto e defensor da vontade humana) e lutaram por uma cientifização do direito (a ciência jurídica deve respeitar os princípios das ciências naturais em plena ebulição).

Resulta, dessa soma individualista e racionalista, nas palavras de José Reinaldo Lima Lopes, um direito cada vez mais “procedimentalista”, pois “o poder já não pode ser justificado apenas por seus bons propósitos, mas também, ou sobretudo, por sua eficácia na consecução dos novos objetivos políticos: paz civil e prosperidade econômica. A justificativa do exercício do poder altera-se”. (LOPES, 2008, p. 162)

O resultado dessas discussões, nas palavras de Hespanha (HESPANHA, 2005, p. 312), é que se formou um “racionalismo metodológico, ou seja, um método racional de atingir a natureza da sociedade e do homem e de concluir, a partir daí, o tipo de ordem que preside às coisas humanas”.

⁴ Esforço filosófico que Descartes propõe no século XVI que resulta na famosa frase “penso, logo existo”. De tal proposição é possível extrair que somente a razão pode levar a humanidade à verdade suprema, e portanto, somente seres ditos “racionais” são capazes de serem considerados como sujeitos de direito. É o início da subjetividade moderna.

Seja a partir das formulações absolutistas de Hobbes, seja a partir das liberais de Locke e Rousseau, para o direito ambas possuem o condão de construir um governo civil baseado na vontade racional do homem moderno e, a partir de então, é preciso que este governo negue fontes jurídicas que não são formadas sob a égide desta racionalidade e voluntarismo. Tais teorias formam a noção moderna de soberania, concedendo ao governo –agora representante da razão e da vontade geral e defensor do direito natural– a capacidade de criar o direito, instituindo como fonte única a lei nacional.

Inaugura-se, a partir desta perspectiva, o marco fundamental do direito europeu continental que dominará o cenário jurídico até a atualidade. E essa mudança se deu pelo deslocamento do eixo da atuação jurídica perante a sociedade, que anteriormente se dava sob a óptica de uma relação entre sociedade e cidadão, ou seja, uma relação em que o direito correspondia a um apelo dos costumes e cotidiano de uma comunidade, para uma relação entre estado e cidadão, em que o direito é fundado unicamente como fruto de um poder supremo estatal⁵.

Eis aí, portanto, o ápice e, conseqüentemente, o fim da terceira e última fase do chamado *ius commune*.

Com o ruir da experiência e a mudança paradigmática do direito, o costume, por sua vez, sofre um solapamento de valor. Isto porque as tradições imemoriais poderiam carregar em seu bojo uma tendência a se violar direitos naturais, já que não foram construídas sob a égide da racionalidade.

Em finais do período absolutista, ganha força um movimento intelectual comumente conhecido por “Iluminismo” ou “Esclarecimento”. Suas ideias no cenário jurídico formaram solo fértil para muitas das teorias supradiscutidas e entre elas fundamentam-se reformas importantes no meio jurídico, especialmente instituídas pelos governantes da nobreza que assimilavam as teorias do jusracionalismo. Estes nobres paradoxais, já que somavam as prerrogativas do antigo regime com propostas libertárias do iluminismo, são conhecidos como “Déspotas esclarecidos”.

Referidos “Déspotas”, presentes em vários países da Europa, e em especial em Portugal, promoveram o impulso inicial dos movimentos pela codificação do direito. Destes soberanos surgem, por exemplo, o *Codex Bavaricus* da Baviera, o Código Josefino da Áustria

⁵ E a partir desta perspectiva que alguns autores começaram a discutir a secularização de algumas estruturas teológicas da política, em especial com relação à soberania e a nomogênese, o que ficou conhecido como Teologia Política.

e o Código Civil da Prússia de Frederico, o Grande (HESPANHA, 2005, p. 191). Em Portugal, sob o governo do regente Marquês de Pombal, é editada a “Lei da Boa Razão”, que não é um código, mas revolucionou as formas de tratamento das fontes de direito.

A ideia contida na lei portuguesa era de exclusão por completo do *pluralismo* do *ius commune*, aceitando apenas a lei nacional e “das nações polidas da Europa” como fonte imediata e única do direito.

A atuação jurisdicional se encontra amplamente reduzida ao referido silogismo do julgador, não podendo interpretar a lei em seu conteúdo interno normativo, mas apenas podendo aplicar na sua literalidade.

Ademais, mostra-se importante destacar que Portugal começa, a partir das reformas pombalinas, a propor a construção de um Código Civil, o que virá somente quase um século depois. Enquanto isso, a Coroa Portuguesa aceitava a aplicação de Códigos estrangeiros de nações reconhecidamente “polidas”, por mais que este termo seja um tanto dúbio.

A proposta da codificação sugeria a construção de um complexo de normas jurídicas em que se atingisse uma capacidade racional tamanha que poderia ser um sistema independente de outras fontes e capaz de responder a todos os problemas que viessem a surgir.

A situação das codificações, em especial seu fetichismo, se agrava ainda mais quando da explosão das Revoluções Liberais na América (em especial na Independência dos EUA de 1776) e com a Revolução Francesa de 1789⁶. A partir da chamada segunda fase da Revolução Francesa, no período conhecido como “Terror”, em que os jacobinos dominaram o cenário político francês, outorgou-se diversas reformas institucionais que haviam sido colocadas em prática pelos burgueses moderados da fase da “monarquia constitucional”⁷. Buscou-se a formação de um novo tempo, uma nova era, motivo pelo qual se chegou a trocar até o calendário vigente pelo calendário revolucionário. O direito, por sua vez, não iria ficar imune

⁶ Importante destacar que é bastante comum encontrar defesas veladas e até explícitas dos movimentos da Revolução Francesa nas doutrinas mais famosas do Direito. Em um discurso inflamado por “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, estes juristas muito pouco – ou quase nada – observam com responsabilidade intelectual os reais efeitos que os movimentos jacobinos causaram para o mundo jurídico, sejam os bons, sejam os maus.

