

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

JULIO CESAR MEDEIROS RIBEIRO

**A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO CONTEXTO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA CHAMADA JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA.**

VITÓRIA/ES
2015

JULIO CESAR MEDEIROS RIBEIRO

**A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO CONTEXTO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA CHAMADA JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

**VITÓRIA
2015**

JULIO CESAR MEDEIROS RIBEIRO

**A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO CONTEXTO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA CHAMADA JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jeveaux
Orientador

Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães
Membro (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Membro Externo

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

R484i **Ribeiro, Julio Cesar Medeiros, 1986-**
 A importância do precedente do Superior Tribunal de Justiça
no contexto estado democrático constitucional : uma análise
crítica da chamada jurisprudência lotérica / Julio Cesar Medeiros
Ribeiro. – 2015.
150 f.

Orientador: Geovany Cardoso Jeveaux.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2. Precedentes
judiciais. 3. Direito comum. 4. Direito civil. 5 Processo civil. 6.
Garantia (Direito). I. Jeveaux, Geovany Cardoso, 1966-. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

À minha amável esposa Renata, por todo o apoio e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Jesus, cujo nome confesso como Senhor soberano e absoluto de minha vida, a quem desejo devotar meus sonhos e planos. A ti, meu tudo.

Agradeço à minha querida esposa Renata por ter comprado essa empreitada ao meu lado, suprindo-me em todo o tempo com ânimo e carinho. O caminho foi mais fácil com você ao meu lado.

À minha querida mãe, por esse olhar de orgulho que continuamente me diz que posso prosseguir e superar os obstáculos. Ao meu saudoso pai, pelo magnífico testemunho de redenção. Ao meu amigo Eriton, por todo cuidado abundante.

Agradeço aos meus queridos irmãos Carol, Luiz Gustavo e Letícia, pelo vínculo de amor fraternal que jamais pode ser rompido. Sou grato por suas vidas.

Ao amigo Waykson, por todas as batalhas que continuamente demonstram um espírito que não se rende, antes desbrava nas adversidades as mais belas lições que a vida pode oferecer.

Aos amigos Naiara e Amauri, por todo o cuidado, auxílio, paciência, compreensão e, sobretudo, pelo exemplo.

Ao amigo Diego, pelos ensinamentos que pavimentaram o caminho para que eu pudesse amadurecer como profissional.

Aos companheiros de escritório Igor e Vinicius, por todo o valor e estima.

Obrigado ilustre e digno orientador Geovany, pelo respeito e considerações extremamente férteis para o desenvolvimento do presente trabalho.

Este livro, entretanto, é sobre a forma como a grande massa de operadores do direito do mundo da civil law normalmente pensa, mesmo quando a vanguarda do pensamento jurídico lhes diz que estão errados.

John Henry Merryman

RESUMO

O presente trabalho investiga as origens históricas das tradições jurídicas *common law* e *civil law*, com o objetivo de identificar os traços peculiares da tradição híbrida que conforma o sistema jurídico brasileiro, apontando as deficiências democráticas decorrentes da ausência de uma cultura de precedentes judiciais e alertando para a necessidade de readequação da postura do Superior Tribunal de Justiça. Com o enfoque direcionado ao direito infraconstitucional brasileiro, especificamente em relação ao Superior Tribunal de Justiça, buscou-se demonstrar que na transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional a inserção da segurança jurídica como fundamento da república exige a reconstrução da finalidade do processo civil como meio para a tutela de direitos, o que implica tanto a concessão de decisões justas, quanto a prolação de precedentes para conferir unidade, previsibilidade e estabilidade ao direito. Não obstante no marco do Estado Democrático Constitucional a unidade do direito corresponda a um dos discursos necessários para conferir legitimidade à atuação jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça permanece atuando como Corte Superior, de controle de decisões judiciais “incorretas” e de uniformidade da jurisprudência, o que ocasiona a grave patologia denominada jurisprudência lotérica, consistente na adoção de decisões completamente distintas para casos estritamente semelhantes.

PALAVRAS-CHAVE: *Common law*. Teoria dos Precedentes Judiciais. *Civil law*. Ideologia liberal. Corte Suprema. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil.

ABSTRACT

This study investigates the historical origins of the legal traditions common law and civil law, in order to identify the peculiar traits of hybrid tradition that shapes the Brazilian legal system, pointing democratic deficiencies arising from the absence of a culture of judicial precedents and warning of the need to readjust the position of the Superior Court of Justice. With the focus directed to the Brazilian Federal-law, specifically in relation to the Superior Court of Justice, we sought to demonstrate that the transition from the state Legislature to the Constitutional State insertion of legal certainty as the foundation of the republic requires the reconstruction of the purpose of civil procedure as a means of rights protection, which both involve granting fair decisions, as the delivery of precedents to give unity, predictability and stability to the right. However in the context of the Constitutional Democratic State the duty unit corresponds to one of the speeches needed to give legitimacy to judicial action, the Superior Court of Justice continues to work as Superior Court, control judicial decisions "incorrect" and uniformity of jurisprudence, which causes the serious illness called lottery decision, consistent with the adoption of completely separate decisions to strictly similar cases.

KEYWORDS: *Common Law. Theory of Judicial Precedent. Civil law. Liberal ideology. Supreme Court. Superior Court of Justice. Civil Procedure.*

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

STF – Supremo Tribunal Federal.

REsp. – Recurso Especial.

NCPC – Novo Código de Processo Civil.

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973.

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. – artigo.

Inc. – inciso.

AgRg – Agravo Regimental.

AREsp. – Agravo em Recurso Especial.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	13
2 - A TRADIÇÃO JURÍDICA DO <i>COMMON LAW</i>	19
2.1 - A AFINIDADE DO DIREITO ROMANO CLÁSSICO AO <i>COMMON LAW</i>	24
2.2 - TRAÇOS HISTÓRICOS GERAIS ACERCA DA FORMAÇÃO DO DIREITO INGLÊS	28
2.3 - O <i>COMMON LAW</i> COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NA INGLATERRA	32
2.3.1 - A teoria declaratória da jurisdição no direito inglês	32
2.3.2 - A gênese do <i>judicial review</i> no direito da Inglaterra e a afirmação da supremacia do <i>common law</i>	34
2.3.3 - A “revolução gloriosa” e a configuração dos poderes legislativo e judiciário à luz dos ideais revolucionários	40
2.4. O POSITIVISMO JURÍDICO DE BENTHAM E A SUPERACÃO DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA COMO PREMISSAS PARA O ADVENTO DO <i>STARE DECISIS</i>	46
3 - A TRADIÇÃO JURÍDICA <i>CIVIL LAW</i>	53
3.1 - A FORMAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA <i>CIVIL LAW</i> . A IDEOLOGIA REVOLUCIONÁRIA FRANCESA E O CIENTIFICISMO OITOCENTISTA	53
3.2 - A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA FRANÇA SOB A IDEOLOGIA DA REVOLUÇÃO. A CRIAÇÃO DA <i>COUR DE CASSATION</i> E A ATIVIDADE INTERPRETATIVA	73
4 - O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	93
4.1 - BRASIL: UM PAÍS DE TRADIÇÕES JURÍDICAS HÍBRIDAS	93
4.1.1 - A formação da tradição jurídica brasileira	93
4.1.2 – O processo civil infraconstitucional como técnica racionalista e individual orientado segundo a tradição do civil law	102
4.1.3 - Uma tradição jurídica brasileira híbrida: a recepção do constitucionalismo norte-americano na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. A adoção do modelo de Estado Democrático Constitucional em contraste com o anacronismo racionalista	108

4.1.4 - A finalidade do processo civil no marco do Estado Democrático Constitucional. A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como premissas para o desenvolvimento dos discursos que devem ser atendidos pela decisão judicial. A adequação do Superior Tribunal de Justiça enquanto modelo de “Corte Suprema”	116
5 – A “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA” NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	124
5.1 - A “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA” COMO PATOLOGIA SISTÊMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	124
5.2 - A JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANÁLISE DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DAS TURMAS DO STJ ACERCA DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	136
6 - BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DA ABORDAGEM DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	141
7 - CONCLUSÕES	146
8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	147

1 – INTRODUÇÃO.

Há uma anedota conhecida entre os juristas brasileiros, consistente em um diálogo que teria ocorrido entre um advogado e seu cliente, quando este o indagara acerca da posição jurídica correta sobre determinado assunto. Conta-se que, diante da indagação, o advogado teria apontado para as estantes de livros que estariam em ambas as laterais da sala de reunião. Diante do olhar perplexo do cliente, o advogado, então, teria exclamado que os livros enfileirados na estante da parede esquerda entendiam que ele possuía razão, ao passo em que os livros da estante do lado oposto compreendiam a questão jurídica em seu desfavor.

Essa história desenha o quadro atual do exercício da jurisdição brasileira. Em nosso clássico direito codificado, inspirado pela suposição de que a norma jurídica preexiste ao processo de cognição e interpretação, e primordialmente orientado segundo as técnicas de racionalização dedutivas na solução dos conflitos existentes nos casos concretos, eclode nas Cortes brasileiras verdadeira *dispersão jurisprudencial*. É comum nos tribunais pátrios (inclusive nos Tribunais Superiores) a coexistência de entendimentos completamente antagônicos acerca da mesma matéria.

Como resultado, casos perfeitamente similares recebem e receberão tratamentos díspares, o que, até pouco tempo, era considerado comum (e aceitável) por nossos juristas. Diante da pluralidade de orientações – e não apenas de pluralidade, mas das “guinadas” inadvertidas de entendimento jurisprudencial – acerca do mesmo tema, cria-se um ambiente (já há muito conhecido) na prática forense que lembra um “jogo de azar”: algo semelhante ao jogo de “roleta” em um *cassino*.

A incerteza acerca do resultado do julgamento, seja pela dispersão de entendimentos contrários e coexistentes na mesma Corte, seja em razão da possibilidade de inadvertida alteração do entendimento até então sufragado na mesma turma, aconselha, em inúmeras hipóteses, o ajuizamento da demanda judicial. O resultado não é certo, mas “pode ser” que a demanda seja acolhida. Nesse “jogo de roleta”, tudo dependerá do local – leia-se, da Turma ou Câmara – onde o marcador (“a bolinha”) irá estacionar. A sorte dita os rumos desse jogo.

Existirão aqueles que terão suas demandas julgadas (e transitadas em julgado) em um sentido desfavorável, e aqueles “sortudos” que obterão o beneplácito judicial a resguardar sua pretensão. Não é preciso grande esforço para compreender que, nesse contexto, não existe igualdade de tratamento.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras”.¹ Nessa realidade, a insistência na isonomia supostamente garantida pela lei toca as raias de uma “piada de mau gosto” ao indivíduo que teve sua demanda julgada desfavoravelmente, na mesma corte em que – poucos metros adiante, em outra sala de sessão de julgamento –, outro jurisdicionado teve demanda perfeitamente similar acolhida.

O sistema jurídico brasileiro recebeu forte influxo da tradição europeia do continente ocidental, denominada *civil law*, que, grosso modo, encontra nos diplomas legislativos a única fonte primária do direito. A lei é posta no patamar de supremacia, pois consiste em ato estatal emanado dos representantes eleitos pela população, o que lhe conferiria o *status* de máxima expressão democrática.

A fim de promover a lei ao patamar de única fonte primária, a tradição do *civil law* amparou-se nas máximas de que ela deve ser completa (sem lacunas), coerente (sem conflitos internos entre as normas), unitária (todas as normas emanam de uma mesma fonte originária de autoridade, que consiste em seu fundamento de validade) e dotada de linguagem clara (sem vagezas ou ambiguidades).²

¹ “Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre as cabeças dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui uma piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza a metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante a lei” in MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 99.

² “La tarea de esos racionalistas, que estaban influidos por la filosofía de el iluminismo, consistía principalmente en la construcción de sistemas jurídicos ideales estrictamente deducidos de unos pocos principios auto-evidentes; esto se hacia desatendiendo casi totalmente las normas positivas vigentes em sus respectivos países antes de la codificación. Cuando los nuevos códigos fueron sancionados, ellos tuvieron un impacto profundo y radical em la teoría jurídica, puesto que los juristas debieron adoptar como objetivo preeminente el de dar cuenta del nuevo derecho positivo que se aproximaba considerablemente, tanto em relación a su contenido ideológico como respecto de sus propiedades formales de completitud, coherencia,

Partindo-se do pressuposto de que a lei possui essas características, acreditou-se que ela seria suficiente para regular com segurança o convívio social, a formação e desenvolvimento das instituições e a relação do Estado com a população. Em outras palavras, a segurança jurídica emanaria da lei, que deveria, por seu turno, garantir a igualdade e a liberdade aos membros da sociedade civil.

O resultado foi a desconsideração do real papel e importância das decisões judiciais na construção, proteção e no desenvolvimento do direito. Se, com efeito, a decisão judicial não “cria” o direito geral – somente aplica o direito “claramente estabelecido no diploma legal” à relação intersubjetiva existente no caso concreto –, não existiriam razões para pôr o precedente judicial em foco, ao menos nos países que seguem ferreamente essa orientação.

Todavia, o cenário pós-segunda guerra mundial determinou mudanças radicais nos ordenamentos jurídicos (sobretudo) dos países ocidentais. Emergiram no palco do direito internacional os fenômenos da revolução dos direitos humanos, do constitucionalismo, do estado interventor – fruto da superação do liberalismo econômico –, abrindo ensejo ao protagonismo judicial (cujo principal expoente resulta na judicialização das políticas públicas), e da expansão do *judicial review* (controle de constitucionalidade).³

Tais mudanças implicam a superação do paradigma de que o judiciário apenas descobre e aplica a norma jurídica preexistente ao caso concreto.⁴ Veja-se, na realidade, que a supremacia constitucional (diremos Estado de Direito), coloca o poder judiciário em uma posição que não se amolda mais ao esquema clássico francês apregoado nos primórdios do *civil law*.⁵

Em primeiro lugar, porque, no Estado de Direito, o Judiciário assume a posição de defensor da ordem legal e constitucional. E segundo lugar, porque a constituição torna-se soberana,

*precisión, etc., a los sistemas ideales por ellos propugnados.” In NINO, Carlos Santiago. **Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia” Jurídica.** 3ª Ed. México, D.F: Distribuciones Fontamara. 1999, p. 12-13.*

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica:** Fundamentos e possibilidades para a jurisdição Constitucional Brasileira. São Paulo: Editora Saraiva. 2014, p.77-191.

⁴ Quando falamos em “descobrir e aplicar a norma preexistente”, fazemos alusão à técnica de interpretação apregoada pela escola da exegese, segundo o sistema jurídico francês pós-revolucionário. Isto é, não estamos considerando, ao menos para o fim dessa afirmação, a teoria do direito em Ronald Dworkin, acerca do direito como integridade, que se encontra na obra *Law’s Empire*.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 56-101.

inclusive, sobre o poder legislativo (entendido como ente político que representa a expressão máxima da democracia). Por fim, porque a constituição emerge como diploma supremo em que são excluídos (*i.e.* postos a salvo) da deliberação democrática os direitos fundamentais. Ou seja, a constituição passa a proteger os direitos e interesses das minorias democráticas.

Por consequência lógica, e nem poderia ser diferente, isso atrai ao centro das mais atuais discussões e debates jurídicos, sociais e filosóficos, a investigação concernente à medida de legitimidade democrática que ampara esse novo papel assumido pelo Poder Judiciário.

É que nesse novo panorama surge uma tensão entre a democracia e o constitucionalismo,⁶ o que torna necessário (senão imprescindível) redefinir o conteúdo de legitimidade das decisões judiciais a partir do enfoque lógico-argumentativo. E não apenas isso, mas, uma vez enfraquecido um dos postulados basilares do *civil law* – qual seja, a suficiência da lei como única fonte primária do direito –, também resulta inexorável a necessidade de rediscutir a segurança jurídica, na vertente do direito como fator de pacificação das relações sociais.

Se o Poder Judiciário possui competência para afastar um ato legislativo, por não se amoldar ao conteúdo substancial (em oposição à violação formal, procedimental) da constituição, então é necessário que tal decisão encontre um fundamento legítimo com amplo respaldo de aceitabilidade, sob pena de o direito mergulhar numa insuperável crise institucional.

Conseqüência da busca pela legitimidade das decisões judiciais, a revitalização do conceito de segurança jurídica resulta em um novo esquema de sua compreensão: primeiro, a partir da submissão do Estado a um sistema de regras pré-anunciadas, claras, inteligíveis, consistentes e coerentes aos princípios que lhes informam.

Por outro lado, a segurança jurídica pressupõe que a realização do direito deve se dar de modo que os jurisdicionados tenham “*razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações*”, o que estabilizaria suas expectativas em relação às condutas dos demais.⁷

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p. 21-37.

⁷ Segundo Neil MacKormick, “*onde há, em uma dada comunidade um corpo de normas jurídicas estabelecido e reconhecido, destinado a governar os arranjos entre todas as pessoas nessa dada comunidade, a estrita*

A propósito da importância do tema, José Pedro Lucchi destaca que, em uma sociedade “pós-tradicional”, na qual se consolida e cresce o pluralismo de visões sobre o mundo, os pilares (até então existentes) de uma “ética coletiva [...] esfacelam-se e a convivência social integrada precisa se fundar sobre novas bases”. Nesse quadro, “o direito se apresenta como a única instância capaz de legitimidade integrativa universal”. Isso porque, embora os participantes das relações sociais já não compartilhem a mesma visão de mundo, podem(riam) encontrar na norma jurídica a estabilização das expectativas recíprocas de comportamento.⁸

Para tanto, é necessário que haja previsibilidade e continuidade da produção e aplicação do direito no sistema jurídico, e isso, no atual panorama do direito brasileiro, demanda a construção e aplicação de uma “teoria dos precedentes”. A dispersão jurisprudencial representa a contraface perniciososa da atividade jurisdicional nos sistemas jurídicos de *civil law*, imersos no constitucionalismo, que não adotam uma teoria precedentalista adequada à consecução da estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais.

É nesse contexto que o presente trabalho está inserido. O problema que nos inspirou a elaborar a obra foi o fenômeno da dispersão jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, a Corte de vértice eleita pelo Constituinte Federal de 1988 para definir a aplicação e a interpretação das normas federais no país. Ao final da presente obra, analisamos o tratamento que o Superior Tribunal de Justiça dispensou ao art. 11 da Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

A investigação possui inequívoca relevância. Veja-se que as sanções estampadas na Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) são absolutamente gravosas. Obviamente a dispersão do entendimento da corte acerca do tema fez com que inúmeros

*observância dessas normas jurídicas por aqueles que detêm poder de governo é de valor inestimável. [...] No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Elas podem ter razoável segurança jurídica em suas expectativas acerca das condutas das demais pessoas e, em particular, acerca daquelas que detêm posições de governo nos termos do Direito”. In MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. (trad. Conrado Hübner Mendes). Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2008, p.21-22.*

⁸ “A normatividade jurídica das relações interpessoais garante solidariedade entre estranhos, entre pessoas não conhecidas e não participantes da mesma visão de mundo porque estabiliza expectativas recíprocas de comportamento. Estamos falando aqui de um ponto de vista da Teoria da Sociedade, segundo a qual o Direito, em situações complexas pós-tradicionais, é a única instância capaz de preencher funções de integração social, universalmente”. In LUCCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública**. Revista de Informação Legislativa. Ano 47. N.º 185. Brasília: SEPARATA (Senado Federal). Janeiro/março de 2010, p. 57.

jurisdicionados recebessem tratamentos diferenciados para situações semelhantes. Concomitantemente, o período foi de grande insegurança jurídica acerca da aplicação do artigo 11 da Lei de Improbidade.