⁷ Eric Hobsbawm em sua obra *Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 97, reafirma sua posição como importante pensador da Revolução Francesa e assinala que: “Entre 1789 e 1791, a vitoriosa burguesia moderada, atuando através do que tinha a esta altura se transformado na Assembléia Constituinte, tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo. A maioria dos empreendimentos institucionais duradouros da revolução data deste período, assim como os seus mais extraordinários resultados internacionais, o sistema métrico e a emancipação pioneira dos judeus”.

a esta revolução baseada no liberalismo político. A negação do passado jurídico se agravou ainda mais:

Perante a lei, o costume (antes legitimado pela tradição) devia ceder. (...) na constituição do costume intervieria uma Nação concebida trans-historicamente, feita de passado e presente, de mortos e de vivos. E agora, a Nação tendia a ser identificada com o povo atualmente existente, capaz de votar e eleger. Como veremos, outros dirão que, justamente, esta é uma ideia muito redutora de Nação, cujos valores e cujo espírito não são propriedade da geração presente; mas isto constitui já um ponto de vista crítico sobre o democraticismo jacobino. (HESPANHA, 2005, p. 347)

Nesta mesma perspectiva, Paolo Grossi (GROSSI, 2010, p. 25.) novamente complementa:

Nasce daqui a condenação sem apelação àquela fonte materna, encarnada na repetição de um fato, proveniente de baixo e rastejante, sempre aderente à terrenidade da experiência quotidiana. E entende-se o orgulho e a satisfação de Robespierre, expressão genuína do novo projeto jurídico, quando, no ápice do momento jacobino da Revolução, anuncia aos franceses a sua *libertação* dos obstáculos factuais dos costumes imemoriais e proclama, com tons messiânicos, uma nova vida jurídica guiada e disciplinada unicamente por *princípios*; se, de fato, não era fácil controlar o pulular esparso dos costumes, era por outro lado nos plenos poderes dos titulares da soberania conformar os *princípios* segundo o projeto que eles tinham em mente. (*Grifos no original*)

Cai também em descrédito, assim, na Europa continental, os precedentes que não haviam formado-se sob a égide de tais teorias modernas, bem como, ainda que genericamente, a ideia de precedente em si, já que o direito seria fruto de uma razão retilínea e contemporânea, independente do passado e das experiências de outros juristas. As fontes de Direito, que já se encontravam amplamente tendentes à valorização única da lei, agora se firmam exclusivamente a ela (HESPANHA, 2005, p. 349)⁸. A historiografia italiana de Grossi (GROSSI, 2010, p. 25-26) se mostra no seguinte rumo:

⁸ “Também a doutrina deixa de ter legitimidade para fazer construções autônomas, fundadas na ‘natureza das coisas’, ou nos princípios da razão, como aquelas que tinham constituído o cerne do direito desde as escolas medievais. É que tais construções eram direito porque se aceitava que uma das fontes de legitimidade deste era a autoridade técnica ou doutrinária dos especialistas, capazes de revelar um direito que residia nas próprias coisas ou

Mas não era somente o material consuetudinário a acabar no sótão: ciência e jurisprudência prática sofreriam a mesma sorte, porque, fontes primárias na complexidade jurídica do antigo regime, foram chamadas a tecnicizar, definir e em alguma medida categorizar a amorfa sedimentação dos usos e representavam um risco à causa das capacidades autonomizadoras de uma categoria de competentes aguerridos. Claro, uma vez que a lei – já fonte única – é aplicada, não se poderá desprezar os juristas, mas se lhes tirará sua liberdade de ação reduzindo o doutrinário à prisão da exegese e o juiz às amarras de um silogismo aprisionador.

As mudanças jacobinas instituídas utilizaram novamente um instrumento que viria a ganhar cada vez mais poder com o passar dos tempos: a Constituição. O direito, positivado e legislado, atuaria como leal defensor da Revolução Francesa e de seus ideais. Foram medidas da Constituição jacobina o sufrágio universal, o direito ao trabalho e subsistência, a resistência e insurreição, e aboliu-se a escravidão nas colônias francesas, entre outras. (HOBSBAWM, 1977, p. 104)

Essas medidas assinalam a mudança de perspectiva das relações jurídicas para uma estrutura Estado-indivíduo. A maioria dos direitos proclamados e defendidos durante a Revolução eram de caráter individual e baseados na teoria do jusracionalismo iluminista. Evidentemente, tais direitos nem sempre foram efetivamente garantidos, sendo muito mais atuantes como um moderno fetiche à semelhança da lei. Os historiadores do direito não se furtam a criticar esse fetichismo do discurso revolucionário.

A utilização de um sistema precedentalista fica completamente prejudicado. O controle da lei era exercido única e exclusivamente pelo Poder Legislativo, e o juiz, longe de julgar conforme anseios populares, age como marionete do *jacobinismo jurídico*, sendo apenas a “boca da lei”.

A proposta jurídica da Revolução foi uma das que mais deu certo no cenário europeu. Depois da burguesia ter concretizado-se no poder, especialmente após a ascensão de Napoleão Bonaparte, é iniciado um grande projeto de edição de um Código Civil francês, terminado em 1804, e que seria referência internacional em termos de ciência jurídica e também de literatura. Não é injusto dizer –como o faz Hobsbawm– que importantes mudanças ocorreram

nos princípios abstractos da razão. Agora, no contexto do novo Estado democrático, a única função legítima da doutrina é – em contrapartida – a de descrever a lei, de a interpretar (se possível, de acordo com a vontade do legislador histórico – interpretação subjetiva) e de integrar as suas lacunas, propondo aquela norma que o legislador histórico, se tivesse previsto o caso, teria formulado. Em alguns casos extremos, a interpretação doutrinária chegou a ser proibida, determinando-se o recurso à interpretação autêntica, ou seja, à interpretação levada a cabo pelo próprio órgão legislativo (référé législatif)”.

na sociedade europeia do século XIX como, por exemplo, “os grandes monumentos de lucidez do direito francês, os Códigos que se tornaram modelos para todo o mundo burguês, exceto o anglo-saxão, foram napoleônicos” entre outras mudanças. E mesmo depois de sua derrota e a restauração temporária da nobreza, o Código Napoleônico continuou sendo utilizado devido sua tamanha autoridade intelectual. (HOBSBAWM, 1977, p. 132)

A vitória da simbologia revolucionária francesa foi arrebatadora. O sistema napoleônico baseado na lei e na sistematicidade do código como fonte única transformou definitivamente o direito europeu continental. Paolo Grossi classifica este período como o início do chamado “absolutismo jurídico”. A resposta para este imbróglio nas fontes do direito, só viria anos mais tarde, primeiramente de fora da Europa continental e, depois, de Kelsen, através das noções de Constituição e Controle de Constitucionalidade.

Mas esse apego aos códigos não se deu por completo. Realmente, nos países cujos sistemas se encontravam atrelado à *Common Law*, as fontes do direito se voltava para outros elementos, consoante a seguir se pretende demonstrar.

4. A *common law* e o constitucionalismo

O sistema da *civil law* e da *common law* já tinham nítidas diferenças em diversas concepções desde, pelo menos, o século XIII (HESPANHA, 2005, p. 265)⁹, como ensina José Reinaldo de Lima Lopes,

Ao longo da história ocidental do processo houve um momento em que duas tradições jurídicas se definiram. Foi o tempo da distinção entre a *common law* e o direito romano-canônico. As diferenças eram patentes no processo e na administração da justiça. Segundo Dawson, a distinção tornou-se clara a partir do momento em que na França dos séculos XIII e XIV, por exemplo, os tribunais seculares do rei adotaram o sistema inquisitorial. Originalmente, o sistema de inquiridos (...) era conhecido pelos normandos, que o levaram para a Inglaterra, mas a forma que tomou na França e, na verdade, em toda a Europa continental (...) deveu-se à influência do direito canônico. Em contraste com a tradição a Inglaterra consolidou o que se chama o modelo adversário (*adversarial mode*). Na análise de Stein as duas formas refletem-se na

⁹ Mesmo quando o estudo do *ius commune* atinge solo inglês, e ocorre a inserção do direito romano nas universidades inglesas, mantém-se uma valorização das formulações imemoriais da *common law*. Nas palavras do grande jurista inglês do período, Sir William Blackstone, “Ninguém está mais completamente convencido da excelência geral de suas regras [do *ius commune* e direito romano], e da equidade usual de suas decisões, nem mais convencido do seu uso, assim como do ornamento que constitui para o acadêmico, o sacerdote, o estadista, e mesmo o advogado comum. Mas nós não devemos sobrecarregar a nossa veneração a ponto de sacrificar os nossos Alfredo e Eduardo aos manes de Teodósio e de Justiniano”.

diferença de participação dos leigos, assim como no papel dos recursos dentro do sistema processual. (LOPES, 2008, p. 421)

E estas diferenças não se resumiram ao processo propriamente dito, mas vieram a se tornar ainda mais incisivas a partir da adoção do sistema estatalista e legalista de direito que dominou o cenário da Europa continental. Isto porque, muito embora os paradigmas das soberanias modernas estivessem fundamentados em solo inglês (Hobbes e Locke) e também em francês (Rousseau), os usos do direito eram bem diversos, e a herança romanística medieval¹⁰ e canônica do direito continental não influiu da mesma maneira no solo inglês. Isto não significa que o Direito Inglês não mudou junto com a modernidade, pois a *common law* também passou por diversas crises em sua formação e legitimação, inclusive com figuras muito próximas do apelo à fonte única, que poderia ser apelidado de “precedentelatria”¹¹.

Mas mesmo assim, *common law* e *civil law* firmaram diferenças claras no que consente ao tratamento das fontes do direito. Nas duas tradições as principais mudanças se deram com as revoluções liberais que cada um dos países e seus sistemas perpassaram.

Entretanto, de forma diversa da francesa, na Inglaterra as revoluções liberais mantiveram o sistema jurídico vigente, compreendendo-o como instrumento revolucionário e garantidor da liberdade individual dos cidadãos e não como uma instituição representativa do *status quo*, ou seja, do poder estatal absolutista.