O trabalho que se apresenta ao leitor está dividido em 05 (cinco) capítulos. O primeiro capítulo se dedica em promover uma análise histórica da formação do *common law* no direito da Inglaterra, perscrutando as condições em que foi construída a doutrina do *stare decisis*. Com isso, objetiva-se apontar que a força atribuída ao precedente no direito inglês está eminentemente correlacionada às bases histórico políticas da Inglaterra, sendo o prestígio do Judiciário o maior fundamento para a consolidação da força vinculante dos precedentes.

O segundo capítulo, também construído a partir do método bibliográfico histórico e crítico, promove uma caminhada por intermédio da formação da tradição do *civil law*, principalmente com o fim de averiguar a origem dos postulados que culminam no esvaziamento da força normativa dos precedentes.

O terceiro capítulo investigará a formação histórica do sistema jurídico brasileiro, com o fim de apurar a partir de qual das tradições o sistema foi conformado, bem como se as feições do direito brasileiro, sobretudo no âmbito infraconstitucional (que é o objeto da presente obra), são consentâneas ao modelo de Estado Democrático Constitucional.

Com isso, estarão consolidadas as premissas para abordar no quarto capítulo a dispersão jurisprudencial enquanto uma *patologia sistêmica*, denominada “*jurisprudência lotérica*”. Ao final do capítulo, promoveremos a análise do tratamento conferido pelo STJ ao artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sendo essa propriamente a parte final e o objetivo primordial do presente trabalho.

No último capítulo, promover-se-á rápida digressão acerca da teoria dos precedentes no Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), já aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República.

2 - A TRADIÇÃO JURÍDICA DO *COMMON LAW*.

Iniciemos o presente capítulo com a seguinte indagação: qual a diferença substancial existente entre as tradições do *civil law* e do *common law* que culminam no tratamento distinto dispensado aos precedentes judiciais?

Costuma-se dizer que a maior diferença entre as duas tradições reside justamente na força vinculante que os países do *common law* atribuem aos precedentes de suas cortes de justiça. Em outras palavras, enquanto os países de tradição do *common law* possuem o precedente como fonte primária do direito, os países do *civil law* teriam na lei escrita a única fonte primária do direito.

Há, ainda, aqueles que afirmam ser a unificação da legislação em códigos a maior diferença entre as duas tradições jurídicas. Para esses, o direito romano clássico teria inspirado a cultura da Europa continental, fato que teria ocorrido a partir da redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Paralelamente, criou-se o estigma de que, enquanto nos países da Europa continental adotou-se a legislação escrita, os países do *common law* teriam relegado a lei para um patamar inferior em relação ao precedente.

Outra crença bastante difundida sobre o tema – e que está intimamente ligada à concepção de que o *common law* não estaria estribado nas leis escritas, mas nos precedentes – consistiria no fato de que o método de raciocínio jurídico em ambas as tradições seria completamente distinto. Enquanto no *civil law* o jurista promoveria o raciocínio lógico dedutivo, partindo do enunciado legal (premissa maior), para promover a subsunção ao caso concreto (premissa menor), o típico magistrado do *common law* lançaria mão de um método de raciocínio indutivo. Isto é, o magistrado inserido nessa última tradição partiria da forma como o caso concreto similar já foi decidido para, a partir dos fundamentos dessa decisão pretérita, encontrar as normas de direito que norteariam o julgamento posterior.

Há aqueles que entendem que o sistema de precedentes obrigatórios somente seria necessário nos países de tradição do *common law*, pois nestes, o magistrado “criaria” o direito (*judge make-law*) e, por fim, quem defenda que essa própria autoridade para criar leis (*law making authority*) decorreria da inércia do poder legislativo nesses sistemas jurídicos.

Em que pesem tais entendimentos, parece-nos que a teoria dos precedentes no direito inglês – ou mais abrangentemente, nos países de tradição do *common law* – não está arrimada em nenhum dos elementos acima apontados. Não se afirma, com isso, que tais características não se prestem a distinguir os sistemas em alguma medida, mas certamente não permitem constatar o movimento de convergência das órbitas das duas tradições (*common law* e *civil law*) em razão do epicentro gravitacional denominado *constitucionalismo* (ou constitucionalização do direito).

Mais especificamente, uma análise crítica da história da formação do direito inglês, permite constatar que o respeito aos precedentes não decorre do (suposto) fato de a Inglaterra ter se mantido incólume aos influxos oriundos da redescoberta do direito romano, tal como ocorreu na Europa continental, tampouco do fato de o direito inglês não ter adotado uma legislação codificada.

Alguns equívocos a esse respeito precisam ser evidenciados de antemão. Sucede que, em primeiro lugar, o direito romano clássico possui intensa familiaridade com o direito que se verifica nos países de tradição do *common law*, sobretudo no que concerne à construção da norma jurídica a partir dos precedentes.

Em segundo lugar, o direito da Inglaterra recebeu profunda influência do direito europeu continental, principalmente do *ius commune*, cuja formação teve sua gênese na redescoberta do direito romano. De outro giro, a Europa continental, no período que antecedeu as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, adotou em larga medida a doutrina da força vinculante dos precedentes.

Veremos que ambas as tradições jurídicas receberam influxos de modo recíproco, durante todo o período de construção, desenvolvimento e consolidação do *ius commune* e que tal troca de influência apenas cessou nos períodos das revoluções burguesas liberais, com o advento das doutrinas da nacionalização do direito, e da afirmação da soberania estatal.

Foi justamente nesse período que a Europa continental rompeu com o direito histórico preexistente, abandonando, por conseguinte, as técnicas e institutos absorvidos até então do *common law*.

Do mesmo modo, não se afigura correta a assertiva de que a doutrina do respeito aos precedentes só teria relevância nos sistemas em que se admite a função criadora do direito por parte dos magistrados, pois, como veremos, até o advento do positivismo jurídico no direito inglês no século XIX, vigorou a concepção de que os magistrados do *common law* não criavam o direito, mas limitavam-se a declarar o direito preexistente e isso não impossibilitou a doutrina do respeito ao precedente.

De outro giro, é impreciso afirmar que nos sistemas jurídicos inseridos dentro da tradição do *common law* há baixa produção legislativa. Apenas para se ilustrar, Luiz Guilherme Marinoni destaca ser “provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes”.⁹

Ainda em nossas considerações preambulares, vale salientar que a doutrina do *stare decisis* só foi concebida a partir da prevalência do positivismo jurídico no direito inglês. Ou seja, antes de ser concebido o *stare decisis*, o *common law* já tinha como traço característico o respeito ao precedente. Logo, a adoção do *stare decisis* não pode ser indicada como um dos fatores históricos que servem para diferenciar as tradições jurídicas no que respeita a observância dos precedentes.

Também será demonstrado no transcurso da primeira parte do presente estudo, que o método de raciocínio jurídico não serve como diferencial relevante entre as duas tradições. Ao contrário, há grande aproximação do método de decisão nos países do *common law* e do *civil law*, pois, em ambos os casos, os juízes se valem de método dedutivo para aplicar preceitos de norma geral, e do método indutivo para extrair a norma contida no precedente.

⁹ “De qualquer forma, se, no direito inglês primitivo, havia baixa produção de leis, isso não ocorre no *common law* contemporâneo. A suposição de que, nos Estados Unidos, a produção legislativa do direito é baixa, o que impõe a sua criação pelos juízes, não só é falsa (eis que calcada ao que parece, em suposições partidaristas infundadas), como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 34-35.

Na realidade, a análise histórica crítica e comparativa entre o direito inglês e o direito francês (berços de ambas as tradições, respectivamente) demonstra que o respeito ao precedente está condicionado à resposta de duas indagações, quais sejam: (1ª) onde reside o poder soberano estatal? (2ª) Qual o papel do judiciário na configuração político jurídica do Estado?

A aproximação entre as duas tradições, no viés que pretendemos abordar, reside justamente na resposta a essas duas indagações. Antes de respondê-las, contudo, tentaremos afastar as concepções que nos parecem equivocadas acerca da origem da doutrina do respeito aos precedentes no *common law*, a fim de abrir caminho mais claro acerca dos reais fundamentos dessa doutrina e, então, averiguar se tais fundamentos podem ser constatados na realidade jurídica brasileira.

Para tanto, iniciaremos com um olhar panorâmico acerca da tradição jurídica do *common law*, sua relação com o direito romano e, posteriormente, com o direito estabelecido na Europa continental no período do *ius comune*. Adentraremos os valores subjacentes à afirmação do direito comum na revolução gloriosa e verificaremos a relação estabelecida entre o judiciário e o legislativo nesse contexto. Verificaremos a concepção de jurisdição no período clássico do *common law* e sua roupagem a partir da teoria positivista.

Com isso, terminaremos o capítulo 1.1 com os fundamentos da força obrigatória dos precedentes no direito inglês bem delineados.

Após, promoveremos a análise do período de formação da tradição do *civil law* a partir da redescoberta do direito romano clássico até a consolidação do *ius comune* europeu. Veremos em seguida como o direito inglês influenciou a Europa continental em relação à doutrina dos precedentes, ao menos até o advento das revoluções burguesas liberais.

Um passo adiante, adentraremos naquele que poderá ser considerado um dos núcleos históricos do qual resultou a atual relutância dos países do *civil law* a devotar respeito aos precedentes, mesmo na atual disposição política dos Estados Democráticos Constitucionais. Trata-se da cisão do *ius comune* na Europa continental em razão da emergência das teorias liberais do estado nacional. Dentre elas, repousaremos a atenção sobre a revolução francesa,

com especial enfoque sobre a configuração que o judiciário assumiu na França pós revolucionária.

Seguindo, abordaremos aspectos gerais da formação da Corte de Cassação francesa e seu desenvolvimento no contexto do direito francês, até chegar ao ponto da redescoberta da necessidade de se revitalizar a teoria dos precedentes naquele sistema jurídico.

Por fim, verificaremos como o fenômeno da constitucionalização do direito nos países de tradição do *civil law*, aproximou inequivocamente ambas as tradições no que pertine à necessidade de atribuir força aos precedentes.

Amílcar Araújo Carneiro Júnior afirma que “o conhecimento histórico do direito inglês é indispensável para se entender o sistema de *Common Law*, ainda mais por ser considerado como a sua principal raiz”.¹⁰

De fato, em que pese a relevância e o desenvolvimento dos lindes da tradição jurídica do *common law* em outros sistemas jurídicos (v.g. no direito norte americano), o cerne da investigação acerca dos fundamentos para o respeito ao precedente parece-nos repousar na história e na tradição jurídica do direito inglês.

A tradição jurídica hoje denominada *common law* (direito comum) encontra sua origem na Inglaterra, sendo atualmente adotada e praticada em expressiva parcela dos povos de colonização britânica.¹¹

Seu estilo no desenvolvimento das manifestações jurídicas da doutrina, das partes nos litígios, dos magistrados, a estrutura de raciocínio marcada por um viés pragmático, casuístico e principiológico, o tom da relação estabelecida entre as autoridades constituídas e o respeito aos precedentes judiciais, conferem-lhe identidade própria para a qual os países da tradição

¹⁰ Ancorado nos ensinamentos metodológicos de Rene David, o autor afirma que todo o estudo do *Common Law* deve começar por um estudo do direito inglês, tendo em vista que é um “[...] sistema profundamente marcado pela sua história e esta história é de forma exclusiva até o século XVIII”. In CARNEIRO JÚNIOR. Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Coord. Adda Pellegrini Grinover, Petrónio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012, p. 127.

¹¹ Amílcar Araújo C. J. cita como exemplos de países que adotaram a tradição do *common law* os Estados Unidos (exceto o Estado da Louisiana), o Canadá (com exceção da província do Quebec), a Austrália, e a Índia. In CARNEIRO JÚNIOR. Amílcar Araújo. 2012, p. 128.

jurídica ocidental do *civil law* têm lançados os olhares na última década, sobretudo em virtude das transformações sociais e da consequente necessidade de se praticar um novo tipo de direito, menos engessado, mais justo e apto a se amoldar às novas demandas do tecido social.

De fato, para alcançar os fins colimados no presente trabalho, torna-se imprescindível uma visita à história e aos institutos jurídicos que sobressaem nessa tradição jurídica de origem Inglesa.

Feitas essas sucintas considerações iniciais, passemos à análise de alguns aspectos da história do direito inglês.

2.1 - A AFINIDADE DO DIREITO ROMANO CLÁSSICO AO *COMMON LAW*.

Como teremos oportunidade de averiguar no capítulo 1.2 (*infra*) do presente estudo, o direito romano pós-clássico (ref. “baixo império”, séc. IV) foi revitalizado e influenciou com bastante profundidade os sistemas jurídicos formados na Europa continental por ocasião da decadência do feudalismo, fenômeno que se deu a partir do século XII.¹² Por isso, não é incomum que algumas análises juscomparativas entre o *civil law* e o *common law* elenquem esse direito romano do período Justiniano – consubstanciado primordialmente no *Corpus Iuris Civilis* – como um fator de distinção relevante entre as aludidas tradições jurídicas.

Ocorre que, o direito romano engendrado no *Códex Justinianus* influenciou (veremos) de modo contundente a construção do sistema jurídico da Inglaterra – berço do *common law* –, chegando ao ponto de ocasionar a criação de dois sistemas jurídicos coexistentes no mesmo lapso histórico naquele país: o direito do *common law* e o direito dos *civilians*.¹³

De outro giro, o direito romano clássico (que se estendeu do séc. II a.C. ao séc. II d.C) apresenta mais semelhanças com o *common law* inglês do que com os países cujos sistemas jurídicos foram construídos sob a influência direta do direito romano do período Justiniano.

¹² ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Jurisdição**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014, p. 239.

¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses. 2012, p. 53-69.

Duas semelhanças podem ser apontadas como estruturalmente determinantes para a similaridade do método jurídico que se desenvolveu em Roma e na Inglaterra. Em primeiro lugar, tanto o direito inglês como o romano clássico são fragmentados, isto é, em ambos se pode notar a ausência de uma matriz de normas gerais e abstratas aglutinadas em um código¹⁴ (o que não significa a ausência de expressiva legislação, sobretudo no direito inglês contemporâneo).

Além disso, em segundo lugar, ambos os direitos possuem como traço peculiar a reserva de autoridade para a construção e o desenvolvimento do sistema jurídico à uma “casta de ‘intérpretes autorizados’ – em Roma, os jurisconsultos; na Inglaterra, os juízes, que têm a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica”.¹⁵

Assim, como acima mencionado, tal “identidade estrutural” ocasiona a aproximação do método jurídico empregado nos dois sistemas jurídicos. Isso porque, ao jurisconsulto romano ou ao magistrado inglês é atribuída a autoridade para, de um lado, produzir e desenvolver o direito e, de outro, resolver os conflitos. Cada aplicação do direito ao novo caso concreto exige dos juristas em ambos os sistemas a aptidão de identificar, qualificar e distinguir as nuances jurídicas dos casos já julgados e que representam a fonte dos respectivos direitos:¹⁶

O caráter extremamente concreto e casuístico das *responsa prudentium* oferecidas pelos jurisconsultos romanos dos dois primeiros séculos da era cristã (bem como a suposta ‘repulsa’ do jurista romano por construções abstratas ou por qualquer tipo de pensamento sistemático ou conceitual como o que predominou no Continente Europeu pós-Revolução Francesa) faz com que os comparatistas encontrem uma impressionante similitude entre o Direito dos juristas de Roma e dos *juízes* da Inglaterra, pois em ambos os casos predominaria um modo de pensamento tópico: ao invés de procurar – dedutivamente – a resposta para cada problema jurídico em um sistema de regras prévias estabelecidas pelo legislador, o juiz do *common law* e o jurista romano parecem recorrer a um sistema de *topoi* que podem ser livremente empregados pelo aplicados do Direito: no *common law*, os precedentes; em Roma, as *responsa* dos juristas autorizados.

Os jurisconsultos romanos buscavam nos casos julgados pretéritos, cujos fatos fossem semelhantes àquele que estivesse sob análise, a *ratio decidendi* que orientou a solução anterior e que, portanto, poderia servir de *standard* para o julgamento do caso pendente.

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 4-5.

¹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 5.

¹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 6.

Valendo-se do método indutivo, os jurisconsultos romanos raciocinavam “*from case to case*”.¹⁷

Com amparo no escólio de Letizia Vacca, Bustamante destaca alguns exemplos de aplicação das técnicas do *distinguish*¹⁸ e da *aplicação analógica* por parte dos jurisconsultos romanos, colhidas no *Digesto*:¹⁹

D.41,2,21,1 (Iav. 8 *ex Cassio*): Não pode ser usucapido aquilo que, depois de um naufrágio, é resgatado de um rio, pois [tal objeto] não é considerado abandonado definitivamente, mas somente perdido. 2. A mesma solução jurídica penso deva ser adotada para as coisas atiradas da embarcação (para aliviar o carregamento em caso de tempestade): de fato, não se pode crer ‘que seja considerado abandonado definitivamente’ aquilo que tenha sido abandonado (apenas) temporariamente por motivo de segurança.

No excerto supratranscrita, Javoleno identifica na solução de Cassio o seguinte princípio: objetos não abandonados definitivamente não são usucapíveis. A partir dessa premissa, Javoleno “estende por analogia” a solução de Cassio para chegar à conclusão de que, além dos objetos reavidos de naufrágio, também não são passíveis de usucapião as coisas temporariamente atiradas da embarcação para evitar o naufrágio. Logo, o jurisconsulto encontrou nos dois casos a mesma *ratio decidendi*.²⁰

A segunda hipótese transcrita por Bustamante consistiu no julgamento de caso similar realizado por Ulpiano, em que o jurisconsulto teria empregado a técnica do *distinguishing*, ao inserir na análise do julgamento um novo elemento – a intenção do possuidor que se desfaz do objeto –, que, se considerado, poderia culminar em decisões distintas das de Cassio e de Javoleno:²¹

D.47,2,43,11 (Ulp. 41 *ad Sab*): ‘Se alguém traz consigo alguma coisa atirada de uma embarcação, pode ser demandado por furto? O problema está em determinar se a coisa deve ser considerada definitivamente abandonada. Se, de fato, [o proprietário] jogou a coisa [da embarcação] com a idéia de deixá-la definitivamente, o que deve-se crer seja a maioria dos casos, enquanto ele estiver convencido de que a coisa

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 7.

¹⁸ Grosso modo, *distinguishing* consiste na diferenciação de casos para justificar a não incidência da *ratio decidendi* do anterior para a resolução do posterior. Para maior compreensão do instituto, ver tópico 3.2.1 (parte D), *infra*.

¹⁹ Embora se trate de um dos livros que compõem o *Codex Justiniani*, elaborado, portanto, após o período do direito clássico, o *Digesto* consiste na reunião de uma série de decisões e construções jurídicas dos jurisconsultos. Cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. 2014, p. 238.