John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 22), ao analisarem as diferenças com relação ao papel da lei e da utilização do direito nas revoluções inglesas e francesas deixam claro que:

It is important to understand that state positivism was much more sharply and consciously emphasized on the Continent than it was in England during this period of revolutionary change. One reason, of course, was the milder, more gradual, and more evolutionary nature of the English revolution. In England many of the forms of

¹⁰ Ressalte-se que o termo “herança romanística medieval” deve ser observado com atenção histórica. O *ius commune* fez uma releitura a seu tempo dos institutos do direito romano, jamais trazendo de volta a realidade factual do período romano e sua aplicação exata. Ademais, se for feita uma análise em termos apenas teóricos, fica evidente que há uma aproximação muito mais clara entre o direito inglês com o direito pretoriano do que o *ius commune* jamais conseguiu: “O direito inglês acabava por se assemelhar bastante, na sua gramática formal, ao sistema de direito pretoriano dos romanos, constituído por regras de julgar, finalmente codificadas nos éditos dos pretores” (HESPANHA, 2005, p. 268)

¹¹ Em linhas atrás, com base no escólio de Paolo Grossi, este trabalho utilizou-se da expressão “legolatria”. Assim, valendo-se de Grossi, pareceu-nos acertado criar um neologismo “precedentelatria”, termo cujo significado, em futuro próximo, o autor deste trabalho pretende melhor explorar, partilhando, inclusive, suas ideias com a comunidade acadêmica.

feudalism were retained, while their substance was transformed. The trappings of an established church survived, while that church's influence on the form and content of lawmaking diminished to the vanishing point. Most important of all, the indigenous common law of England, which had developed along lines quite different from those taken by the *jus commune* on the Continent, was not rejected in the interest of statism, nationalism, positivism, and sovereignty. On the contrary, the common law of England was a positive force embraced as evidence of national identity and national genius. On the Continent the revolution seemed to require acceptance and even glorification of it. The implication of this difference for the attitudes toward codification in the civil law and common law worlds are obvious.¹²

Essa divergência se funda justamente no papel em que a lei e os precedentes tomaram em cada um dos sistemas durante o tempo. Enquanto a Revolução Francesa propõe um novo direito e um novo papel para o juiz, a fim de negar o passado e conseqüentemente provocar uma quebra da experiência do *ius commune*, a Revolução Inglesa com a *common law* e o sistema precedentalista simbolizaram a identidade inglesa pautando um nacionalismo britânico, categoria esta nascente justamente entre os séculos XVIII e XIX.

Assim, as duas revoluções utilizaram-se do direito como instrumento de ação, mas a maneira que escolheram de fazê-lo gerou e gera efeitos diversos. Além desta diferença nos usos do direito, uma figura em especial teve caminhos percorridos bastante diversos no mundo britânico e americano. Esta figura é exatamente o juiz. A representação anglo-saxônica feita por John Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 17) sobre a figura do juiz da *civil law* em detrimento ao juiz da *common law* parece bastante acertada:

In France the judicial aristocracy were targets of the Revolution not only because of their tendency to identify with the landed aristocracy, but also because of their failure

¹² “É importante entender que o estado positivista era muito mais forte e conscientemente enfatizado no Continente do que o era na Inglaterra durante este período de mudança revolucionária. Uma razão, é claro, era a suave, mais gradual, e mais natural evolucionário da revolução inglesa. Na Inglaterra muitas das formas de feudalismo estavam retidas, enquanto suas substâncias estavam (eram) transformadas. As armadilhas de uma igreja estabelecida sobrevivia, enquanto a influência das igrejas na forma e o conteúdo da legislação diminuiu para o ponto de fuga. Mais importante de tudo, o direito da Common Law da Inglaterra, que tinha devolvido através de linhas bem diferentes daquelas tomadas pelo *ius commune* no Continente, não foram rejeitadas no interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo, e outros mais. Ao contrário, a Common Law da Inglaterra era uma força positiva que abraçou como evidência da identidade nacional e gênio nacional. No Continente a revolução parecia requerer aceitação e glorificação disso. A implicação dessa diferença de atitudes em torno da codificação no mundo da Civil Law e da Common Law são óbvios.” (Tradução livre do autor deste trabalho).

to distinguish very clearly between applying law and making law. As a result of these failings efforts by the Crown to unify the kingdom and to enforce relatively enlightened and progressive legislative reforms had frequently been frustrated. The courts refused to apply the new laws, interpreted them contrary to their intent, or hindered the attempts of officials to administer them. Montesquieu and other developed the theory that the only sure way of preventing abuses of this kind was first to separate the legislative and executive from the judicial Power, and then to regulate the judiciary carefully to ensure that it restricted itself to applying the law made by the legislature and did not interfere with public officials performing their administrative functions.¹³

Em comparação a toda essa restrição imposta aos juízes –o que era bastante compreensivo à época da Revolução–, devido à confluência de desejos entre a nobreza e o Poder Judiciário, o juiz da *common law* tinha papel bastante diferente segundo Merryman e Pérez Perdomo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 17):

In the United States and England, on the contrary, there was a different kind of judicial tradition, one in which judges had often been a progressive force on the side of the individual against the abuse of power by the ruler, and had played an important part in the centralization of governmental power and the destruction of feudalism. The fear of judicial lawmaking and of judicial interference in administration did not exist. On the contrary, the power of the judges to shape the development of the common law was a familiar and welcome institution.¹⁴

¹³ “Em França a aristocracia judicial era alvo da Revolução não somente por causa de suas tendências para se indentificar com a aristocracia da terra (local), mas também por causa de sua falha em distinguir muito claramente entre aplicação da lei e elaboração da lei. Como resultado desse esforço falho pela Coroa para unificar o reino e se esforçar relativamente para as iluminadas (esclarecidos) reformas progressivas da legislação tinham sido frequentemente frustradas. As Cortes se recusavam a aplicar as novas leis, interpretando-as de modo contrário aos intentos deles, ou dificultado as tentativas de administrá-los. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que somente o modo de prevenir abusos dessa espécie seria (era) separar o legislativo e executivo do Poder judiciário, e então regular o judiciário cuidadosamente para garantir que seria restritivo (proibido) a ele (ao judiciário) aplicar a lei feita pelo legislativo e (bem como) interferir nas funções que os funcionários públicos exercem (Tradução livre do autor deste trabalho).