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 7

²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 8.

tenha se perdido definitivamente, quem a encontra lhe adquire a propriedade e não a tem por furto. Se, ao invés, o proprietário não tiver jogado a coisa [da embarcação] com esta convicção, mas com a idéia de recuperá-la caso ela seja resgatada, a coisa deve ser devolvida por quem a tenha encontrado, e caso este tenha tido conhecimento de tal circunstância terá tido a intenção de cometer o furto e terá a coisa por furto. Se, ao invés, aquele que encontra a coisa não tiver a intenção de roubá-la, mas a intenção de restituí-la ao proprietário, ele não a terá por furto. Analogamente, se estiver convencido de que a coisa tenha sido simplesmente jogada da embarcação, não a terá tido por furto’.

Nesse caso, Ulpiano se lançou em investigar se a apropriação de objetos lançados de uma embarcação configura furto. Para a resolução da questão que lhe estava proposta, o jurisconsulto inseriu na análise os elementos “intenção” e “conhecimento de estado de fato”, nas perspectivas do proprietário originário do bem e do terceiro que resgata a coisa.

Ulpiano propôs a verificação do “ânimo” que teria impelido o proprietário a lançar fora o bem. Se a conclusão fosse no sentido de ter ocorrido a vontade de se desfazer da coisa, então não se consideraria que a posse do bem por terceiro qualificaria furto.

Se, todavia, o jurista compreendesse inexistir intenção do proprietário de abandonar definitivamente a coisa, teria de investigar, então, a intenção daquele que resgatou o bem. Primeiro, no sentido de indagar se o terceiro estava dotado da consciência de que o proprietário não pretendeu abandonar o bem. Se tal consciência existisse, o jurisconsulto perquiriria, por fim, se aquele que encontra a coisa tinha a intenção de devolver ao dono.

Veja-se a escala racional desenhada nessa proposta hermenêutica. Se o terceiro possui a coisa sem a consciência de que o proprietário não se desfez do bem, não comete furto. Se possui tal consciência, mas está a coisa com *animus* de restituí-la ao dono, furto também não há. Apenas ter-se-ia configurado o delito na hipótese de o possuidor, consciente da vontade do proprietário de reaver o bem, possuí-lo sem a intenção de restituir.

Segundo Bustamante, a *ratio decidendi* da solução de Ulpiano seria diferente daquela de Cássio e de Javoleno, porquanto o terceiro poderia adquirir somente aquilo que, em relação “aos elementos de fato relevantes para a diagnose do caso, deve[ria] ser considerado ‘tipicamente’ perdido definitivamente pelo proprietário, e não aquilo que deve[ria] ser tido como perdido apenas temporariamente”.²²

²² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 8.

Nessa senda, enquanto Cassio e Javoleno consideraram que toda a perda de bens proveniente de naufrágio ou de risco de naufrágio seria sem a intenção de abandono permanente, Ulpiano insere um *distinguishing* no caso, que determina a modificação do âmbito de aplicação da *rule of law*, para o fim de, enfatizando a intenção daquele que se desfaz do bem – elemento não considerado no julgamento dos precedentes –, “restringir a aplicação da regra aos casos em que efetivamente o *dominus* acredita poder recuperar a coisa”.²³

É possível, portanto, extrair dos casos acima relatados, que o jurista romano clássico encarava o aumento da complexidade dos casos propostos por meio de sofisticadas técnicas hoje adotadas (e ainda em desenvolvimento) nos sistemas da *common law*. Por conseguinte, ao menos sob o enfoque metodológico, existe “certa identidade” entre a prática e o pensamento jurídico romano e o dos atuais juízes do *common law*.

Feitas essa digressão, passa-se a abordar os contornos gerais da história jurídica da formação da tradição do *common law* na Inglaterra, buscando primordialmente a análise sob o viés da teoria dos precedentes judiciais.

2.2 - TRAÇOS HISTÓRICOS GERAIS ACERCA DA FORMAÇÃO DO DIREITO INGLÊS.

Até o século V a região onde atualmente está situada a Inglaterra pertencia ao domínio Romano. No despontar do enfraquecimento do império romano, com o movimento das *invasões bárbaras*, a região da atual Inglaterra foi tomada pelos povos saxões, anglos e posteriormente pelos dinamarqueses. Nesse período, não existia um direito comum aos povos que passaram a ocupar a Inglaterra. O “direito anglo-saxônico” era marcado pela dispersão em *costumes (direitos) locais*, o que lhe conferia características próprias.²⁴ Nesse período, foram constituídos tribunais regionais, denominados *County Courts* ou *Hundred Courts*, com o objetivo de tutelar as relações amparadas nesses costumes de cada localidade.²⁵

²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 9.

²⁴ CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 128.

²⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2013, p. 95.

No ano de 1.066, a Inglaterra passa por novas mudanças significativas na formação de sua tradição histórica, com a invasão do rei normando Guilherme, o Conquistador.²⁶ Após conquistar a Inglaterra, Guilherme ordenou a compilação do *Domesday Book*, documento que tinha por fim o recenseamento de toda a população, suas terras e propriedades, com o objetivo de implementar um sistema de tributação. Houve a implantação das primeiras formas organizadas de Governo e de direito administrativo. Nesse momento, rompe-se com a época tribal e o feudalismo instala-se na Inglaterra,²⁷ criando o ambiente propício para a formação de uma cultura jurídica unificada a partir de um governo centralizado.²⁸

Sob os influxos do período normando, as recém constituídas Cortes Feudais – *Courts Baron*, *Court Leet* e *Manorial Courts* –, dotadas de jurisdição senhorial, contribuíram para o desenvolvimento e o aprimoramento das funções judiciais.²⁹

Amilcar Araújo C. J. aponta “o livro” de *Glanvill*,³⁰ redigido aproximadamente no ano de 1.187, como a gênese, o nascedouro, do *common law*. O escrito de Glanvill teria inovado a forma de abordagem do direito daquele período histórico, com a identificação de princípios jurídicos, comentários a documentos legais, e descrições acerca dos procedimentos a serem adotados na Corte Real. Além disso, a obra de Glanvill teria simplificado a realidade jurídica do povo inglês, que tinha 03 (três) sistemas legais distintos, ao restringir seu enfoque sobre o sistema legal da Corte.³¹

Todavia, foi com Henry Bracton que o *common law* – concebido como sistema jurídico que adota como técnica marcante o estudo, aplicação e o aperfeiçoamento do direito a partir dos

²⁶ Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barbosa “as origens do common law remontam à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066, com a batalha de Hastings, que levou à centralização do governo, incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa”. In BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.41.

²⁷ CARNEIRO JÚNIOR. Amilcar Araújo. 2012, p. 128.

²⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.41.

²⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. 2013, p. 95.

³⁰ Valendo-se dos ensinamentos de Andréia Costa Vieira, Amilcar Araújo C. J. destaca que “o livro de Glanvill compreendia 03 (três) princípios básicos: I – os princípios eram tidos como de direito real, pois provinham das cortes; II – Eram princípios de direito comuns a todos, pois ignorava todas as diferenças entre os sistemas e princípios legais da época. Por *common law* entende-se a lei estabelecida pela Corte do Rei, comum a todo homem livre, no sentido de estar disponível a todos, tanto em direito civil, como em direito criminal, quer queiram, quer não; III – estabelecia princípios de direito procedimental baseados em documentos legais e expressados na forma de comentários sobre eles. CARNEIRO JÚNIOR. Amilcar Araújo. 2012, p. 128.

³¹ CARNEIRO JÚNIOR. Amilcar Araújo. 2012, p. 129.

case law – ganhou seus primeiros contornos. Bracton – tido como um dos grandes juristas do século XIII –, em virtude do acesso que possuía aos julgados das Cortes, adotou como hábito selecionar alguns desses *cases* com o objetivo de citá-los em suas decisões. Além disso, o jurista passou a promover a análise crítica dos julgados, inclusive das petições que os instruíam. Os escritos daí decorrentes foram condensados por Bracton em seu *Treatise*, obra jurídica que adquiriu a forma de estudo de *case book*. Com isso, H. Bracton exerceu papel de suma relevância no desenvolvimento do *common law*, pois influenciou os juristas a fazerem uso dos casos decididos ao pleitearem perante as Cortes de Justiça.³²

Nesse mesmo período ocorre acontecimento de grande impacto para a tradição do direito inglês: a assinatura da *magna carta*, em 1.215. Como veremos nos tópicos a seguir, sobretudo no tópico 1.1.3.3, traço marcante na consolidação da história do direito inglês é a luta pela limitação do poder do monarca,³³ valendo destacar, desde agora, que tal característica confluiu com força determinante na construção do *common law*, bem como na força obrigatória dos precedentes.

Prosseguindo, o reinado de Edward I, que se deu entre 1.272 e 1.307, também apresentou fatos marcantes para o desenvolvimento do direito na Inglaterra. Além de convocar os primeiros Parlamentos oficialmente reconhecidos, Edward I, aproximadamente no ano de 1275, promulgou leis que restringiam o poder do governo, a exemplo do Estatuto de *Westminster*, diploma normativo marcado por característica eminentemente procedimental. Este Estatuto deu origem aos Tribunais Reais de Justiça, os chamados Tribunais de *Westminster*. Eram eles: o Tribunal de Apelação (*Exchequer*), o Tribunal de Pleitos Comuns (*Common Pleas*), e Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*).³⁴

As Cortes Reais, constituídas inicialmente sob um sistema de justiça real, substituíram gradativamente as Cortes e as regras do período feudal, em um movimento de “centralização

³² CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 129.

³³ Sobre este ponto, ao comentar acerca da Convenção Parlamentar convocada no início do ano de 1688 na Inglaterra (cujos atos foram ratificados no chamado *Crown and Parliament Recognition Act*), instaurada logo após a revolução gloriosa, Geovany Cardoso Jevaux destaca a permanência de instituições medievais que contribuíam para a subordinação da Monarquia ao Parlamento, a exemplo da *magna carta* de 1215 e da *Petition of Rights* de 1628. In JEUVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008, p. 18.

³⁴ CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 129.

da justiça”. Lima³⁵ e Barboza³⁶ são uníssonos em afirmar que a construção do *common law* se deu por meio da atividade dos Tribunais de *Westminster*. Aos poucos, as Cortes desenvolveram um “corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais”.³⁷

Outro fator de suma relevância nesse momento histórico reside na relação estabelecida entre os juízes que compunham esses Tribunais Reais. Os magistrados das Cortes de *Westminster* tinham por hábito se reunir para discutir os casos de maior complexidade e importância. Dentre os Tribunais, despontava a *Chamber of Exchequer* como aquela dotada de maior prestígio. Era para lá que remetiam-se os casos mais complicados, quando as demais Cortes necessitassem de um parecer dos membros do Tribunal de Apelação.³⁸

Nesses casos, “havia uma votação e a decisão, por unanimidade ou por maioria, era devolvida à Corte de origem, onde a sentença era pronunciada”. Destaque-se que a opção de remeter a questão jurídica para a decisão da Câmara *Exchequer* era exclusiva dos demais Tribunais, a significar que tal possibilidade não era franqueada às partes envolvidas no caso que estivesse em apreço.³⁹

Nesse cenário, um evento particular, ocorrido em um dos julgamentos do Tribunal de Apelação, sobressaiu-se na formação da doutrina do respeito ao precedente. Em uma decisão tomada em 1.483 por maioria dos membros da *Chamber Exchequer*, o Juiz-Chefe consignou em seu voto que, apesar de discordar da decisão da Câmara, estava obrigado a seguir a maioria. “Se as decisões da Câmara obrigavam os juízes que dela faziam parte, os juízes que julgassem casos subsequentes que envolvessem os mesmos princípios estariam obrigados a utilizá-los”.⁴⁰

O germe da doutrina do precedente vinculante remonta ao momento em que se estabeleceu a necessária observância das decisões tomadas na Câmara *Exchequer*, nos sécs. XVI e XVII.

³⁵ LIMA, Tiago Asfor Rocha. 2013, p. 95.

³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.41.

³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.41

³⁸ CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 129-130.

³⁹ CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 130.

⁴⁰ CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 130.

Consoante Sir Willian S. Holdsworth, “na segunda metade do século XVI e no início do XVII, a regra geral de que casos decididos constituem autoridades estava reconhecida nas *Courts of Common Law*, na *Court of Chancery* e na Corte da *Star Chamber*”.⁴¹

As linhas que se seguem são de importância nodal para o deslinde do presente capítulo. São nos sub tópicos a seguir que se buscará encontrar o fundamento da força obrigatória do precedente na tradição do *common law*, antes e depois do *stare decisis*.

2.3 - O *COMMON LAW* COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NA INGLATERRA.

2.3.1 - A teoria declaratória da jurisdição no direito inglês.

Conforme explanamos sucintamente nas notas introdutórias do presente capítulo, a teoria dos precedentes alcançou na Inglaterra seu ápice no final do século XIX, quando, então, foi concebida a doutrina *stare decisis*, sob os influxos do positivismo jurídico.⁴² Terminamos o tópico 1.1.2 com a constatação de que a doutrina do precedente vinculante surgiu nos séculos XVI e XVII, ancorada no momento em que se estabeleceu o respeito às decisões tomadas nas Cortes de *Westminster*.

Esse íterim do desenvolvimento da tradição jurídica na Inglaterra foi influenciado pelas filosofias humanistas renascentistas, bem como pelas aspirações de formação do Estado Moderno.⁴³ O resultado foi a consolidação de uma doutrina racional jusnaturalista⁴⁴ acerca do *common law* e dos precedentes judiciais. Essa doutrina, como veremos, pavimentou mais tarde o caminho para as revoluções liberais ocorridas na Europa.⁴⁵

⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 81.

⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 81.

⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 81.

⁴⁴ “O jusnaturalismo racionalista teve origem no chamado movimento iluminista, que se estendeu pela Europa nos séculos XVII e XVIII e foi apresentado por filósofos como Espinosa, Pufendorf, Wolff e, finalmente, Kant. Segundo essa concepção, o direito natural não deriva dos mandados de Deus, mas da natureza ou estrutura da razão humana. Os juristas racionalistas tentaram formular detalhados sistemas de direito natural, cujas normas básicas – das quais se inferiam, logicamente, as restantes – constituíam supostos axiomas, evidentes por si mesmos à razão humana e comparáveis aos axiomas dos sistemas matemáticos.” In NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.33.

⁴⁵ Sobre o modelo *jusnaturalista*, ver JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 9-10.

No plano jurídico do direito inglês, a corrente jusnaturalista deu azo à formação da teoria declaratória dos precedentes. Três juristas costumam ser apontados como expoentes na construção e solidificação dessa escola de pensamento. São eles: *sir* Edward Coke,⁴⁶ Mathew Hale e Willian Blackstone.⁴⁷

Em síntese, a teoria declaratória parte da premissa da existência de uma ordem jurídica metafísica e superior. Fonte suprema do direito inglês e fundamento último de legitimidade de toda autoridade constituída, o *common law* era entendido como um conjunto de princípios e tradições do *englishmen* (do cidadão inglês), consolidados de modo perene no transcorrer da formação da história da Inglaterra.⁴⁸

Esse conjunto de princípios, direitos, liberdades e tradições do cidadão inglês não se encontrariam reunidos em determinado diploma, mas dependeriam de um esforço cognitivo racional e coerente das autoridades públicas (Parlamento, Judiciário e Monarca), que deveriam afirmar o *common law* por intermédio de seus atos.⁴⁹ O *common law*, então, delimitaria o âmbito de atuação dos poderes constituídos.

Consectário dessa vertente teórica foi a concepção de que os pronunciamentos judiciais não criavam o direito, mas apenas o declaravam. “Daí a conclusão de Blackstone de que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é”.⁵⁰

Por conseguinte, entendia-se que os juízes “seriam os ‘oráculos’ de um Direito estático, de modo que as suas declarações seriam ‘a principal e mais confiável evidência’ da existência de um costume que faça parte da *common law*”.⁵¹ Logo, para essa corrente de pensamento, o Judiciário não pronunciava um direito novo, apenas identificava e explicava o direito preexistente.

Disso decorria a concepção de que o precedente deveria ser, em um primeiro momento, respeitado, pois consubstanciava a manifestação concreta do direito comum. A segunda

⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.48.

⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 48-49 e 84-86.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 23.

⁴⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.49.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 23.

⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 48-49 e 84-86

consequência era no sentido de que, sendo o pronunciamento judicial uma expressão concreta do *common law*, era possível superar o precedente diante da afirmação do “erro” na decisão pretérita.

Tal linha de pensamento era coerente com suas próprias premissas. Se a atividade que antecede a decisão judicial se resume à investigação do direito preexistente, é possível compreender que, eventualmente, um pronunciamento tenha se equivocado na tarefa de descobrir tal direito.

Vejam, então, como a construção dessa corrente jurídica contribuiu para as primeiras linhas do *judicial review* na Inglaterra e para a afirmação do *common law* como a fonte soberana de autoridade naquele sistema jurídico.

2.3.2 - A gênese do *judicial review* no direito da Inglaterra e a afirmação da supremacia do *common law*.

Como sobredito, a concepção declaratória acerca do *common law* apregoava a existência de um direito superior a toda autoridade constituída, e que a atividade jurisdicional se caracterizava pela descoberta da norma (pré)existente nessa ordem metajurídica para concretizá-la à luz do caso julgado.

Nota-se, portanto, que essa linha de pensamento carregava em si as primeiras linhas do *judicial review* (controle dos atos de poder das autoridades públicas e particulares).⁵² Se os atos do soberano não podem sobrepujar o *common law*, e aceitando-se (como se aceitou) a premissa de que as decisões judiciais constituíam “manifestações” da existência do direito preexistente, então o Judiciário teria legitimidade para declarar que determinado ato do Parlamento ou do Monarca não se alinhava aos princípios do *direito comum*.

⁵² É bom que se esclareça que a primeira *prática* do *judicial review* não se deu na Inglaterra. Conforme leciona Geovany Cardoso Jouveaux, o controle de constitucionalidade surge nos Estados Unidos da América, por ocasião do julgamento do “famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803 (não obstante houvesse, desde 1799, na Constituição francesa, previsão do *Sénat Conservateur* como órgão de controle, mas que não chegou a funcionar devido à ditadura do executivo bonapartista). As raízes históricas do controle, todavia, retroagem à época anterior, cujos exemplos estão em decisões a respeito da incompatibilidade de atos infraconstitucionais com leis superiores, como no Caso Bonham, de 1610, no qual Sir. Edward Coke afirmava o poder dos juízes de invalidar leis do parlamento que contrariassem os precedentes [...]” in JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 125.

Foi essa a premissa da qual se valeu *sir* Edward Coke em seu histórico voto proferido no julgamento *Bonham's case*. O caso foi julgado em 1.610,⁵³ período em que Coke figurava como *Chief Justice of the Court of Common Pleas*.⁵⁴ A relevância do voto proferido pelo notável jurista não reside propriamente no resultado do julgamento – mesmo porque ele venceu –, mas nos fundamentos utilizados em sua manifestação.

O caso Bonham surgiu de uma disputa relacionada à necessidade de licença para a prática da medicina em Londres. Dr. Thomas Bonham graduou-se em *physic medicine* na Universidade de *Cambridge*, mas decidiu exercer a profissão na capital da Inglaterra.