¹⁴ “Nos Estados Unidos e Inglaterra, ao contrário, havia uma diferente espécie de tradição judicial, uma na qual juízes tinham várias vezes tido uma força progressiva do lado do individual contra o abuso do poder pela lei, e tinham desempenhado uma importante parte do poder centralizador governamental e a destruição do feudalismo. O receio da criação de norma judicial e da judicial interferência na administração não existe. Ao contrário, o poder dos juízes para moldar o desenvolvimento da Common Law era familiar e uma bem-vinda instituição.

O medo¹⁵ do “governo dos juízes” era latente no mundo da *civil law*, enquanto na *common law* a atuação judicial na defesa das liberdades individuais era bastante aceita e desejada, o Poder Judiciário invocava a *common law* contra as arbitrariedades do rei. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 36) lembram e ressaltam, por exemplo, que um dos reflexos dessa diferença é que enquanto na *civil law* os grandes juristas confundem-se com os grandes legisladores (Justiniano, Napoleão etc.) e doutrinadores (Domat, Pothier, Savigny, Kelsen), no mundo da *common law* os juízes são os grandes nomes do direito (Marshall, Story, Holmes etc.). Concorda com este posicionamento Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2009, p. 31) ao afirmar que

(...) Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em botar freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. (...) A Revolução Francesa, no entanto, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional. Tal direito, ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do direito e do poder governamental. Não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder.

As diferenças entre as concepções de jurisdição e ofício dos juízes eram bastante divergentes no período revolucionário, bem como o era o papel do Parlamento em França e na Inglaterra. Na primeira, como visto, houve uma transferência de poder absoluto do Rei ao Parlamento e, neste sentido, não caberia ao juiz nada mais que respeitar exatamente a literalidade dos ditames do Parlamento francês. Já em terras inglesas, o Parlamento se apoiou na regra do *rule of law and not of men*, que diferentemente do ocorrido em França, significava uma proposta de se voltar contra o absolutismo do rei, mas sem tomar o poder soberano deste em suas mãos, consoante o escólio de Marinoni (MARINONI, 2010, p. 51):

¹⁵ Traduziu-se acima como receio, mas mais correto teria sido usado mesmo o vocábulo “medo”, porque, em última análise, na Civil Law havia, sim, por razões óbvias, por parte dos juízes, forte razão para se ter medo em não seguir exatamente o que a lei determinava.

(...) enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juízes, a vontade foi confiada ao judiciário.

O Parlamento inglês, diferentemente do Parlamento francês –especialmente o jacobino– possuía suas atribuições bastante concentradas e limitadas, não agindo como o suprasumo do poder estatal. Isto é bastante claro quando se estuda as relações entre a Colônia e o Parlamento Inglês.

Ensinam os historiadores, de modo acertado, que a Revolução Francesa é diretamente influenciada pelos movimentos da Independência Norte-Americana de 1776. Assim, é possível extrair a inferência segundo a qual os Estados Unidos da América teriam sido uma importante referência para a formação das teorias políticas da Revolução Francesa, uma vez que, à época em que o movimento revolucionário ocorreu, muito do ideário francês foi constituído com base no espírito americano de liberdade. Apesar disso, os Estados Unidos da América não foram importantes na formação do direito continental. Esse quadro só muda radicalmente com a edição da Constituição Americana que se torna, junto com a Declaração de Independência, um dos principais textos de inspiração iluminista. Inicia-se com maior força o período histórico do Constitucionalismo.

Com a separação das colônias americanas do Reino inglês, vários debates foram travados sobre a manutenção ou não da *common law* e, por fim, admitiu-se mais pela prática do que pelo discurso, no sentido de que os institutos ingleses deveriam ser mantidos, a fim de que a segurança jurídica e a estrutura política da ex-colônia mantivessem um mínimo de organização. Só em 1787, ou seja, 11 anos depois da Declaração de Independência é que se organizou uma Constituição dos Estados Unidos, inaugurando, deste modo, uma importante referência para a Ciência do Direito. Tanto a *civil law* como a *common law* olharam com apreço a esta Carta. Apesar disso, Marinoni (MARINONI, 2010, p. 45) destaca que as ideias de Constituição já vinham sendo cunhadas antes mesmo da própria Independência.

Anote-se, contudo, que a ideologia da imprescindibilidade de imposição de limites ao legislativo mediante uma lei maior pode ser vista já à época em que os colonizadores da América do Norte – que não tinham representantes no Parlamento inglês – se

revoltaram contra os tributos exigidos pelo governo da metrópole, mediante a alegação de que qualquer ato do Parlamento, contrário à equidade natural, seria nulo.

O destaque à Constituição Americana tem de ser ampliado. A proposta de uma lei superior às demais e com finalidades de organizar o Estado, a política e os direitos naturais era algo bastante vanguardista, tanto que a primeira Constituição francesa deve sua inspiração aos redatores da Constituição americana.

A ideia de Constituição como aquela que serviria de limitadora do poder soberano em geral trouxe consigo uma mudança importante no sistema de fontes do direito: o controle de constitucionalidade das leis. Uma primeira ressalva deve ser feita, pois, por mais que o controle de validade das leis possa ter ganhado uma valorização com o advento da Constituição e a lição de Marinoni (MARINONI, 2010, p. 47) é certa ao mostrar que tal fato já ocorria, a partir da *common law*, ainda no período colonial:

O controle da legitimidade das leis coloniais se dava a partir do *common law*, até porque o Parlamento, como já dito, estava submetido a um metadireito ou a uma metalinguagem (o *common law*), e não simplesmente escrevendo as primeiras linhas de um direito novo, como aconteceu com o poder (legislativo) que se instalou com a Revolução Francesa. Desse modo, o controle da legitimidade dos atos da colônia, a partir do direito inglês, e o controle da constitucionalidade das leis, com base na Constituição americana, não significou uma troca de princípios ou a substituição do princípio da supremacia do parlamento pelo princípio da supremacia do judiciário.

Esta passagem faz necessário repensar alguns outros mitos como a discussão acerca do caso *Marbury vs. Madison* que, sem dúvida alguma, foi de suprema importância para a construção do sistema de controle jurisdicional das fontes de direito, bem como pela instrumentalização dos precedentes obrigatórios, mas não foi a origem mítica de um sistema que aqui se busca recuperar.

O controle de constitucionalidade, se não foi uma grande novidade para o sistema norte-americano, com certeza foi um grande espanto para o mundo da *civil law* europeu, tanto que tal noção só será sistematizada na Europa Continental vários anos mais tarde, a partir da Filosofia do Direito de Hans Kelsen.

5. O cenário latino-americano: mitos e resistências

Mas é necessário centrar a atenção no cenário local, tendo-se em mente que pensar o Direito latino-americano e suas fontes se mostra tarefa difícil e complexa. Realmente, é estar consciente de que, como colônia, a América latina não era alvo de um efetivo trabalho que buscasse a construção de um sistema jurídico e político similar aos europeus.

Ora, o objetivo central do Direito europeu nos países colonizados envolvia nada mais do que manter o equilíbrio e certa paz, a fim de que os negócios entre Metrópole e Colônia mantivessem sua estabilidade.

Assim, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca (FONSECA, 2009, p. 27) “governar, aqui, é sobretudo julgar, numa arquitetura jurídico-política em que a ideia de divisão dos poderes deve estar bem afastada”. E, dentro de uma perspectiva historiográfica do Direito, a ausência da divisão de poderes acaba por remeter o estudo ao Direito colonial.

Pois bem, o Direito colonial na América latina possuía bases típicas do direito do Antigo Regime, ou seja, uma estrutura próxima ao *ius commune* europeu. Não é de se assustar que Tulio Ascarelli –importante jurista italiano– disse, já no século XX, que o Direito brasileiro possuía uma enorme herança ainda presente do *ius commune*.

A realidade na América portuguesa, acima de importantes semelhanças, possuía, como é de se esperar, diferenças com relação aos países da América espanhola. E essa divergência se apresentou pelo fato de, no mundo colonial português, não ter havido nenhuma universidade ou centro de altos estudos que pensasse um Direito específico para a realidade colonial.

Em *terrae brasilis*, a seu turno, como explica Ricardo Marcelo Fonseca,

A natureza do direito brasileiro no período colonial é muito controvertida. De um lado, é certo que não havia a circulação de direito ‘culto’ no Brasil nesse período e nem tampouco a existência de focos que ensejassem a circulação cultural. Na mesma linha, toda a regulamentação jurídica ‘oficial’ provinha de Portugal (... , sobretudo das Ordenações do Reino as mais longevas foram as Ordenações de Filipe II, de 1603). Todavia, por outro lado, vários autores expressivos afirmam com convicção que buscar o direito colonial no arcabouço das leis régias portuguesas implica na perda da compreensão das especificidades do próprio direito do antigo regime, quando ‘a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminações existentes na própria estrutura do direito comum’. (FONSECA, 2009, p. 26-27)

Os espaços abertos a que se refere Ricardo Marcelo Fonseca eram preenchidos, para recorrer a uma ideia já trabalhada, por um sistema de geometria móvel das fontes do direito. Ou seja, baseando-se no caso concreto, o juiz possuía a liberalidade-sempre guiada, como discutido –de adaptar a variedade de normas existentes na busca de uma solução tópica do problema.

Com a crise do sistema colonial e a vinda da família real para o Brasil, a situação jurídica começa a sofrer importantes mudanças.

Com efeito, em primeiro lugar isso se deu porque as reformas de Pombal, com relação a modernização de Portugal, tinham conquistado grande espaço político e não poderiam mais retroceder sem custo para a Coroa. A par disso, as referidas reformas, quando não operadas pela própria vontade da Corte, eram basicamente empurradas pelo poder financeiro da Inglaterra, que a este ponto estava protegendo o Reino de Portugal, Brasil e Algarves das mãos das tropas napoleônicas. Já o terceiro ponto, que ensejou as mudanças, se deu a partir de uma real desvalorização do ensino clássico do Direito nos moldes do *ius commune*, praticado em Portugal e que possuía certa reciprocidade nas colônias.