O exercício da medicina na capital do país era fiscalizado e regulamentado pela *London College of Physicians*,⁵⁵ que exigia prévia licença para a atividade. Os poderes do *College* – conferidos por uma lei do Parlamento denominada *statute of incorporation* – compreendiam a fiscalização da atividade médica, a regulamentação, o exercício de uma espécie de jurisdição (circunscrita a Londres) e o julgamento de casos, inclusive com a possibilidade de imposição das penas de multa e de prisão.

Em 1.606, Dr. Bonham foi descoberto praticando a medicina em Londres sem a licença do *College*. Por essa razão, foi convocado para comparecer perante os “*Censors*” (espécies de magistrados) do *Londom College*, a fim de prestar um exame de aptidão para o desenvolvimento da atividade médica na capital inglesa. Dr. Bonham não foi aprovado no exame, razão segundo a qual o Colégio de Médicos proibiu que ele continuasse a exercer a profissão naquela circunscrição.

Contudo, Dr. Bonham deliberou dar continuidade ao exercício da medicina em Londres, pois, em seu entendimento, o Colégio de Médicos londrino não possuía “jurisdição” sobre alguém

⁵³ A primeira publicação do caso Bonham se deu no *Reports*, volume 8, página 113 b, cf. http://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i--5#lf0462-01_head_091, acessado em 13.08.2014.

⁵⁴ Arrimado no escólio de Taranto, Amílcar Araújo C. J. destaca que Edward Coke foi *Chief Justice of the Court of Common Pleas* entre os anos de 1606 a 1613, bem como *Chief Justice of the King's Bench*, de 1613 a 1616. Amílcar Araújo afirma que Coke “foi importante nesse contexto, marcando época, pois acreditava que a tradição deveria ser seguida, que *Common Law* era antigo costume ditado desde épocas imemoriais e que a melhor forma de se aprender com costumes era estudar as decisões dos Tribunais. In CARNEIRO JÚNIOR. Amílcar Araújo. 2012, p. 130.

⁵⁵ O *London College*, lembraria em sua configuração o que hoje conhecemos como órgãos paraestatais de fiscalização de classe. Todavia, o Colégio detinha poderes tipicamente jurisdicionais, tais como julgar e aplicar a pena de prisão.

formado em *Cambridge*. Mais tarde, quando foi descoberto que Bonham desrespeitou a ordem do *College*, ele foi preso e posto sob a custódia dos *Censors*.

O caso foi levado à *Court of Common Pleas*, quando Bonham arguiu que sua prisão era ilegal (na perspectiva dele, como visto, a *College* não possuía poder “jurisdicional” sobre os egressos de *Cambridge*) e, portanto, constituía cárcere privado. De outro giro, o Colégio de Médicos de Londres afirmou que a exigência de licença para o exercício da profissão médica em Londres (poder de regumentação), a fiscalização e os julgamentos dos casos lhes foram conferidos por um *statute* do Parlamento.

No julgamento do caso, Edward Coke reconheceu que, de fato, a lei do Parlamento concedia tais poderes ao *College*. Todavia, o jurista inglês afirmou em seu voto que tal lei parlamentar, naquela hipótese, seria nula, por ser irrazoável. Segundo fundamentou Coke, como os *Censors* possuíam direito a fiscalizar a atividade profissional, julgar os casos em que lhes parecesse ter ocorrido infração, e receber uma parte da multa que eles mesmos poderiam impor, o *statute* fez deles promotor, juiz e parte interessada na disputa. Por essa razão, Coke afirmou que o *statute of incorporation* (a lei do Parlamento em questão) era nula por afrontar o *common law*:

[I]t appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.⁵⁶

A consideração de Coke, portanto, foi de indelével importância na construção da história do direito inglês. “O *common law* era soberano sobre o *statutory law* e o legislativo, este, por sua vez, poderia complementar o *common law* mas nunca violá-lo”.⁵⁷ O requinte dos fundamentos estampados no voto de Edward Coke foi reconhecer que os poderes estatais

⁵⁶ “O que aparece em nossos livros, é que, em muitos casos, a *common law* controlará Atos do Parlamento, e, em alguns momentos, os declarará absolutamente nulos: quando uma lei do Parlamento é contra o *common law* e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser realizada, o *common law* irá controlá-lo, e julgará tal ato nulo”. Toda a narrativa do caso foi extraída em <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, bem como em http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amen_dV_due_process1.html, ambos acessados em 13.08.2014.

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p.48

estão submetidos ao *common law*. Tal posicionamento consolidou as bases para afirmação da supremacia do *common law* na Inglaterra.⁵⁸

Amilcar Araújo Carneiro Júnior põe em relevo, ainda, como grandes contribuições de Coke à doutrina dos precedentes, primeiro, o desenvolvimento do “*The Reports*”, consistente em um tratado com 13 volumes, constituído por uma seleção de casos antigos, os *Year Books*. Segundo, a afirmação do precedente como ato de limitação ao poder do Rei, “como no caso que envolvia a disputa de jurisdição de cortes eclesiásticas, defendendo que a função de julgar era exclusivamente dos juízes”.⁵⁹

Todavia, a teoria declaratória dos precedentes, articulada como uma concepção racional e sistemática de princípios e institutos jurídicos, apenas alcança sua maturidade com os escritos de W. Blackstone.

Como dito acima, a teoria declaratória surgiu no ambiente da renascença, em meio as aspirações de formação do Estado Moderno. Nesse contexto – no qual, como veremos à frente, a Inglaterra recebeu grande influxo jurídico-teórico da Europa continental – emergiu a exigência de elaboração de um método de instrução jurídica (no sentido mesmo de ensino e difusão do conhecimento), com vistas à racionalização e sistematização do direito.⁶⁰

Segundo essa inspiração, a primeira “grande tentativa” de ordenar o *common law*, consoante um sistema racional, foi a de Francis Bacon, “que procurou recolher um catálogo de máximas das quais poderiam ser inferidas várias regras particulares que constituiriam um todo ‘harmônico e congruente’, a ser refletido no próprio *case law*”. Com isso, Bacon deu um

⁵⁸ “O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. Neste sentido, Edward Coke – cujo papel foi muito importante, ainda que em nível doutrinário, para a contenção do arbítrio do rei – decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, vale dizer, quando não respeitarem este direito, são elas nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que, ‘em muitos casos, o *common law* controlará os atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará absolutamente nulos: visto que, quando um ato do Parlamento for contrário a algum direito ou razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controla-los e julgá-los como sendo nulos’. Esclareça-se que, apesar de Coke estar vinculado à teoria declaratória da jurisdição, e não à teoria que afirma a *law-make authority* – a teoria constitutiva –, a sua lembrança é pertinente para demonstrar que o juiz do *common law* realizava espécie de controle dos atos do Parlamento. Vê-se na decisão proferida no caso *Bonham*, o primeiro germe do controle da constitucionalidade das leis, e, assim, é possível extrair daí a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante à atuação do juiz submetido à constituição e aos direitos fundamentais”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 37-38.

⁵⁹ CARNEIRO JÚNIOR. Amilcar Araújo. 2012, p. 131.

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 83.

passo adiante na construção do direito inglês. Transcendendo a tradição até então adotada (e de matriz medieval), de apenas reunir em compêndios casos selecionados, Francis Bacon acentuou a racionalidade intrínseca existente nos princípios gerais que poderiam ser extraídos dos casos, de modo a se formar orientações de interpretação e aplicação do direito. Seguindo a diretriz *jusfilosófica*, Bacon acreditava que essas máximas seriam autoevidentes e possuiriam validade apriorística.⁶¹

Em que pese a importância dos escritos de Bacon, “o real progresso veio nos séculos XVII e XVIII, com Hale (1.609-1.676) e Blackstone (1.723-1.780)”.⁶² A maior contribuição de Hale consistiu na proposta de uma nova forma de se compreender o direito, a partir de um enfoque sistemático e racional. Assim como Bacon, Hale identificou as máximas (*autoevidentes*) do *common law*, que se poderiam extrair dos julgados das Cortes. O diferencial estava no diálogo de coesão que Hale tentou estabelecer entre essas máximas.

Para essa tarefa, Hale – jurista formado segundo a tradição jurídica romano civilista da Europa continental⁶³ – modelou sua teoria a partir do esquema de construção e interpretação jurídica existente nas *Institutas* de Justiniano, documento de origem romano clássica, que remonta ao século IV, d.C. A obra póstuma de Hale, intitulada *History of the Common Law of England, with an Analysis of the Law of England*, publicada em 1.713, “constitui a primeira reação viável à literatura jurídica típica dos *abridgements*”, documentos que, até então, limitavam-se a elencar um rol de institutos por ordem alfabética e sem esforço de sistematização.⁶⁴

Os escritos de Hale constituíram o ponto de partida para que William Blackstone redigisse seus *Commentaries on the Laws of England*, uma obra que certamente marcou a tradição jurídica do direito inglês. Esse trabalho de Blackstone consistiu em uma doutrina que buscou exprimir a análise racionalizada do direito inglês à luz de uma linguagem simplificada, vertida

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 84.

⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 84.

⁶³ As *Institutas* ou *Institutiones* representam um dos quatro livros que compõem o compêndio chamado *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Como veremos adiante (tópico 1.2.1), desde o século XI, até o século XVIII, a Europa continental revitalizou e incorporou com grande vigor institutos do direito romano clássico, sendo o *Corpus* de Justiniano a principal fonte escrita nesse movimento. Também será exposto adiante (tópico 1.1.3) que a Inglaterra foi influenciada pela redescoberta do direito romano clássico. Na realidade, a redescoberta do direito romano e os influxos do *ius commune* fez com que se formasse no direito inglês uma escola de pensamento jurídico paralelo ao *common law*. Os juristas dessa nova vertente eram conhecidos como *civilians*. Dentre esses últimos, estão Hale e Blackstone.

⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 85.

primordialmente para os *intelligent layman* – estudantes de direito no início da graduação –, o que conferiu ao *common law* “um caráter literário que previamente lhe faltava”.⁶⁵

Originalmente publicada pela *Clarendon Press at Oxford*, entre os anos de 1765 a 1769, a obra era condensada em quatro “livros”.⁶⁶ O “*Book One*” tratou dos “direitos das pessoas” (*rights os persons*), abordando temas como “*absolute right of individuals*” (livro I, cap. 1), até os deveres e limites do Poder Real (cap. 3 ao 8). O “*Book Two*” versou detalhadamente acerca do direito das coisas. O “*Book Three*”, cuidou dos “erros privados” (em que analisa aspectos das relações jurídicas tipicamente privadas) e o “*Book Four*” dos “erros públicos” (que analisa algumas relações jurídicas que se encontravam na esfera pública, a exemplo do direito penal). Segundo Bustamante, “um espírito de autossatisfação nacionalista permeia os *Commentaries*”.⁶⁷

Em síntese, Blackstone entendeu o direito como um fenômeno que não está fundado na autoridade, mas na razão. Assim, o esforço de Blackstone foi no sentido de identificar e organizar sistematicamente o direito inglês a partir de princípios compreensíveis, acessíveis e substancialmente corretos.⁶⁸ Esse último ponto enfatizado por Blackstone em seus escritos emana do fato de que, para ele, o direito inglês não se circunscrevia às leis escritas, aos precedentes judiciais ou aos atos do Monarca, mas também consistia, segundo as regras da razão, em um substrato metalinguístico formado por tradições, liberdades e instituições jurídicas dos *englishmen*,⁶⁹ desenvolvidos ao longo da história da Inglaterra e aglutinados no corpo de norma postas e pressupostas denominado *common law*.

De outro giro, conquanto se entendesse que o fundamento do direito se encontrava na razão, disso decorria que, em primeiro lugar, o precedente judicial não criaria o direito, apenas o reconheceria. Segundo, pressupondo-se uma norma suprema fundante, o precedente estabelecido, de regra, deveria ser obedecido e somente poderia ser revogado mediante a afirmação de que a decisão anterior teria incorrido em “erro” na identificação da norma do

⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 86.

⁶⁶ Os quatro livros não foram publicados simultaneamente. A obra completa, com seus quatro livros, está disponível em <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/>, acessado em 14.08.2014.

⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 86.

⁶⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 86.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 23.

common law. Terceiro, todas as autoridades constituídas estavam abaixo da autoridade do *common law*.

Estava formada, portanto, a teoria do precedente vinculante na Inglaterra – não com a configuração do *stare decisis*, mas segundo um fundamento lógico racional –, conceituada por Bustamante como doutrina do precedente vinculante *simpliciter*.⁷⁰

O ponto comum em todo o delineamento do presente capítulo foi a existência de uma ordem jurídica superior a todas as autoridades constituídas, e que tais autoridades deveriam buscar identificar quais as *rules* que compunham essa ordem superior e a ela conformarem seus atos. Como veremos a frente, foi nessa origem rudimentar da concepção de constitucionalismo que a Inglaterra encontrou a necessidade de respeitar os precedentes de seus Tribunais. Além disso, foi justamente a teoria da supremacia do *common law* sobre as atividades jurisdicionais, legislativas e monárquicas que descortinou o cenário para a implementação do controle de constitucionalidade. O parâmetro do controle dos atos estatais seria o *common law*.

Logo, ao menos nesse primeiro momento histórico, a persecução da origem da força de vinculatividade do precedente está intimamente ligada à concepção das fontes do direito inglês e à natureza do provimento jurisdicional, tal como concebidos entre os séculos XVI a XVIII.

Mas esse ponto, embora de inarredável densidade para os fins que buscamos, não é suficiente para justificar a força atribuída aos precedentes judiciais na Inglaterra. Ocorre que, além das formulações jurídico teóricas que permeavam o cenário renascentista, o papel do poder judiciário na afirmação do poder popular na Inglaterra também explica, em larga medida, a credibilidade e legitimidade que lhes são conferidos pelos cidadãos ingleses.

2.3.3 - A “revolução gloriosa” e a configuração dos poderes legislativo e judiciário à luz dos ideais revolucionários.

Aproximadamente 90 (noventa) anos após o julgamento do caso *Bonham*, eclode na Inglaterra a “revolução gloriosa” (chamada revolução sem sangue), em 1.688, que representou o fim do

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 86.

despotismo monárquico e a afirmação da *Supremacy of Parliament*, ou, mais especificamente, a supremacia do *common law* sobre todos os poderes constituídos, sobretudo a monarquia.

Para se entender o significado da revolução e das bases ideológicas e jurídicas do direito afirmado a partir desse evento, é importante retroagir na análise histórica da Inglaterra até o século XV, especificamente no ano de 1485, quando a chamada “guerra das rosas” chega ao fim, com a ascensão de Henrique Tudor ao trono imperial (Henrique VII).

Instaura-se, nesse momento, o absolutismo monárquico na Inglaterra, marcado por inúmeros levantes dos reis contra os direitos e liberdades comuns dos ingleses. Objetivando enfraquecer o direito comum, e encontrar bases jurídicas para a afirmação de sua autoridade, os monarcas instituíram uma jurisdição paralela, inspirada no direito romano, que se fortalecia na Europa continental. Cuida-se da jurisdição de *equity*,⁷¹ que era autônoma em relação ao *common law*, e desempenhada pelo Tribunal de Chancelaria.⁷² Além disso, Henrique VIII introduziu o ensino do direito romano nas Universidades de Oxford e de Cambridge,⁷³ em que se passou a lecionar os direitos romano e canônico.

Surge, por conseguinte, uma nova categoria de juristas: os *civilians*. Ao se formarem em Oxford ou em Cambridge, os *civilians* obtinham os títulos de *Doctor of Civil Law* e de *Doctor of Law*, representativos de alto *status* profissional. Esses juristas, de formação do direito romano e canônico, que se enfileiravam nas cortes de jurisdição *equity*, constituíram relevante ponto de contato entre a Inglaterra e a Europa continental:⁷⁴

No contexto institucional do século XVI, a competição entre os *civilians* e *common lawyers* assumiu séria relevância político institucional, pois os primeiros eram vistos

⁷¹ Iremos adentrar com maior profundidade na jurisdição *equity* no próximo subcapítulo, ao tratarmos da aproximação do *common law* com o direito romano do *ius commune*.

⁷² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2ª Edição. Lisboa: Editora Maridiano. 1972, p. 346.

⁷³ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005, p. 262.

⁷⁴ “No contexto do século XVI os *civilians* se destacavam por sua formação universitária de caráter humanístico e cosmopolita [Moccia 2005:880] e dialogavam em pé de igualdade com os juristas do *ius commune* continental, aplicando as mesmas técnicas de resolução de casos e valorizando a *communis opinio* ou *communis interpretativo* com os juristas continentais acerca das grandes questões jurídicas surgidas na aplicação do Direito romano, do Direito canônico e especialmente do Direito marítimo [Gorla 1981 – d:658-660 e 695 e ss.]. Os *common lawyers*, por sua vez, capitaneados por Sir Edward Coke, sistematavam a ‘plena identificação entre *common law* e *law of the land*’ e se recusavam a considerar como parte do Direito pátrio o Direito eclesiástico e o Direito marítimo-comercial, que eram de competência das cortes dos *civilians* [Moccia 2005:876].” in BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 56-57.

como próximos às políticas absolutistas perseguidas por Tudor (e seus sucessores), enquanto a tradição do *common law*, por sua vez, ‘assume o valor de símbolo das liberdades civis, ao lado das políticas parlamentares’ [Moccia 2005:883-884]: ‘Na disputa, então, entre Parlamento e Monarquia ingleses, as políticas absolutistas dos soberanos da Era Tudor, inicialmente, e dos Stuart, posteriormente, cuja ‘causa’ vem esposada particularmente pela maioria dos *civilians*, foram associadas a [uma] concepção do direito continental Romano Justiniano (*Roman civil law*), a funcionar como forma de instrumento e legitimação de tais políticas. Desse modo, a oposição do Parlamento, em cujas fileiras se alinhava boa parte das corporações de *common lawyers*, sob a guia de *sir* Edward Coke, adquiriu o significado não apenas de revolta contra o despotismo real, mas também de recusa (sobretudo ideológica) ao ‘Direito Romano’, enquanto seu suposto veículo de transmissão’.

Além do Tribunal de Chancelaria, foram criadas as Cortes do *King’s Council*, dentre as quais sobressaiu a *Star Chamber* (Câmara Estrelar). Essas Cortes consistiam em conselhos que se reuniam como órgãos extraordinários de justiça, sem uma competência bem definida, mas que, hipoteticamente, deveriam atuar supletivamente aos casos da jurisdição *equity*, como suporte dos *Chanceler*. A *Star Chamber* atuava para atender prioritariamente delitos criminais contra a propriedade imobiliária.⁷⁵

Em 1.603, a morte de Elizabeth I (que não possuía sucessores) demarca o fim do reinado Tudor e o início da Dinastia Stuart, dando início ao período monárquico de maior opressão na Inglaterra, com a ascensão de seu primo James I ao trono e, posteriormente, de Carlos I (filho de James), coroado em 1.625. Segundo Geovany Cardoso Jevaux, “na primeira metade do século XVII, os Reis James I e Chales I tentaram avançar a causa da monarquia absoluta contra o Parlamento”. Destaca Jevaux que, em pauta, “estavam discussões em torno dos conflitos religiosos entre a minoria católica e a maioria protestante e as pretensões monárquicas de aumento de impostos sem a anuência do Parlamento”.⁷⁶

Entre o período final do reinado de Charles I e a revolução de 1.688, a Inglaterra passou por um abrutadas alterações institucionais: duas guerras, a saída dos Stuart do trono, um breve regime ditatorial com Oliver Cromwell, a tomada de poder pelas forças armadas e a reassunção da coroa pelos Stuart, com Charles II e seu filho James II, que também possuía nítida vocação absolutista.⁷⁷

⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 62.