Mencionada desvalorização, então, foi operada pelos Estatutos da Universidade de Coimbra (editados em 1772) e que traziam em seu conteúdo uma condenação do estudo do direito romano (a partir, obviamente, de suas escolas hermenêuticas que compunham o direito comum) e em contraposição valorizava a lógica, latim, grego, retórica e metafísica, disciplinas estas intimamente relacionadas aos movimentos racionalistas e pró direito natural, todos típicos da modernidade.

Dessa forma, o direito comum, a partir de então, seria praticado no máximo como referência subsidiária aos juristas, não podendo em nenhuma hipótese ser o fundamento jurídico de decisões judiciais¹⁶.

De outra banda, o sangrento processo de Independência ocorrido no Brasil– ao contrário do pacifismo levantado pela historiografia mais conservadora– gerou em seu bojo a necessidade de criação de uma Constituição para regular os desejos da nova (e velha) elite política brasileira.

Assim, após o infrutífero projeto da apelidada “Constituição da Mandioca”, D. Pedro I outorga a primeira Carta Constitucional, datada de 1824. Sua redação era em sua totalidade

¹⁶ Acerca do direito comum pós-reformas pombalinas, Arno Wheling (2004, p. 469) ensina que “o assento de 11 de novembro de 1791 da Casa de Suplicação reiterou que ele [o direito comum] deveria ser observado quando as ‘leis pátrias o mandam expressamente’.”

produzida por acadêmicos estudados na Universidade de Coimbra e, portanto, respeitavam os preceitos iluministas do Direito, ainda que em partes.

De forma que, trazer as teorias europeias para o solo tropical sempre se mostrou como abertura para confusões e inversões de sentido¹⁷ e, na questão da separação de poderes, não seria diferente:

O sistema norte-americano de *checks and balances* foi, na verdade, um sistema de ‘soberania partilhada’: todos os três poderes partilham do poder soberano do Estado e é necessário o concurso de três para o exercício da política. A França, com sua tradição de suspeita dos tribunais e do rei, optou por um modelo em que a Assembleia Nacional encarna a soberania popular, com certos limites vindos da divisão de funções, antes que da participação da soberania. O Poder Moderador, na teoria, era o árbitro de outros poderes do Estado. Mas, como viram seus vários críticos, tornou-se um árbitro sem regras definidas. (LOPES, 2008, p. 298)

O liberalismo no Brasil, como demonstra Reinéro Antônio Lérias (LÉRIAS, 2008, p. 304-313), gerou o absolutismo à brasileira, a partir da introdução do Poder Moderador. Com o objetivo obscuro de “manter a harmonia entre os poderes”, em verdade tal teoria fundamentada por Benjamin Constant garantia poderes constitucionalmente ilimitados para o Monarca. Mas um ponto há de ser destacado: o Poder Moderador foi utilizado em maior escala por D. Pedro I, porém não há registros de sua atuação no governo de D. Pedro II. Isto porque as elites econômicas brasileiras –agrícolas no caso– sempre mantinham acordos com a Monarquia, a fim de garantir seus privilégios e direitos. Fato notório quanto a isso se dá pela formação do Conselho do Estado. Tal órgão foi formado por membros escolhidos pelo Imperador e, portanto, membros da elite.

O Conselho de Estado geria a relação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, na medida em que dirimia conflitos entre portarias, decretos, instruções e também acerca das jurisdições competentes. Em 1828, agora dentro do Poder Judiciário, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça, com 17 ministros letrados, vindos diretamente do antigo Tribunal da Relação, ainda fruto do Direto Colonial (LÉRIAS, 2008, p. 306).

A influência francesa na doutrina brasileira era evidente. A noção de superioridade da Assembléia, da necessidade do respeito literal das leis como forma de garantia de segurança e

¹⁷ Neste sentido, por exemplo, tem-se a tese de Alfredo Bosi que comprova a influência paradoxal do liberalismo na manutenção do escravismo no Brasil.

a criação do juiz *bouche de la loi* ocupavam todos os discursos jurídicos brasileiros. O Supremo Tribunal de Justiça atuava como soberano jurídico, cassando decisões contrárias ao seu entendimento e enviando a outro juízo para decidir a demanda.

O Supremo, aceitando o pedido de revista não fazia ele mesmo o julgamento: cassava a sentença e remetia os autos a outra corte (que não aquela que havia proferido a primeira decisão), para que fosse novamente julgado o caso. Era um recurso compatível com a ideia de submissão dos juízes à lei, num tempo em que se acreditava que era possível controlar o processo interpretativo e que a obediência às resoluções da Assembleia Geral era garantia de ordem e liberdade. (LOPES, 2008, p. 307)

Mas grande parte deste discurso morria da mesma maneira que nasceu: teórico. Em verdade, como levantou José Murilo de Carvalho (CARVALHO, 2007, p. 24-32), o Poder Judiciário brasileiro era extremamente problemático e paradoxal. Em pesquisas feitas sob a característica da elite política nacional, o autor revela que cerca de 50% dos senadores brasileiros eram ao mesmo tempo – pasmem!– juízes de direito. A lei era aprovada pela mesma pessoa que a aplicava. E dentro dos conflitos internos entre liberais e conservadores – luzias e saquaremas– o desrespeito e a corrupção com relação à lei eram evidentes. Um dos grandes pensadores brasileiros do século XIX, Joaquim Nabuco, já denunciara essa crise espinhal em 1871 (LOPES, 2008, p. 308).