⁷⁶ JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 18.

⁷⁷ “[...] duas guerras civis, entre 1642 e 1649, resultaram na vitória do Parlamento e num extenso debate sobre os fundamentos do governo. Charles I foi executado em 164 e a Casa dos Lores foi abolida com a proclamação da república, então fundada sobre os resíduos da Casa dos Comuns. A partir de 1653, com a ascensão de Oliver Cromwell ao poder, a república tornou-se um regime ditatorial, somente desfeito com o seu falecimento, em 1658, quando seu filho lhe sucedeu e logo foi obrigado a renunciar pelas forças armadas, em 1659. Diante da

As tensões existentes entre os burgueses e o Parlamento, de um lado, e a monarquia de outro, aliadas aos períodos de crises institucionais, fizeram com que o Parlamento se unisse com Guilherme de Orange para depor James II. Em 1.688, Guilherme desembarcou na Inglaterra com 14.000 (quatorze mil) homens e ocupou a cidade de Londres sem enfrentar nenhuma resistência do rei, que havia fugido.

Assim o Parlamento convocou uma Convenção para empossar no trono Guilherme de Orange e sua esposa Mary. Como condição para assumirem a coroa, o casal teve de assinar a Declaração de Direitos de 1.688, o *Bill of Rights*, documento marcado pelo compromisso de a monarquia se submeter ao Parlamento, e que tutelou direitos fundamentais relativos à vida, liberdade e à propriedade privada.

Jeuveaux vislumbra nesse evento a “fundação constitucional” na Inglaterra. O *Bill of Rights*, de 1.688, “consolidou princípios antes controvertidos, proibindo o monarca, por exemplo, de criar impostos, de manter forças armadas em tempos de paz e de se excepcionar à influência da lei sem o consentimento das casas congressuais”.⁷⁸

A “revolução gloriosa”, evento que marcou a vitória do Parlamento sobre o despotismo real, deu ensejo à *Supremacy of the Parliament*. Mas isso importou, na realidade da Inglaterra, na afirmação da soberania do *common law* sobre toda autoridade constituída. Assim, “a noção de supremacia do Parlamento não significou sua supremacia absoluta ou ilimitada, uma vez que o Parlamento e a lei continuaram submetidos ao *common law*”.⁷⁹

Perceba-se que o *common law* refletia a convicção compartilhada de que era a maior expressão da razão natural desenvolvida e descrita pelo desejo coletivo de várias gerações, e que era visto como um direito fundamental acima dos atos do Parlamento, funcionando os princípios do *common law* como uma Constituição não escrita. Assim, o direito não era criado apenas pelas decisões judiciais, mas também pela prática social e pelos costumes que acabavam por criar limites ao parlamento.

instabilidade política e da falta de legitimidade do poder republicano, a monarquia foi restaurada em favor dos Stuarts, com Charles II, em 1660. James II sucedeu a Charles II e, em 1688, com a revolução gloriosa, dissolveu o Parlamento e fugiu do país. A sua substituição pelos protestantes William de Orange e sua mulher Mary (filha de James), que não tinham título para reclamar a coroa, foi decidida pelo Parlamento, mas sem a convocação do Rei, faltava-lhe legitimidade para fazê-lo. Uma Convenção Parlamentar foi então convocada, no início de 1688, imitando a composição do Parlamento genuíno. William e Mary foram então empossados por um Parlamento havido por regular, que ratificou os atos da Convenção, no chamado *Crown and Parliament Recognition Act*, 1689”. In JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 18.

⁷⁸ JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 18.

⁷⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p. 49-51.

Assim, o princípio da *Supremacy of the English Parliament* significou não apenas a submissão do Poder real ao Legislativo, mas, principalmente, a submissão do Rei ao direito histórico britânico, estabelecido pelo *common law*. O *Statute law*, nesse período histórico, tinha papel secundário, uma vez que prevalecia o *common law*. De qualquer modo, as leis adotadas pelo Parlamento deveriam ter seu cumprimento exigido pelas Cortes, que, apesar da deferência ao legislativo, acabavam por definir as regras contidas na lei de acordo com os direitos e as liberdades protegidos pelos princípios estabelecidos pelo *common law*, salvo se o Parlamento dissesse expressamente que um determinado princípio estava derogado.

Na realidade, não se tratou propriamente da vitória do Parlamento sobre o despotismo monárquico, mas da afirmação do *common law*, enquanto garantia dos direitos e das liberdades do cidadão inglês, sobre toda expressão de autoridade, inclusive sobre o poder legislativo. Esse ambiente, fomentado sobre os pilares da teoria declaratória, criou as condições ideais para que a posição do Poder Judiciário fosse definitivamente consolidada no direito Inglês.⁸⁰

A teoria declaratória não apenas tentou demonstrar que a função do juiz é a de revelar o direito – por ser ele, nas palavras de Blackstone, um ‘oráculo vivo’ – mas, igualmente, teve o propósito de permitir ao judiciário declarar ou afirmar o *common law* contra o soberano e contra o Parlamento, tencionando viabilizar, desta forma, espécie de controle judicial dos atos estatais. A doutrina de Coke afirmou que o *common law* se sobrepunha ao soberano e ao legislativo, de modo que a teoria de que o juiz apenas declarava o direito também teve uma importante função legitimadora ao admitir o controle dos atos do Parlamento e do Monarca.

Na luta pela afirmação do *common law*, o Parlamento e o Judiciário na Inglaterra atuaram de modo coordenado, o que levou ambas as instituições a receberem o depósito da confiança dos cidadãos ingleses, no sentido de que representariam instâncias de afirmação, proteção e desenvolvimento do direito comum na Inglaterra.⁸¹

Não se perca de vista que, poucos anos antes, em 1.610, no período despótico dos Stuart – com James I no trono da Inglaterra –, *sir* Edward Coke proferiu o paradigmático voto no caso *Bonham*, afirmando o *common law* como fonte de legitimidade e autoridade máxima do direito inglês.⁸² Com isso, no auge do absolutismo na Inglaterra, a *Court of Common Pleas* anunciava às claras que o monarca deveria se submeter ao direito comum.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 41-42.

⁸¹ “Neste sistema, o legislativo não se opõe ao judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da revolução francesa, não houve clima para desconfiar do judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 34.

⁸² “O juiz inglês não apenas teve espaço para densificar o *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. Neste sentido, Edward Coke – cujo papel foi muito importante,

Nesse contexto nenhum conflito para se delinear os limites de autoridade surgiu entre o poder judiciário e o Parlamento. Pelo contrário. Usualmente, o Parlamento partia dos princípios e das máximas de direito estabelecidos nos precedentes judiciários como ferramenta útil na tarefa de identificar e dar concretude à lei que deriva da “vontade comum”.⁸³ De outro giro, juristas de grande porte – como W. Blackstone – afirmavam a preeminência do Parlamento como instância de maior representatividade do *common law*.⁸⁴ Marinoni chega a afirmar que, nesse momento histórico, a magistratura e o Parlamento quase se confundem.⁸⁵

Veja-se, a propósito, que a *House of Lords*, uma das Câmaras que compõe o Parlamento inglês, desempenhou típica atividade jurisdicional, constituindo a mais alta Corte de apelação na Inglaterra até 01 de outubro de 2009.⁸⁶

ainda que em nível doutrinário, para a contenção do arbítrio do rei – decidiu no célebre caso *Bonham*, por volta de 1610, que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando isto não acontecer, vale dizer, quando não respeitarem este direito, são elas nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que, ‘em muitos casos, o *common law* controlará os atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará absolutamente nulos: visto que, quando um ato do Parlamento for contrário a algum direito ou razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-los e julgá-los como sendo nulos’”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 37.

⁸³ “O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. O poder do juiz era o de afirmar o *common law*, o qual se sobrepunha ao legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. Aliás, na tradição do *common law* inglês, o Parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum. Interessante perceber que exatamente aí surge uma primitiva noção de *due process of law*, visto como o caminho a ser seguido para a elaboração da lei ancorada nos costumes”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 33.

⁸⁴ “A soberania do Parlamento Inglês também era enfatizada por Blackstone, ao estabelecer que todos os outros poderes do Estado deveriam obedecer ao Poder Legislativo, e este poderia tudo que não fosse impossível pelo direito natural. Ou seja, sempre se teve a idéia de que o Parlamento poderia ser limitado pelo direito natural e pelo *common law*, que seria a prática e a descoberta dos direitos já existentes.” In BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p. 52-53.

⁸⁵ “O Parlamento, com a Revolução Gloriosa, venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, aí não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do Parliament – sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante do poder real. Ademais, a Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. Assim, toda e qualquer norma elaborada pelo legislativo estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei. A revolução, bem por isso, não teve a intenção a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito. Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou ao direito da história das e das tradições do povo inglês – para conter o poder real. De modo que a idéia de *Supremacy of English Parliament* não significou, simplesmente, a submissão do poder real à norma produzida pelo legislativo, mas a submissão do rei ao direito inglês, na sua inteireza. Esse direito submetia o monarca, contendo seus excessos, mas também determinava o conteúdo da produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao *common law*”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 44.

⁸⁶ “Com a reforma constitucional de 2005 (*Part 3, Constitutional Reform Act 2005*), a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) foi substituída pela *Supreme Court of the United Kingdom*, que assumiu suas funções judiciais, tendo iniciado suas atividades em 01 de outubro de 2009. CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. 2012, p. 132.

Disso decorre não ter surgido na Inglaterra receio de que o Judiciário atuasse como *lawmaking*, isto é, produtor do direito. Longe disso, entendia-se que a função dos juízes também era de promover o desenvolvimento do *common law* por intermédio dos precedentes judiciais.⁸⁷ E, como os precedentes eram verdadeiras expressões do *common law*, eles eram observados pelo monarca, como elementos de limitação de seu poder, pelo legislativo, ao delinear conceitos, institutos e se apropriar de princípios jurídicos, e pelo próprio judiciário, que encontraria nos julgados pretéritos o delineamento do direito, o ponto de partida para a continuidade hermenêutica.

Naturalmente, nesse contexto, os precedentes assumiram ao lado dos *Statutes* do *Parliament* a condição de fonte primária do direito inglês.

Eis os fundamentos do respeito ao precedente na Inglaterra, mesmo antes do advento do *stare decisis*.

2.4. O POSITIVISMO JURÍDICO DE BENTHAM E A SUPERAÇÃO DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA COMO PREMISSAS PARA O ADVENTO DO *STARE DECISIS*.

Ao perscrutarmos a origem histórica da força vinculante atribuída às decisões das Cortes inglesas, defendemos nos tópicos anteriores que a teoria declaratória da jurisdição, calcada na filosofia jusnaturalista, serviu de esteio teórico para que os Tribunais respeitassem os precedentes firmados.

Nesse período histórico, em que vigorou a teoria declaratória da jurisdição, a força vinculante dos precedentes tinha matriz fundamentalmente vertical. Os Tribunais inferiores não estavam legitimados para declarar que as Cortes Superiores haviam se equivocado na concretização do

⁸⁷ “Destaque-se o fato de que nunca existiu nesses países o medo de que o judiciário assumisse as funções de *lawmaking* ou de que ele pudesse interferir nos demais poderes. Ao contrário, o poder dos juízes em moldar o desenvolvimento do *common law* sempre foi visto com bons olhos nesses países. É por isso que, ao se estudar as fontes do direito inglês, a jurisprudência aparece como fonte primeira, não só porque é um direito efetivamente jurisprudencial formado historicamente pelas decisões dos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), mas também porque sofreu pouca influência das universidades e da doutrina. Em suma, o direito inglês foi construído historicamente.” In BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. 2014, p. 53-54.

common law. Todavia, era possível que as Cortes revisitassem suas próprias posições anteriormente firmadas, para o fim de modificá-las, caso as entendessem equivocadas, isto é, não congruentes ao *common law*. Logo, é possível constatar que a teoria declaratória não forneceu bases sólidas para a *força vinculante horizontal* dos precedentes.⁸⁸

O pensamento que serviu de esteio à consolidação da doutrina do *stare decisis* remonta ao advento do positivismo europeu no século XIX, movimento jurídico filosófico que, na Inglaterra, teve como principal precursor Jeremy Bentham.

A despeito das mudanças que se verificam nas variadas teorias positivistas firmadas ao longo do século XIX, o ponto comum em todas elas consiste no enfoque do direito enquanto fenômeno social que pode ser identificado sobre a base exclusiva de certas propriedades de fato, dispensando-se a adoção de qualquer postura valorativa para esse fim.⁸⁹

Considerado o precursor do utilitarismo econômico e inspirado por nítida influência liberal, Bentham propôs uma ciência jurídica que analisa o direito tanto como fenômeno factível, existente e socialmente praticado, quanto por hipótese, isto é, seu estado ideal. Simplificando, o autor construiu uma teoria geral que expõe o que o Direito é (ontológico), e aquilo que deve ser (deontológico).⁹⁰

No plano deontológico, Bentham defendeu a existência de um princípio moral universalmente válido, gênese de todos os juízos de valor. Esse princípio afirmaria que uma conduta é

⁸⁸ “[...] se, de um lado, são as ideias de racionalidade e coerência do Direito que fundamentaram o surgimento de uma teoria dos precedentes vinculantes, foi o Positivismo novecentista *à la* Bentham que acabou gerando a doutrina do precedente *horizontalmente vinculante*, estabelecida pela *House of Lords* em ‘London Tramways’ (1988).” In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 83.

⁸⁹ “La tesis central del positivismo que comparten pensadores cuyos enfoques difieren en tantos otros aspectos como Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Ross, es que el derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de ciertas propiedades fácticas (con ciertas calificaciones en el caso de Kelsen, como hemos visto) y sin necesidad, para proceder a tal identificación, postura valorativa alguna. Aun cuando la adopción de posiciones Morales es decisiva para muchas otras cuestiones, como la de decidir si se debe o no obedecer que el derecho dispone, el positivismo sostiene que una toma posición axiológica es irrelevante para la identificación de un orden jurídico. El lema del positivismo es que el derecho que ‘es’ puede e debe ser distinguido del derecho que, de acuerdo a ciertos principios valorativos, ‘debe ser’.” In NINO, Carlos Santiago. 1999, p. 75.

⁹⁰ “Bentham divide a ciência do Direito (*jurisprudence*) em dois ramos: de um lado, a jurisprudência *expositória* ocupa-se de explicar o que, segundo seu estudioso, é o direito; de outro lado, a jurisprudência *sensorial*, ou *art os legislation*, é aquela em que seu estudioso deve ‘observar (e expor) para nós o que ele pensa que o Direito deve ser’.” In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 72.

moralmente correta quanto vocacionada ao incremento da felicidade do maior número de pessoas. Segundo Carlos Santiago Nino:

[...] pensadores como Bentham e Austin, que podem ser considerados fundadores do positivismo jurídico moderno, acreditavam na possibilidade de justificar racionalmente um princípio moral universalmente válido, do qual derivariam todos os juízos valorativos: é o chamado ‘princípio da utilidade’, que afirma, em síntese, que uma conduta é moralmente correta quando contribui para aumentar a felicidade do maior número de pessoas.⁹¹

No plano ontológico, Bentham formula uma proposição conceitual descritiva que se contrapõe ao jusnaturalismo racionalista, ao negar que o Direito estaria arrimado em uma ordem metafísica de princípios morais ou de justiça superiores e preexistentes. As proposições teóricas acerca do direito estariam destituídas de juízos de valor, mas comprometidas com a constatação empírica das formulações descritivas do fenômeno social.

Esse viés analítico assume em Bentham um perfil meramente conceitual do Direito. Ele não “implica uma postura valorativa sobre como devem ser as normas jurídicas e qual é a atitude a ser adotada diante delas”.⁹² O que, talvez, desperte maior interesse na teoria de Bentham, seja o modo como o autor relacionou esses planos de sua teoria. A análise descritiva do direito (ontológico) na Inglaterra, em Bentham, serviu de forte premissa para as críticas ao *common law* (deontológico) que se verificaram em seus estudos.

Por volta de 1.776 surge no contexto do direito da Inglaterra o manuscrito de Jeremy Bentham intitulado *A Fragment On Government*, obra na qual promove as primeiras análises críticas das teses jurídica elaboradas por Willian Blackstone.⁹³ Bentham nega que o cidadão possa pretender invocar qualquer direito que não esteja expressamente positivado em norma jurídica. De outro giro, rejeita a concepção de que existam direitos políticos imanentes e preexistentes às normas positivadas. Para o autor, o único fundamento para se atacar uma decisão legislativa consistiria em sua inaptidão para o atendimento do bem-estar geral:

O positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a

⁹¹ NINO, Carlos Santiago. 2010, p.35-36.

⁹² NINO, Carlos Santiago. 2010, p. 43.

⁹³ BENTHAM, Jeremy. *A fragment on government*. Oxford: Clarendon Press. 1891. Disponível em <https://archive.org/details/afragmentongover00bentuoft>, acessado em 23/08/2014.

totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a idéia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral. grande parte da oposição da teoria dominante aos direitos naturais é consequência de uma idéia patrocinada por Bentham: os direitos naturais não têm lugar em uma metafísica empírica digna de respeito. Os liberais desconfiam do luxo ontológico. Acreditam ser uma fraqueza fundamental das várias formas de coletivismo o fato de que elas se apoiem em entidades fantasmagóricas como vontades coletivas ou espíritos nacionais e, por essa razão, eles são hostis a qualquer toeira do direito natural que pareça basear-se em entidade igualmente suspeitas.⁹⁴

Na parte conceitual de sua teoria, o autor apregoa ser o direito o produto de decisões “deliberadas e intencionais, tomadas por homens e mulheres que planejam, por meio dessas decisões, modificar a comunidade com base na obediência geral às regras criadas por suas decisões”.⁹⁵ O filósofo jurista negou a natureza apriorística e imanente do *common law*, para afirmá-lo como um conjunto de normas postas pelas autoridades constituídas:

Bentham adota uma atitude de puro ceticismo em relação ao *common law*; ‘sua opinião extrema e característica era de que a existência do *common law* seria uma ‘ficção do início ao fim’, e a crença em sua existência não seria mais que uma desilusão nociva’ [*mischievous delusion*]’ [Simpson 1973:88]. Como relata Simpson, para Bentham ‘o *common law* era tido como *mock law*, *sham law*, *quase-law*, e por consequência o exercício da função jurisdicional era um exemplo de poder arbitrário em todos os sentidos’ [Simpson 1973:89]. Bentham desprezava, às vezes sem se preocupar com a elegância, a teoria tradicional e os ensinamentos de homens como Coke, Blackstone e Hale [v. Postema 1987:15-23] e acreditava que o *case law* produzido pelos juízes ingleses era fruto de um puro ato de vontade – de arbítrio – que poderia ser explicado através de uma analogia grosseira com a forma pela qual um adestrador cria normas para serem obedecidas por um cachorro.⁹⁶

Como se extrai do excerto acima, com uma tonalidade que toca o sarcasmo, Bentham teceu críticas ácidas à teoria declaratória da jurisdição. O teórico positivista vislumbra na ausência de apontamento da origem da formação das normas do *common law* verdadeiro ponto de inconsistência da teoria declaratória (como visto, de estirpe racional jusnaturalista).

Para o autor, se o *common law* é considerado “*the perfection of reason*”, de onde originariam tais normas? Quem as teria aglutinado no corpo jurídico chamado *common law*? E prossegue afirmando que “a hipocrisia” dos adeptos da teoria declaratória está na afirmação de que apenas declarariam a lei, não a criariam.⁹⁷

⁹⁴ DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2002, p. XIV.

⁹⁵ DWORKING, Ronald.. 2002, p. XI.

⁹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 73.

⁹⁷ “*Half of it is called statute law, and is made by parliament: and how small a part of the whole kingdom has anything to do with choosing parliament, you all know. The other half is called common law, and is made—how*

Bentham vislumbrou na teoria declaratória um subterfúgio utilizado para esconder o fato de que os juízes criam o direito (*judge-made-law*), não o declaram. Nesse sentido, o maior incômodo externalizado pelo autor parece residir no fato de que, para ele, os juízes não apenas criavam o direito, como o faziam *ad hoc*, para julgar o caso concreto, o que retiraria do jurisdicionado a chance de ser julgado por uma norma clara e previamente estabelecida, dificultando, também, que o cidadão inglês pudesse ter parâmetros de condutas legítimas pré-compreendidas a partir de um corpo de normas.

Assim o autor afirma que o *common law* seria, na realidade, uma “*dog-law*”. Bentham afirma que os juízes aplicavam a lei para o cidadão inglês do mesmo modo que um dono fazia em relação ao seu cachorro. Se o dono percebesse que o cachorro fizera algo que o desagradasse, o dono esperaria a primeira oportunidade de castigar o animal, assim que a conduta fosse reiterada. Segundo Bentham, os juízes não iriam dizer previamente para o cidadão o que não deveria ser feito. Eles aguardariam até que alguém fizesse algo e, então, afirmando que tal prática não deveria ter ocorrido, “enforcavam” aquele cidadão. Assim, o autor positivista afirma que o modo para se conhecer essa “*dog-law*” seria a estrita observância das decisões proferidas pelas Cortes.⁹⁸

do you think? By Mr. Justice Ashhurst and Co. without king, parliament, or people. A rare piece of work, is not it? You have seen a sample of it. I say, by the judges, and them only; by twelve of them, or by four of them, or by one of them, just as it happens: and you shall presently see how. This same law they vow and swear, one and all, from Coke to Blackstone, is the perfection of reason: the reason of which you are at no great loss to see. Their cant is, that they only declare it, they don't make it. Not they? Who then? Not Parliament, for then it would be not common law, but statute". Extraído de BENTHAM, Jeremy, ‘Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be’ (1792). In *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of his executor, John Bowring, vol. V (Edinburgh, Tait; London, Simpkin, Marshall; 1843), pages 231-237.

⁹⁸ “*Scarce any man has the means of knowing a twentieth part of the laws he is bound by. Both sorts of law are kept most happily and carefully from the knowledge of the people: statute law by its shape and bulk; common law by its very essence. It is the {/} judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and me. They won't tell a man beforehand what it is he should not do—they won't so much as allow of his being told: they lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it. What way, then, has any man of coming at this dog-law? Only by watching their proceedings: by observing in what cases they have hanged a man, in what cases they have sent him to jail, in what cases they have seized his goods, and so forth. These proceedings they won't publish themselves, and if anybody else publishes them, it is what they call a contempt of court, and a man may be sent to jail for it".* Extraído de BENTHAM, Jeremy, ‘Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be’ (1792). In *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of his executor, John Bowring, vol. V (Edinburgh, Tait; London, Simpkin, Marshall; 1843), pages 231-237.

Mas, por traz da postura bélica de Bentham, escondia-se lídima preocupação com a segurança jurídica. O que o autor não suportava, era a possibilidade de o cidadão inglês ser submetido a um julgamento que não tivesse como parâmetro uma norma clara e previamente definida, o que levou, inclusive, Bentham a “advogar, apaixonadamente, a codificação de todo o Direito inglês”.⁹⁹

A teoria do direito proposta por Bentham possui inequívoca importância para o direito inglês. Primeiro, porque se tornou o principal parâmetro para o estudo do direito na Inglaterra e nos Estados Unidos.¹⁰⁰ Além disso, o ceticismo de Bentham em relação ao *common law* converteu-se em um senso comum, que se espalhou por todo o Reino Unido, instalando-se, inclusive, na Câmara dos Lordes,¹⁰¹ o que deu ensejo à construção e consolidação da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra:

⁹⁹ “Bentham, apesar do tom cínico, nutre uma preocupação legítima com a segurança jurídica, e chegou a advogar, apaixonadamente, a codificação de todo o Direito inglês: “Bentham defendia a codificação em nome da cognoscibilidade (uma expressão que ele cunhou), e sentia que um Direito embalsamado em milhares de casos espalhados ao longo de séculos não poderia ser cognoscível pelo povo’ [Van Caenegem 1987:47]”. In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 73-74.

¹⁰⁰ Na parte introdutória de sua obra *Taking Rights Seriously*, Ronald Dworkin descreve que uma teoria geral do direito deve ser constituída por duas principais abordagens: uma parte normativa, e uma conceitual. A parte normativa seria decomposta por uma teoria da legislação, uma da decisão judicial e uma da observância da lei. A primeira cuidaria de analisar a questão da legitimidade daqueles que editam as leis e da justiça que determinará os limites quanto ao seu conteúdo. A segunda trataria de verificar os padrões que os julgadores deveriam utilizar para resolver casos difíceis (teoria da controvérsia), bem como de investigar os fundamentos da jurisdição, isto é, por que e quando os juízes estão autorizados a decidir em substituição da vontade do particular. A última teoria da parte normativa analisaria, em um primeiro momento, a natureza e os limites do cidadão de obedecer à lei nos diferentes contextos de Estado, e, em momento posterior, os objetivos da aplicação e da punição, cuidando de descrever como os agentes públicos deveriam reagir às diferentes categorias de crimes e infrações. A parte conceitual, por seu turno, faria uso da filosofia da linguagem, bem como da lógica e da metafísica. O positivismo jurídico em Bentham estaria abrigado justamente no capítulo normativo de sua teoria geral. Dworkin afirma expressamente que “a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas continua sendo uma teoria benthamiana”. Eis o texto: “Bentham foi o último filósofo da corrente anglo-americana a propor uma teoria do direito que é geral no sentido acima descrito. Pode-se encontrar em sua obra uma parte conceitual e uma parte normativa de uma teoria geral do direito e, na parte normativa, teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, todas adequadamente articuladas por uma teoria plútica e moral utilitarista e uma teoria metafísica empirista mais geral. Cada componente dessa teoria foi desde então desenvolvido e aprimorado por diferentes autores, mas a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas continua sendo uma teoria Benthamiana”. DWORKIN, Ronald. 2002, p. XI.

¹⁰¹ “Mas o resultado de seu ceticismo [Bentham] em relação ao *common law* foi um senso comum, que se difundiu por todo o Reino Unido, de que o Judiciário é delegatário da soberania estatal e que, portanto, quando decide um caso, paradigmático ele não está declarando ou expondo (*expounding*) o Direito em vigor, mas criando por ato próprio uma regra jurídica geral. Em um sistema jurídico como o inglês o que o Positivismo de Bentham produziu foi uma teoria – que acabou repercutindo sobre a atividade da própria *House of Lords* – segundo a qual o juiz é, ele próprio, o criador do direito. ‘O *common law*, diziam os positivistas, existia (se é que de fato existia) porque foi estabelecido [*laid down*] pelos juízes que tinham autoridade legislativa [*law-making-authority*]. O Direito era o produto da vontade judicial [*judicial will*]. Não era descoberto, mas criado’ [Wesley-Smith 1987:74]. O prestígio de Bentham na segunda metade do século XIX e ao longo de todo o século XX (com flexibilização talvez na sua última década) fez transmitir parte de seu ceticismo (em relação à teoria tradicional sobre o *common law*) a certos *Lords* da própria *House of Lords*. Veja-se, por exemplo, o seguinte

O projeto político de Bentham era, como já vimos, reformar todo o *common law*. Para ele, *case law* era, na verdade, *judge-made law*. ‘Ele o detestava – informa Evans [1987:66] –, pois o *case law* ‘representava tudo de pior que há no sistema de *common law*, constituindo um Direito sem forma determinada ou fronteiras definidas’. Bentham e seus discípulos iniciaram uma campanha – extremamente influente, apesar de não ter conseguido levar adiante o projeto de codificação do *common law* – destinada a alcançar a *certeza* jurídica, ‘removendo de uma vez por todas a discricionariedade dos juízes para ponderar entre a segurança jurídica e outras considerações’ [Evans 1987:67] qualquer que seja a natureza destas últimas. O Direito era visto apenas como um comando. Um resultado do trabalho de Bentham foi desencantar o Direito, ao negar qualquer valor à teoria declaratória, tida como uma ‘ficção infantil’ cuja única função prática seria a de camuflar o arbítrio judicial e encobrir as fronteiras do poder de criação do Direito exercido pelos magistrados. A ênfase da teoria de Bentham no sentido de que o Direito é apenas um comando do soberano impediu a ele e a Austin aceitar a natureza costumeira do *common law*, segundo a qual se poderia produzir normas pela aceitação paulatina e costumeira. O direito positivo necessitava, acima de tudo, ser *certo*: e foi essa visão ‘do Direito como um conjunto de atos positivos’ que influenciou a abordagem do precedente judicial [Evans 1987:70]. O Direito judicial – todo o Direito judicial – passou a ser compreendido apenas como uma criação humana, um ato de produção do Direito por delegação do soberano. Juízes não podem cometer erros quando, na ausência de um precedente aplicável, decidem casos concretos. A teoria do precedente do século XIX, portanto, ao ser alimentada pelo positivismo radical de Bentham, criou condições para que fosse dado um passo a mais e que se passasse a negar expressamente a teoria de Blackstone, segundo o qual o precedente *injusto* ou *manifestamente irracional* não faz parte do *common law*. Como o juiz está necessariamente vinculado ao *common law*, inclusive às regras que são produzidas quando a corte cria normas injustas ou irracionais, ele deve obediência a elas, da mesma forma.¹⁰²

Interessante observar que a forte crítica de Bentham, longe de servir para impor rígidos limites e controle à atividade jurisdicional, na realidade abriu caminho para o fortalecimento dos precedentes judiciais. Com seu primeiro ensaio nas considerações de *Lord Eldon*, por ocasião do julgamento do caso *Fltcher vs Sondes*, a tese do efeito estritamente vinculante (*strictly binding*) do precedente horizontal foi sedimentada no julgamento do caso *London Tramways Co. vs Londn County Concl*, decidido no ano de 1898.¹⁰³

Durante praticamente seis décadas a *House of Lords* dotou seus precedentes de *efeitos pétreos*, isto é, não ousou decidir em desconformidade com os precedentes, para que, desse modo, pudesse garantir a segurança jurídica propalada por Bentham. Apenas em 1966 *Lord*

trecho de *Lord Reid*: ‘Houve um tempo em que era praticamente indecente sugerir que os juízes criavam o Direito – eles apenas o declaravam. Aqueles com gosto para contos de fada pareciam ter pensado que o *comon law* em todo o seu esplendor se encontrava escondido em uma espécie de cova de Aladim, e que na ocasião da nomeação de um juiz descesse sobre ele uma espécie de conhecimento de palavras mágicas como ‘Abre-te Sésamo’. Más decisões seriam tomadas quando o juiz confundisse a senha de passagem e uma porta erada se abrisse. Mas nós não acreditamos mais em contos de fada’. [Reid 1973:22]. In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 73-74.

¹⁰² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 88-89.

¹⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 77.

Gardiner, na qualidade de *Lord Chancellor*, anunciou por intermédio de um *practice statement* a possibilidade de alteração e superação dos precedentes em consagração à necessidade de promoção da justiça no caso concreto:

A regra do *stare decisis*, na sua versão mais forte – que abarcava não apenas a vinculação vertical, mas também a tese de que a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* estariam vinculadas pelas suas próprias decisões anteriores -, foi constituída em um tempo relativamente recente e teve duração relativamente curta, se considerarmos o longo período de vigência continuada do *common law* inglês. A tese do efeito estritamente vinculante (*strictly binding*) do precedente horizontal foi insinuada pela primeira vez por *Lord Eldon*, em 1827, no caso “*Flatcher vs Sondas*” [c. Pugsley 1998:248], defendida com especial ênfase na metade do século XIX por *Lord Campbell* – especialmente em “*Beamish vs Beamish*” no ano de 1861 – e vindo a ser definitivamente sedimentada apenas no caso “*London Tramways Co. vs Londn County Concil*” decidido no ano de 1898. Essa doutrina, no entanto, em face das poderosas objeções enfrentadas ao longo da primeira metade do século XX, veio a ser flexibilizada em 1966, quando foi anunciado por *Lord Gardiner*, então *Lord Chancellor*, um *Practice Statement* através do qual os *law lords* reconheceram que “uma aderência excessivamente rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular, bem como indevidamente restringir o correto desenvolvimento do Direito”.¹⁰⁴

3 - A TRADIÇÃO JURÍDICA *CIVIL LAW*.

3.1 - A FORMAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA *CIVIL LAW*. A IDEOLOGIA REVOLUCIONÁRIA FRANCESA E O CIENTIFICISMO OITOCENTISTA.

A tradição jurídica *civil law* é historicamente anterior ao advento da *common law*. A data associada à sua origem é 450 a.C, com a publicação da Lei das Doze Tábuas em Roma,¹⁰⁵ ao passo em que, como visto nos tópicos precedentes, a história da *common law* remonta ao ano de 1066, quando os normandos venceram a batalha de Hastings e conquistaram o território que hoje corresponde à Inglaterra.¹⁰⁶

Cuida-se de tradição jurídica de inegável relevo e importância no mundo ocidental. Prevalece na Europa continental, figura em toda a América Latina, em inúmeros sistemas jurídicos na Ásia e na África, além de ser adotada em determinadas circunscrições de países cujos

¹⁰⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 77-78.

¹⁰⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 23.

¹⁰⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 24.

ordenamentos são edificados sob a *common law*, a exemplo do estado da Luisiana, nos EUA e do Quebec, no Canadá.¹⁰⁷

É necessário esclarecer que a tradição jurídica *civil law* não possui uma gênese simplificada, uma origem histórica que possa ser identificada em um tronco comum (como sucede com a tradição da *common law*). Segundo John Henry Merryman, a tradição *civil law* deriva da combinação de elementos de distintas “subtradições” jurídicas. Tais subtradições são o direito civil romano, o direito canônico, o direito comercial, “a revolução” e a ciência jurídica.¹⁰⁸ É necessário, portanto, investigar a formação do *civil law* à luz desses elementos.

A mais antiga dessas subtradições consiste no direito civil romano. Conforme visto no primeiro tópico do presente trabalho, o direito romano do *período clássico* era notadamente marcado pela prática casuística, construído a partir da análise de casos pelos juristas. O direito subjetivo não era encontrado em premissas postas dentro de um sistema de normas escritas, mas estabelecido a partir dos éditos dos magistrados (*iudex*) e reunidos nas obras dos jurisconsultos. Esse movimento fez com que as compilações dos jurisconsultos passassem à categoria de *fonte do direito romano*.¹⁰⁹

Ocorre que, no período de decadência do império romano, conhecido como baixo império, a partir do século IV d.C, ocorreu um forte processo de vulgarização do direito, principalmente após a ruptura que deu origem ao Império Romano do Oriente e ao Império Romano do Ocidente, quando os costumes e tradições dos povos germânicos foram inseridos ao direito romano.¹¹⁰

¹⁰⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 23.

¹⁰⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 27.

¹⁰⁹ “O direito romano do período clássico é principalmente o direito dos juristas e é privado, sendo, para Max Kaser, direito civil e processual civil. Trata-se do período em que reconhecidamente ‘fontes de direito especificamente romanas dominaram os [...] os éditos dos magistrados e a *jurisprudência*, fixadas nos escritos dos *jurisconsultis*’. Esse direito dos juristas, apesar de fortemente influenciado pela casuística, não se confunde com o sistema da *common law* que irá se desenvolver mais tarde nos países anglo-saxões, pois não apresentava a eficácia vinculativa das decisões, nos termos da regra do *stare decisis*. Contudo, a lógica de aplicação do direito é muito similar, já que não se parte de uma premissa posta no sistema como direito subjetivo, mas sim da possibilidade de acionar em juízo para o reconhecimento do direito.” In ZANETI JUNIOR, Hermes. 2014, p. 220.

¹¹⁰ “Com a queda do império romano no Ocidente, o direito romano perdeu seu dinamismo. Versões mais rudimentares e menos sofisticadas do direito civil romano foram aplicadas pelos invasores aos seus próprios costumes legais germânicos, os quais, sob a regra de que o direito de um nacional deveria acompanhá-lo onde quer que ele fosse ou estivesse foram aplicados a eles próprios, mas não aos povos conquistados. Ainda assim, ocorreu a fusão de algumas normas tribais germânicas com as instituições jurídicas romanas autóctones, o que se passou em algumas partes da Itália, na França e na península ibérica. Esse movimento produziu através dos

Objetivando resgatar a glória do império, Justiniano de Constantinopla – imperador no século VI d.C – incumbiu uma comissão de jurisconsultos, capitaneada por Triboniano, de elaborar um corpo escrito de normas que espelhassem sistematicamente o direito romano do período clássico.¹¹¹

Além de considerar que o direito tornara-se decadente, Justiniano desejava acabar com o grande número, extensão e variedade de comentários e tratados jurídicos então existentes, reunindo todo o direito em um único corpo de normas (em um código), que deveria eliminar as dúvidas, obscuridades e contradições existentes no direito daquele período, além de se apresentar como suficiente para a resolução de quaisquer questões.

Para esse fim, Justiniano procurou tornar esse diploma legal a única fonte autorizada do direito, abolindo a autoridade dos jurisconsultos¹¹² e rompendo com o direito então existente. Esse trabalho resultou no que hoje é denominado *Corpus Juris Civilis*:

Justiniano, o imperador romano que vivia em Constantinopla, tinha duas principais preocupações ao ordenar a elaboração, sob a direção do jurista Triboniano, daquilo que hoje é denominado *Corpus Juris Civilis*. Primeiro, ele era um reacionário: considerava o direito romano de sua época decadente; ele procurou resgatar o sistema legal romano de muitos séculos de deterioração para lhe restituir sua pureza e grandiosidade. Em segundo lugar, o imperador era um codificador: a quantidade de material autorizado e semi-autorizado tinha se tornado tão grande, e incluía tantas filigranas e diferentes pontos de vistas, que pareceu desejável a Justiniano eliminar aquilo que estava errado, obscuro, repetitivo, e ainda resolver conflitos e dúvidas, como também organizar o que valia a pena preservar de alguma forma sistemática. Em particular, o que preocupava Justiniano eram o grande número, a extensão e a variedade dos comentários e tratados escritos pelos juristas (chamados jurisconsultos). Ele buscou tanto abolir a autoridade de quase todos os jurisconsultos – à exceção dos grandes nomes do período clássico – como também tornar desnecessário que outros estudiosos prosseguissem a escrever novos comentários e tratados. Com a publicação do *Corpus Juris Civilis*, Justiniano proibiu qualquer referência posterior ao trabalho dos jurisconsultos. As obras destas sumidades que ele aprovou foram incluídas no *Corpus Jusris Civilis*, e dali por diante qualquer referência deveria ser feita somente a este ordenamento, e não às autoridades originais. Ele também proibiu a elaboração de quaisquer comentários sobre a própria

séculos o que os europeus ainda definem como o direito romano ‘vulgarizado’ ou ‘barbarizado’, e que hoje interesse principalmente aos historiadores do direito. O projeto de Justiniano era não só o de renascimento do direito romano, mas do renascimento do próprio Império Romano. Ele era o imperador da porção ocidental, ou Bizácio”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 30.