Vê-se de antemão que o problema do descompasso e desrespeito ao *stare decisis* e à hierarquia não é novo. E, infelizmente, no período republicano a situação só piorou. Com a entrada dos ideais e pensamentos norte-americanos no país, em especial a doutrina jurídica, a República e a proposta de democracia americana, geraram efeitos bastante diversos do que em sua terra original. E mais: ministros do Supremo Tribunal Federal, então recém-criado, como Pedro Lessa, viam com bastante entusiasmo a entrada destas propostas (LOPES, 2008, p. 340).

A característica do Direito brasileiro então sempre foi a pluralidade de doutrinas e propostas. Mas, a partir da Independência, a unidade de fontes também foi fator decisivo. O Brasil viveu uma legolatria tropical, com características diferenciadas quanto a feitura das leis e a confusão política na teoria da separação dos poderes. Em termos estritos do presente texto, a maior atenção deve ser dada à doutrina importada do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, criado por decreto do governo provisório (...) passara a ter o controle da constitucionalidade das leis. Não havia na Primeira República (como até 1965), um controle concentrado de constitucionalidade. O sistema adotado é em tudo análogo ao sistema norte-americano, segundo Pedro Lessa. O *judicial review* existira apenas em casos concretos, e o Supremo não dispunha de mecanismos como a avocatória (*writ of certiorari*) anglo-americana para intervir em decisões dos juízes inferiores. (...) Foi-lhe dada autonomia para nomear seus funcionários, mas suas decisões não teriam o poder vinculante do tribunal estadunidense. (LOPES, 2008, p. 349)

No início do período republicano não havia o controle concentrado de constitucionalidade, não existindo então a vinculação de decisões do Supremo Tribunal Federal em escala *erga omnes* a todos os graus de jurisdição quando se tratava de matéria constitucional. Problematicamente, o controle difuso de constitucionalidade foi adotado pouco tempo depois, garantindo aos juízes singulares um poder de declarar a inconstitucionalidade ainda em primeira instância.

A abertura para corrupção, venda de sentenças e privilégios foi catastrófica. Em se tratando de Primeira República, não se pode tirar da mente o fato do Estado ser tratado como um ente privado para os cafeicultores e pecuaristas de São Paulo e Minas Gerais, respectivamente. Até a edição do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, os abusos registrados foram enormes (LOPES, 2008, p. 351).

A cultura jurídica brasileira, filha do bacharelismo da época em tela, parece ter mantido a posição aristocrática dos juízes brasileiros. O desrespeito a posições de Tribunais Superiores, as decisões múltiplas em uma mesma Comarca, deixando às traças a disciplina do *stare decisis*, geraram e geram hoje o problema da desigualdade jurídica, da imprevisibilidade e insegurança.

Mas é chegada a hora de se apresentar breves conclusões a respeito desse trabalho.

CONCLUSÕES

Após a apresentação do tema e das propostas que ora denominamos de “sistema geométrico variável” ganha releva os questionamentos acerca dos motivos pelos quais os precedentes vinculativos ainda encontram tanta resistência para seu reconhecimento no sistema judiciário brasileiro, de modo a enfrentar-se cada vez mais a indagação sobre a

questão se seria possível e necessária a efetivação dessa adoção (dúvida que deve ganhar relevo após a proposta apresentada).

Assim, no presente estudo, após ter sido elaborado, de modo abreviado, a historicização das fontes do direito e ter sido verificada que referidas fontes se mostravam de modo plural e variável ao contrário do que ocorre hoje, em que se verifica o apego exacerbado aquilo que se denominou de *legolatria*, o presente trabalho deu acento ao relevante aspecto de que a modernidade, principalmente nos sistemas, como no caso do Brasil, em que vigora a *Civil Law*, não se conseguiu, ainda, desvencilhar-se, por questões que estão enraizadas em nossa cultura, dessa mesma legolatria.

O estudo, portanto, demonstra que se mostra necessário o resgate da *geometria variável das fontes* e não dar continuidade ao mito da legolatria e aponta, como uma das soluções para isso, o uso de precedentes vinculativos, pelos quais possível será obter-se, no sentenciar do juiz, maior isonomia, maior estabilidade e estabilidade e maior segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro.

Referências:

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Precedentes no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, (10): 174-177, 1995.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Consulta em www.jusnavegandi.com.br

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues Brito. *Súmulas vinculantes*. Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (168): 143-160, fev. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa* Brasília: (134): 182-183, abr./jun. 1997.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro de sombras: a política imperial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CROSS, Sir Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. New York: Claredon Press, 2004.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT (752): 11-12, junho de 1998.

_____. *Comparative Constitutional Law: Brazil and The United State*. Lake Mary: Vandephas Publishing, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Efeito vinculante das decisões judiciais*. In *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. II, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *A jurisprudência e o sistema de fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica*. Sequência (UFSC), v. 58, 2009

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton C. L. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBSBAWN, Eric. *Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do STF*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (553): 287-299, nov. 1981.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania*. In: KLOCK, Andréa Bulgakov (org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma introdução à história social e política do processo*. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 4ed. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba: (49)

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3.ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botalho de. A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná - vol. 5*. Curitiba: (5): 119-155, 1981.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (785): 46-72, mar. de 2001.

NUNES, Jorge Amauri Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília: (133); 63, jan./mar. 1997.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 4. ed. São Paulo: RT, 1989.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação*. Birigui: Boreal, 2013.

_____; ANSELMO, José Roberto (Org.). *Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal, 2010.

_____; GOTTEMS, Claudinei J. (Org.) *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui: Boreal, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.