¹¹¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 29.

¹¹² Vale salientar que Justiniano não suprimiu por completo as obras dos jurisconsultos. Na realidade, o próprio *Corpus* foi resultado do trabalho dessa comissão de jurisconsultos. Com efeito, o imperador inseriu no *Codex* as obras dos maiores jurisconsultos do período clássico, dentre as quais as *Institutas* de Gaio. Todavia, para sedimentar a autoridade do *Corpus Juri Civilis*, Justiniano proibiu a edição de comentários à codificação. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 94.

compilação que ele realizara. Em outras palavras, o imperador procurou abolir todo o direito anterior exceto aquele que fora incluído no *Corpus Juris Civilis*, além de decidir que o que constava de sua compilação seria adequado para a solução dos problemas legais sem a necessidade de recurso a outras interpretações e comentários de juristas.¹¹³

A *ideologia* que inspirou o *Codex Justiniani* se estribou na concepção de uma legislação escrita, unificada, completa, sistemática e clara ao ponto de dispensar a consulta ao trabalho dos jurisconsultos clássicos (além de pretender inibir a edição de novos comentários). Isto com o propósito de conferir unidade ao direito romano e expurgar o direito vulgar que se instalara no período do baixo império. O *Corpus Juris Civilis* marcaria, assim, a ruptura com o direito existente e inauguraria a revitalização do direito clássico romano.

Conforme salienta Hermes Zaneti Júnior, “*aqui começa a história da concentração das fontes do direito, e a tentativa de sua sistematização como forma de precluir a interpretação para os juízes*”.¹¹⁴

A história testifica que a ambição de Justiniano restou fadada ao insucesso e o *Corpus Juris Civilis* foi esquecido por séculos. Todavia, ao final do século XI, no período da renascença medieval, houve o “ressurgimento do direito romano”, com a adoção do *Corpus Iuri Civilis* como principal objeto de estudo de direito em Bolonha, na Itália, berço da primeira Universidade Moderna da Europa.¹¹⁵

¹¹³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 29.

¹¹⁴ “O *Corpus Iuri Civilis* de Justiniano, surgido nessa época, traz a matriz de todas as codificações modernas de que os sistemas tradicionais de direito civil se preocupam. Dividia-se em livros, das pessoas, das coisas, das obrigações. Justiniano, imperador romano que vivia em Constantinopla, encarregou o jurista Triboniano (e uma comissão de dez membros, que contava ainda com Teófilo) de elaborar o *Corpus Iuri Civilis*. Para bem compreender a tarefa, é preciso perceber que Justiniano havia estudado direito e pensava restituir ao império romano a sua glória através da estabilização da lei, era um reacionário, queria o retorno ao direito romano; lembra-se, primeiro, que o direito estava em franco processo de vulgarização, desde o Código Teodosiano e da queda do Império do Ocidente, e segundo, que o imperador tinha um espírito codificador: ‘Justiniano estimou conveniente eliminar o que estava errado ou fosse obscuro ou repetitivo. Resolver os conflitos e as dúvidas; e organizar o que convinha observar em forma sistemática. Para que fosse possível dar consistência e unidade à sua obra legislativa, Justiniano proibiu toda referência ao trabalho anterior dos jurisconsultos romanos e também a elaboração de comentários, buscando assim a manutenção do sentido unívoco de sua codificação. Esse monumental trabalho veio vazado em quatro partes: o Código (*Codex Justiniani*) em 529, elaborado para substituir o Código Teodosiano; o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*), com a compilação dos escritos dos jurisconsultos do período clássico; as Institutas (*Institutiones Justiniani*); e as Novelas (*Novellae* ou *leis novas*).” In ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes.** Salvador: editora JusPodivm. 2015, p. 89.

¹¹⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 31.

Entendido como um diploma erudito, representativo de uma cultura jurídica ancestral mais aprimorada,¹¹⁶ o *Corpus Iuri Civilis* de Justiniano se tornou a plataforma para formação dos juristas de toda a Europa continental:

Dentro de um curto espaço de tempo, Bolonha e as outras universidades do norte da Itália transformaram-se no centro jurídico do mundo ocidental. De toda a Europa chegavam pessoas para estudar o direito conforme ele era ensinado nas universidades italianas. O direito positivo estudado era o *Corpus Iuris Civilis*, e o latim era a língua comum utilizada neste estudo. Havia uma sucessão de escolas de pensamento sobre a forma adequada de estudar e explicar o *Corpus Juris Civilis*. Especialmente proeminente, tanto por suas visões sobre o direito e os seus estilos didáticos, eram os grupos de acadêmicos conhecidos como ‘Glosadores’ e ‘Comentaristas’. Eles produziram uma literatura imensa, a qual se transformou ela mesma em objeto de estudo e discussão, que atingiu grande autoridade. Aqueles que haviam estudado em Bolonha retornavam a seus países e estabeleciam universidades, onde também ensinavam e estudavam o direito baseado no *Corpus Juris Civilis*, de acordo com o estilo dos Glosadores ou dos Comentaristas. Desta forma o direito civil romano e as obras dos Glosadores e Comentaristas constituíram a base de um direito comum europeu, que atualmente é denominado de *jus commune* pelos historiadores do direito. Havia, assim, um corpo comum de leis e de doutrina, uma linguagem jurídica compartilhada, e um mesmo método de ensino, pesquisa e estudo.

Com isso, o direito romano tornou-se a fonte remota do direito que se desenvolveu na Europa continental e que constituiu a tradição *civil law*. O direito romano foi a base para a formação do “direito comum europeu”,¹¹⁷ e se manteve nos sistemas jurídicos do *civil law* mesmo após a ruptura do *jus commune*. Muitos institutos do direito civil romano foram incorporados ao Código de Napoleão e serviram de objeto de estudos para a formação da moderna ciência do

¹¹⁶ “Havia muitas razões para esta atenção especial com o *Corpus Juris Civilis* e para a desconsideração com outros corpos de direito existentes. Em primeiro lugar estava a concepção de conhecimento característica da Europa medieval, segundo a qual os europeus de então se consideravam ‘anões sobre os ombros de gigantes’. A antiga sabedoria dos gigantes estava encerrada em grandes livros: a Bíblia, as obras dos pais da igreja, as obras de Aristóteles. O grande livro de direito era o *Corpus Juris Civilis*, e especialmente o *Digesto*. Seu conteúdo era o direito romano, o direito do Império e o direito da Igreja (uma vez que a igreja vivia sob o direito romano). Como tal, este diploma continha a autoridade do papa e os poderes temporais do Imperador por trás de si. Isto o tornava em muito superior, tanto em força como alcance, seja em relação a um príncipe local, às regulações de uma guilda, ou aos costumes locais. Em segundo lugar, os juristas reconheciam a alta qualidade intelectual do *Corpus Juris Civilis*. Viam nesta obra, que denominavam ‘a razão escrita’, algo muito superior às compilações barbarizadas que haviam entrado em vigor sob os invasores germânicos. O *Corpus Juris Civilis* trazia consigo não apenas a autoridade do papa e do imperador, como também a autoridade de uma civilização e de uma inteligência obviamente superiores”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 31.

¹¹⁷ Esse “direito comum” da Europa continental não se confunde com o *common law* da Inglaterra. Diferente do que ocorreu na parte continental, o direito comum da porção insular não teve o direito civil romano como matriz, mas desenvolveu-se a partir de suas próprias instituições jurídicas históricas, a partir dos precedentes das Cortes Reais, que aplicavam o chamado *comune ley ou common law*. (cf. DAVID, René. **O Direito Inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2006, p. 4). Na realidade, a Inglaterra resistiu a esse movimento de efervescência intelectual do período do renascimento e às doutrinas dos acadêmicos continentais, pois as Glosas e os Comentários dos assim chamados *civilians* serviam como instrumentos para a perpetuação do Poder Monárquico (cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 32).

direito alemã (jurisprudência dos conceitos). Com efeito, inúmeros institutos do direito civil romano se observam até hoje nos sistemas jurídicos de tradição *civil law*.

A segunda subtradição mais antiga da *civil law* consiste no direito canônico da Igreja Católica Apostólica Romana. Embora inicialmente se tratasse de normas dirigidas às condutas dos fiéis no domínio de sua fé, o corpo de leis e procedimentos que compunha o direito canônico¹¹⁸ começou a ser estudado nas universidades italianas juntamente com o direito romano, principalmente para versar acerca de questões ligadas ao direito de família, direito das sucessões, direito penal e direito processual.

O estudo conjunto do direito canônico ao direito romano fez com que ambos se influenciassem mutuamente e fossem disseminados em toda a Europa continental, por intermédio das glosas e dos comentários dos juristas acadêmicos, constituindo o substrato que serviu de principal base para a formação do *jus commune*,¹¹⁹ isto é, do “direito comum” da Europa continental.

A terceira subtradição jurídica da *civil law* consiste no direito comercial. Diferente do direito romano e do direito canônico, que eram encontrados em livros e dominados pelos juristas acadêmicos, o direito comercial foi produzido nas cortes comerciais, constituídas por comerciantes leigos. Nessas cortes, predominavam como fontes do direito os interesses e as necessidades comerciais.¹²⁰

¹¹⁸ “Muitas coleções e sistematizações com o material do direito canônico foram reunidas, e ao tempo do renascimento bolonhês um corpo substancial de direito canônico escrito estava disponível para estudo. O *Decretum*, de Graciano, em si uma compilação, foi para o direito canônico aquilo que o *Digesto* representou para o direito romano.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 33.

¹¹⁹ “O estudo do direito canônico era reunido ao estudo do direito civil nas universidades do moendo da *civil law*. Os estudantes seguiam os cursos de ‘ambos os direitos’. O grau conferido ao estudante que completava o curso integral era denominado *Juris Utriusque Doctor*, ou Doutor em Ambos os Direitos, referindo-se ao direito canônico e ao direito civil (o grau J.U.D ainda é concedido em algumas universidades do mundo da *civil law*). Por serem estudadas juntamente nas universidades, havia uma tendência de que as duas disciplinas se influenciassem mutuamente; e o direito canônico, assim como o direito civil romano, ajudou a formar o *jus commune* que foi subsequentemente recepcionado pelos estados europeus. O direito canônico influenciou o *jus commune* principalmente em áreas como direito de família e de sucessões (ambos partes integrantes do direito civil romano), direito penal, e legislação processual. Na época em que foi suprimida a jurisdição civil das cortes eclesiásticas da Europa, mitos princípios e instituições de direito material e processual que elas haviam desenvolvido já tinha sido adotadas pelas próprias cortes reais.” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 34.

¹²⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 36.

Aqui se observa que, nesse período, os precedentes também eram fontes do direito. De fato, “a jurisprudência tinha caráter unificante e serviu durante o direito comum para auxiliar no processo de unificação do Estado, sendo inclusive naquele período, entre os séc. XVI e XVIII, identificáveis em diversos locais o surgimento de precedentes com caráter vinculante”.¹²¹

Esse direito resultante das cortes comerciais, das atividades das guildas e das cidades marítimas italianas penetrou em toda a Europa, inclusive na Inglaterra, transformando-se em um direito comercial comum, recepcionado posteriormente, inclusive, pelos estados-nações surgidos no período posterior à queda do *jus commune*.¹²²

Essas três primeiras subtradições jurídicas são a base do direito que se encontra materializado nos códigos básicos dos sistemas de tradição *civil law*: o código civil, processo civil, comercial, penal e processo penal.¹²³

A quarta subtradição jurídica consiste no movimento que Merryman denomina “a revolução”.¹²⁴ Os eventos históricos que se observam a partir do século XVIII, de derrubada de governos e instituição de novas ordens jurídicas – dentre os quais atentaremos com maior ênfase à revolução francesa – é o resultado último de uma revolução que, em suas primícias, foi fundamentalmente intelectual.¹²⁵

Cuida-se de um modelo de pensamento político e filosófico, nascido e desenvolvido com maior vigor na França, que orientou a reformulação do direito público europeu e determinou um novo arquétipo de administração e organização dos sistemas jurídicos, particularmente no que diz respeito às normas de direito material e processual.¹²⁶

Essa revolução intelectual lançou as *bases ideológicas* que passaram a distinguir com maior nitidez as duas maiores tradições jurídicas ocidentais. Na realidade, é justamente nessa nova

¹²¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 91.

¹²² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 36.

¹²³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 36.

¹²⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 39.

¹²⁵ “O acadêmico doutrinador é o real protagonista da tradição da *civil law*. A *civil law* é um sistema de direito dos professores. [...] Grande parte da ideologia da codificação francesa proveio de fontes acadêmicas e filosóficas, incluindo as obras de homens como Puffendorf e Montesquieu. Esta ideologia posteriormente passou a predominar na interpretação e aplicação dos códigos na França, e foi adotada nos países da *civil law* cujos códigos foram elaborados segundo as diretrizes do modelo francês [...]”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 92-93.

¹²⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 31.

concepção política e filosófica que se encontra o traço basilar de diferenciação da atividade jurisdicional do *civil law* em comparação ao *common law*.

A aludida orientação ideológica funda-se sobre basicamente sete postulados: (1º) direito natural secular; (2º) estrita separação dos poderes governamentais; (3º) racionalismo; (4º) antifeudalismo; (5º) liberalismo burguês; (6º) estatismo e (7º) nacionalismo.

O direito natural secular fundava-se na concepção de que todos os homens nascem iguais e possuem certos direitos à propriedade, à liberdade e à vida. Ao Estado, ente soberano, cumpriria a tarefa de reconhecer e assegurar tais direitos. O governo deveria ser constituído por representantes eleitos e esses formulariam leis que dispensassem tratamento igual para os cidadãos.¹²⁷

Esse primeiro postulado representava uma reação contra determinadas instituições da aristocracia feudal – dentre as quais, a “aristocracia de toga” –, em que se conferia *status* social, privilégios e até cargos públicos com amparo na propriedade de terras de determinadas famílias:

As instituições sobreviventes do feudalismo, que conferiam *status* social e cargos públicos com base na propriedade da terra, eram claramente incompatíveis com essas ideias. Assim funcionavam outros tipos de aristocracia, baseadas em considerações distintas da propriedade da terra, como a aristocracia de toga. Antes da Revolução Francesa, os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades que poderiam ser compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um desses cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média, além de se opor à centralização do poder governamental em Paris. Quando a revolução chegou, a aristocracia foi derrubada, e com ela a aristocracia de toga.¹²⁸

O segundo postulado consistiu na estrita separação dos poderes governamentais, com destaque para a doutrina de Montesquieu. Em síntese, Montesquieu vislumbrou na lei civil a garantia de liberdade e de igualdade. O autor “iluminista” enunciou que em todo tipo de estado existem fundamentalmente três ofícios, ou poderes: o de legislar, o de executar as leis e

¹²⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 40.

¹²⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 40-41.

o de julgar conforme as leis. Eis o princípio aristotélico da separação dos poderes em Montesquieu.¹²⁹

Ele estabeleceu distinções entre o governo que denomina “aristocrático” (concentrado em determinado grupo privilegiado na sociedade civil) e entre o governo democrático (diluído igualmente entre os cidadãos da sociedade civil). O objetivo primordial era enaltecer uma forma de governo pautada na igualdade e na liberdade (valores próprio do modelo democrático) em detrimento da estrutura aristocrática de governo.

O Parlamento seria o órgão de representação democrática por excelência. Por outro viés, para reprimir os abusos da magistratura aristocrática, defendeu-se a necessidade de clara distinção entre as atividades legislativa e executiva, da atividade judicial.¹³⁰ Essa linha de pensamento sustentou que a única forma de prevenir tais abusos seria apartar dos magistrados as funções legislativa e executiva, regulamentando-se cuidadosamente o funcionamento do judiciário.¹³¹

Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se os esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua

¹²⁹ Importante destacar que a doutrina da separação de poderes não foi concebida por Montesquieu. Na realidade, a gênese da teoria parece remontar à Grécia antiga, às obras de Aristóteles, especialmente ao compêndio denominado “A Política”.

¹³⁰ “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer o outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, porque se pode temer o que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz teria a força de um opressor”. In MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O Espírito Das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000, p. 168.

¹³¹ Neste ponto, Merryman traça importante distinção em relação ao *common law*: “Esta atitude em relação ao poder judiciário não existia nos Estados Unidos nem antes, nem depois da Revolução Americana. O sistema de freios e contrapesos que surgiu nos Estados Unidos não enfatiza de forma especial o isolamento do poder judiciário, pois se origina de uma filosofia diferente encontrada no mundo da *civil law*. [...] Nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao contrário, havia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes tinham se constituído em uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante, tendo tido um papel também importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. Não existia o temor do juiz legislador e da interferência judicial em assuntos da administração. Ao contrário, o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento da *common law* era familiar e bem-vindo. Aceitava-se que os juízes tivessem o poder de *mandamus* (compelir a administração e seus agentes a cumprir seu dever legal) e de *quo warranto* (questionar a legalidade de um ato praticado por um agente público. O judiciário não era o alvo da Revolução Americana no sentido em que ele o foi na França.” in MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 40

execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do poder judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo.¹³²

De modo particular, Montesquieu destilou grande descrédito em relação à atividade dos magistrados (que, em sua época compunham seletos grupos da aristocracia feudal). É necessário destacar que o próprio Montesquieu herdou de sua família o cargo de magistrado – *Président à mortier no Parlement de Bourdeaux* –, ofício que exerceu por aproximadamente uma década. Depois de renunciar ao cargo, o autor denunciou as “*relações espúrias dos juizes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes*”.¹³³ Assim, Montesquieu concebeu o judiciário como um “poder nulo”, o juiz como um ente “inanimado”, com a função restrita de ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”.¹³⁴

[...] o ‘poder de julgar’ deveria ser exercido mediante uma atividade puramente intelectual, capaz de apenas revelar o direito já produzido pelo Parlamento. Se o ‘poder de julgar’ não estivesse separado do poder Legislativo, ‘o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador’. O ‘poder de julgar’ também é limitado pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões. Não fosse assim, ‘o juiz poderia ter a força de um opressor’. Diante disso, como ao juiz deveria ficar reservado somente o poder de dizer o que já havia dito pelo Legislativo, concluiu Montesquieu que o ‘poder de julgar’ era, de qualquer modo, um ‘poder nulo’ (*em quelque façon, nulle*).¹³⁵

Como se verá mais adiante, esse modelo idealizado de administração da justiça implicou profundas consequências em relação à jurisdição na França, particularmente em relação à atividade interpretativa dos órgãos jurisdicionais e à (ausência de) força de seus precedentes.

¹³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 41.

¹³³ “É interessante notar que a ideia de calar o juiz não apenas se funda na necessidade de não permitir qualquer interferência sobre a vontade geral, expressa na lei. Existiam boas razões para não se confiar na magistratura. Os juizes pré-revolucionários exerciam suas funções em nome dos seus interesses pessoais. Mantinham laços espúrios com as classes privilegiadas, especialmente com a classe feudal; os cargos judiciais eram herdados e comprados. Aplicavam ou não aplicavam a lei, elaborando decisões sem qualquer fundamento. Aliás, no período da monarquia absolutista os juizes enfrentaram o próprio soberano, assumindo funções praticamente legislativas. Na batalha entre os juizes e o monarca a arma dos primeiros foi a manipulação da lei, de modo que também uma história secular demonstrava aos revolucionários a necessidade de preservar e tutelar a autoridade da lei contra os corpos judiciais.” In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 27.

¹³⁴ “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” In MONTESQUIEU, Charles-Louis de. 2000, p. 175.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 26.

O racionalismo, terceiro postulado teórico da “Revolução”, partia da presunção de que a razão humana poderia alcançar um modelo de codificação coerente, completo e claro, ao ponto de atender às necessidades da sociedade e do governo, tornando desnecessário que o judiciário elaborasse o direito.¹³⁶

É necessário compreender que o espírito revolucionário francês objetivava com afincamento a completa supressão do *ancien régime*. Apregoava-se, assim, que as ordens jurídicas históricas existentes poderiam ser revogadas para dar lugar a um direito construído sob o império da razão, baseada em “princípios fundamentais inquestionáveis”.¹³⁷

Como se nota, “a revolução” era inspirada pelo desejo de extinguir por completo o sistema político-jurídico e social do *ancien régime*. Essa repulsa ao sistema aristocrático consistia no postulado ideológico do antifeudalismo (quarto postulado). Combateu-se as instituições jurídicas, tanto na estrutura de governo, quanto na administração da justiça.¹³⁸

O liberalismo burguês (quinto postulado) foi o principal substrato de valores que impregnaram as orientações políticas e filosóficas da revolução. A transição de um sistema baseado no *status social* (sociedade aristocrática) para uma dinâmica ancorada na liberdade de contratar resultou em uma ênfase exagerada na propriedade privada e nos direitos de liberdade.¹³⁹ Na realidade, a ideologia liberal – pautada no indivíduo e sua autonomia – apregou a concepção de “estado mínimo”, o que trouxe profundas consequências para o esquema de administração da justiça e para o desenvolvimento do direito.

Os dois últimos postulados da revolução, estatismo e nacionalismo, podem ser identificados como o movimento de “glorificação do estado secular”. O estatismo consistiu no fortalecimento do Estado como ente soberano, detentor do monopólio da força e do direito.

¹³⁶ “Se a insistência na total separação dos poderes legislativo e judiciário determinou que os códigos fossem completos, coerentes e claros, o espírito prevalecente de racionalismo otimista persuadiu seus seguidores de que era possível projetar uma legislação sistemática, que teria aquelas características até o ponto em que a função do juiz estaria limitada a encontrar o dispositivo legal aplicável no código e lhe atribuir o seu significado óbvio no contexto do caso. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 57.

¹³⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. 2009. p. 42.

¹³⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 42.

¹³⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 43.

Buscava-se abolir a estrutura descentralizada e ineficiente do contexto medieval, para que fosse sedimentado um sistema de governo concentrado no ente soberano, no príncipe.¹⁴⁰

Dentre as obras do período, sobressai a do contratualista Jean-Jacques Rousseau.¹⁴¹

De seu turno, o nacionalismo representou a afirmação da identidade, em seus ideais e feições culturais, de cada nação em seu respectivo sistema jurídico. A premissa básica do nacionalismo era a concepção de soberania, e a soberania detinha dois vieses: um externo e um interno.

No plano externo, a soberania implicava a afirmação do estado-nação frente aos demais estados-nações. É nesse marco histórico que ocorre o fim do *jus commune*.¹⁴² Todo o direito seria doravante produzido pelo próprio estado-nação, extirpando-se a autoridade de qualquer norma que não fosse editada ou reconhecida pelo ente soberano.

Portanto, nem normas de direito internacional, de um direito comum europeu,¹⁴³ tampouco direitos derivados de um meta-ordenamento, alógeno ao Estado, teriam autoridade sobre o

¹⁴⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 45.

¹⁴¹ Juntamente com Thomas Hobbes e John Locke, Jean-Jacques Rousseau compôs uma escola de pensamento acerca do estado denominada contratualismo. Em síntese, Rousseau a formação da sociedade decorreu de uma necessidade coletiva do homem, que por não ter capacidade para subsistir só, agregou-se a outros indivíduos. Com isso é estabelecido um pacto social, segundo o qual cada indivíduo abre mão de seu poder e liberdade em prol do coletivo, a fim de estabelecer um ente soberano, responsável pela tutela igualitária de todos os membros dessa sociedade: “*se, pois, retirarmos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, em vez de a pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu em comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, assim formada pela união de todas as demais, tomava outrora o nome de Cidade, e hoje o de República ou de Corpo Político, o qual é chamado por seus membros de Estado quando passivo, soberano quando ativo e Potência quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, eles recebem coletivamente o nome de povo e se chamam, em particular, cidadãos [...]*” In ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1996, 20-23.

¹⁴² ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: editora JusPodivm. 2015, p. 92.

¹⁴³ Aqui, Merryman traceja outra importante distinção em relação ao *common law*: “*É importante compreender que o positivismo estatal era muito mais enfatizado, de forma consciente e acentuada, na Europa continental do que na Inglaterra, durante este período de mudança revolucionária. Uma razão para isto, é claro, foi a natureza mais tranquila, gradual e evolutiva da revolução inglesa. Na Inglaterra, muitas das formas de feudalismo foram preservadas, ao mesmo tempo em que sua substância foi transformada. Os ritos da Igreja estabelecida sobreviveram, porém a influência eclesiástica na forma e no conteúdo do processo legislativo diminuiu até finalmente desaparecer. Mais importante de tudo, a common law nativa da Inglaterra, que havia se desenvolvido em linhas bastante diferentes daquelas que caracterizam a common law continental, não sofreu rejeição em favor do interesse do estatismo, nacionalismo, positivismo e da soberania. Ao contrário, a common*

ente soberano.¹⁴⁴ Com efeito, as normas do *jus commune* eram aplicadas aos ordenamentos nacionais apenas na medida em que os próprios Estados assim determinavam.

Já no âmbito interno dos sistemas jurídicos, a soberania, enquanto instrumento teórico da ideologia nacionalista, foi representada na supremacia do legislativo. O ordenamento tornou-se fruto exclusivo da atividade legiferante do estado-nação (o que consolidou o positivismo estatal). A única *fonte do direito* nacional seria a lei, e a lei – expressão da soberania do estado – somente poderia ser editada pelos representantes eleitos democraticamente. No quadro da ideologia revolucionária, apenas as normas editadas pelo legislativo poderiam ser consideradas leis:¹⁴⁵

Assim, o positivismo estatal, como expressado no dogma da soberania absoluta interna e externa do estado, levou ao monopólio estatal do processo legislativo. A ênfase da revolução na estrita separação de poderes exigiu que a elaboração das leis fosse atribuída apenas a órgãos estatais especificamente designados a este mister. De acordo com aquela doutrina, os poderes legislativo e judiciário eram diferentes em gênero; para prevenir abuso, eles tinham que ser claramente separados um do outro. O poder legislativo por definição detém a prerrogativa do processo legislativo, de modo que apenas os legisladores poderiam responder à vontade popular.

Logicamente, tal esquema teórico não comportaria a doutrina do *stare decisis*, pois as doutrinas nacionalistas do estado-nação, aliadas à ênfase exacerbada no postulado da separação dos poderes (a reboque da ideologia liberal racionalista), apregoou que as decisões judiciais jamais poderiam ser consideradas leis.¹⁴⁶

law da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação. As implicações desta diferença de atitudes em relação à codificação dos mundos da civil law e da common law são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição do jus commune, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a common law, nenhuma necessidade de codificação foi sentida". in MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 47-48.

¹⁴⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 45.

¹⁴⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 49.

¹⁴⁶ “[...] a conhecida doutrina do *stare decisis*, típica da *common law*, - isto é, o poder e obrigação dos órgãos judiciais em basear seus julgamentos em decisões anteriores – é obviamente incompatível com o princípio da separação dos poderes, na forma em que a doutrina é formulada nos países da *civil law*, e por esta razão é rejeitada nesta tradição jurídica. [...] Tanto o positivismo estatal quanto o dogma da separação dos poderes requerem que os juízes recorram apenas à ‘lei’ ao decidir os casos. Parte-se do pressuposto de que, seja qual for o problema que se lhes apresente, os juízes serão capazes de encontrar alguma norma aplicável – seja a lei,

Na realidade, em termos práticos, os sistemas jurídicos de *common law* possuem códigos e abundante legislação produzida tanto quanto em um típico país do *civil law*.¹⁴⁷ Todavia, no “*sistema da common law da Inglaterra, as principais fontes do direito são constituídas de uma reunião assistemática de estatutos normativos, decisões judiciais e práticas consuetudinárias*”.¹⁴⁸ Por conseguinte, não é a existência de legislação escrita que diferencia as tradições, mas a ideologia subjacente aos códigos:

Se, entretanto, se considera o codificação não como forma, mas como expressão de uma ideologia e, além disso, se se tenta compreender esta ideologia e porque ela se manifesta em forma de código, então se pode perceber como faz sentido discorrer sobre códigos no direito comparado. É verdade que o estado da Califórnia tem uma série de assim chamados ‘códigos’, o mesmo ocorrendo em outras unidades federativas dos Estados Unidos, e o Código Comercial Uniformizado tem sido adotado na maior parte das jurisdições estatais americanas. Entretanto, embora se pareçam com códigos vigentes nos países da *civil law*, a ideologia a eles subjacente – a concepção sobre o que é um código e as funções que ele deveria representar no processo legal – não é a mesma. Há uma ideologia completamente diferente operando no mundo da *civil law*. Recordaremos que Justiniano, ao publicar o *Corpus Juris Civilis*, buscou abolir todo o direito anterior. Certos elementos da ordem jurídica antecedente foram, contudo, incluídos no próprio *Corpus Juris Civilis* e, por conseguinte, mantidos após sua promulgação. Do mesmo modo, os franceses, ao codificarem o seu direito, derogaram todo o direito anterior referente às áreas cobertas pelos códigos. Quaisquer princípios do direito anterior que fossem incorporados pelos códigos recebiam sua validade não da ordem jurídica antecedente, mas sim de sua incorporação e convalidação em forma de código. Justiniano e os codificadores franceses buscaram destruir o direito anterior por razões diferentes, mas análogas: Justiniano pretendia restabelecer um direito mais puro de uma era antiga, enquanto que os franceses almejavam estabelecer uma ordem legal inteiramente nova. Em ambos os casos os objetivos eram essencialmente utópicos.

um regulamento ou um costume válido. Eles não podem fundamentar suas decisões em doutrina ou jurisprudência, em substituição à norma.” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 49-50.

¹⁴⁷ “É comum se ouvir falar, às vezes por pessoas que deveriam saber melhor do que estão falando, que os sistemas da *civil law* são caracteristicamente sistemas de normas codificadas, enquanto que os sistemas da *common law* não são codificadas e baseiam-se em grande parte em decisões judiciais precedentes. [...] A diferença entre produção legislativa e judicial do direito pode ser enganadora. É provável que haja em um estado norte-americano típico pelo menos tanta legislação quanto aquela encontrada em um país europeu ou latino-americano. Assim como ocorre em um país da *civil law*, a legislação produzida validamente nos Estados Unidos tem força normativa, e espera-se dos juízes que a interpretem e a apliquem no espírito em que foram aprovadas. A autoridade da legislação é superior àquela decorrente das decisões judiciais; normas legais superam decisões judiciais contrárias (À parte questões constitucionais), mas não o oposto. A quantidade de legislação e o seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas da *common law* e da *civil law*.” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 53.

¹⁴⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 52.

O postulado da estrita separação entre os poderes, aliado à teoria rígida das fontes e ao racionalismo liberal, criou um modelo de administração da justiça no qual se acreditava que todas as soluções jurídicas para quaisquer controvérsias poderiam ser encontradas na legislação (*i.e.* nos códigos), sem que existisse sequer necessidade de interpretação dos enunciados jurídicos para que as normas fossem aplicadas. Objetivou-se excluir todo o papel criativo da atividade jurisdicional.

A atividade jurisdicional se resumiria em encontrar a norma jurídica adequada para solucionar a questão concreta. Uma vez identificado o dispositivo no texto legal, cumpriria ao magistrado implementar mero raciocínio silogístico, chancelando as consequências jurídicas previamente determinadas pelo legislador. O juiz seria um técnico, algo como um operador de determinado equipamento. Dele seria exigida apenas a expertise necessária para manusear corretamente o aparelho. Daí a expressão “operadores do direito”.¹⁴⁹

Nesse ponto, Merryman faz interessante alusão aos juízes (*iudex*) romanos. Antes do período imperial, os *iudex* normalmente eram leigos que desenvolviam simples função arbitral. Eles decidiam as controvérsias com amparo nas formulações do *preator*. Se necessitassem de instruções jurídicas, os *iudex* buscariam o aconselhamento dos *jurisconsultos*, profissionais formados no conhecimento jurídico.¹⁵⁰

O resultado é que embora haja uma semelhança superficial de funções entre o juiz da *civil law* e o juiz da *common law*, há disparidades substanciais quanto ao papel que cada qual desempenha. Em parte, o juiz da *civil law* contemporânea herdou um *status* e desempenha um conjunto de funções determinadas pela tradição que remonta ao *iudex* dos tempos romanos. Esta tradição, na qual ao juiz jamais foi reservado um papel muito criativo, foi reforçada pela ideologia antijudicial da revolução europeia e pelas consequências lógicas de uma doutrina racionalista de estrita separação dos poderes. O juiz no mundo da *civil law* desempenha um papel substancialmente mais modesto do que o juiz da tradição *common law*, e o seu

¹⁴⁹ “A imagem mais nítida do juiz é a de um operador de uma máquina desenhada e construída pelos legisladores. A função judicial é essencialmente mecânica. No passado, os grandes nomes da *civil law* não eram dos juízes (quem conhece um daquele período?), mas sim dos legisladores (Justiniano, Napoleão, Andrés Bello) e dos acadêmicos (Gaio, Ihering, Bartolus, Mancini, Domat, Pothier, Savigny e mais hostes de outros doutrinadores europeus e latino-americanos. Os juízes da *civil law* não são heróis da cultura ou figuras patriarcais, como nós os vemos com frequência. Sua imagem é a de um servidor civil que desempenha funções importantes porém essencialmente não criativas”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 66.

¹⁵⁰ In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 65.

sistema de seleção e vitaliciamento é compatível com este *status* assaz diferente atribuído ao exercício da magistratura.¹⁵¹

Na *common law*, cujas bases ideológicas são absolutamente distintas, a função jurisdicional é compreendida como fonte do direito e os magistrados são encarados como “figuras paternas”, pessoas de proeminência, verdadeiros “heróis culturais”. A magistratura é concebida como cargo público de grande prestígio e honra, os magistrados participam da construção e do desenvolvimento do direito. Suas decisões são objetos de estudos nas comunidades jurídicas e seus pensamentos orientam a atuação dos estudantes e demais profissionais do direito.¹⁵²

¹⁵¹ In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 67.

¹⁵² “Nós no mundo da *common law* conhecemos o que representam os juízes. Eles são heróis culturais, até mesmo figuras paternas. Muitos dos grandes nomes da *common law* são de juízes: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Nós sabemos que nossa tradição jurídica foi criada, cresceu e desenvolveu-se nas mãos dos juízes, que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que vincula os juízes que se lhes seguirão, através da doutrina do *stare decisis*, para que decidam similarmente casos semelhantes. Nós sabemos que há uma abundância de legislação em vigor, e reconhecemos que há uma função legislativa. Mas para nós a *common law* significa o direito criado e moldado pelos juízes, e nós ainda pensamos (com frequência de forma bastante imprecisa) que a legislação tem um tipo de função complementar. Estamos acostumados, no mundo da *common law*, ao controle judicial de constitucionalidade dos atos administrativos, e nos Estados Unidos o poder dos juízes em afastar a legislação inconstitucional, por inválida, é aceito sem maiores questionamentos temos conhecimento de que nossos juízes exercem poderes interpretativos muito amplos, mesmo quando o estatuto legal ou ato administrativo aplicáveis são considerados legalmente válidos. Não gostamos de usar frases dramáticas como ‘supremacia judicial’, mas quando confrontados a esta abordagem admitimos que esta é uma descrição justa do sistema da *common law*, particularmente nos Estados Unidos. Também sabemos de onde vêm nossos juízes. Sabemos que eles cursaram a faculdade de Direito e posteriormente tiveram carreiras bem sucedidas no setor privado ou no estado, frequentemente como promotores públicos distritais. Eles são indicados ou eleitos para posições no judiciário com base em uma variedade de fatores, incluindo o sucesso em suas atividades, sua reputação entre os demais advogados, e na influência política. A indicação ou a eleição para a judicatura ocorre como um tipo de coroação conquistada relativamente tarde em sua trajetória de vida. É uma forma de reconhecimento que traz respeito e prestígio. Os juízes são bem pagos, e se estiverem nos escalões judiciais mais altos, disporão de secretários e pesquisadores assistentes. Se estão na mais alta corte estadual ou em uma posição proeminente no judiciário federal, seus nomes poderão ser amplamente conhecidos. Suas opiniões serão discutidas nos jornais, analisadas e criticadas nos periódicos jurídicos. São pessoas muito importantes. Isto é o que os advogados da *common law* pretendem expressar quando falam sobre juízes. Mas no mundo da *civil law*, juízes representam um conceito completamente diferente. Lá eles são servidores civis, funcionários públicos. Embora haja importantes variações, o padrão geral é o descrito a seguir. A carreira judicial é uma dentre muitas possibilidades abertas a estudantes graduados em cursos universitários de direito. Logo após a graduação, se pretendem seguir uma carreira judicial, deverão se submeter a um concurso para aspirantes ao cargo e, caso sejam bem sucedidos, serão designados para um cargo inicial de juiz (na França e em muitas outras nações eles devem primeiro frequentar uma escola especial para juízes). Sem muita demora estarão ocupando o posto de juiz na base da hierarquia da organização judiciária. Com o tempo ascenderão na carreira judicial dependendo de fatores que combinam sua comprovada competência e antiguidade. Receberão aumentos salariais de acordo com planos de carreira pré-estabelecidos e integrarão uma organização de juízes que tem entre seus principais objetivos as melhorias salariais e de condições de trabalho e a defesa da inamovibilidade e vitaliciedade. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 63-64.

Todavia, impregnada por uma *ideologia* fortemente antijudicial, a “revolução” sedimentou um modelo de administração da justiça utópico, em que todo o processo criativo estaria excluído da atividade jurisdicional, pois os códigos seriam completos (desprovidos de lacunas), coerentes (sem conflitos internos de normas) e claros (livres de enunciados vagos, ambíguos, imprecisos ou obscuros). A exponencialização da doutrina da separação dos poderes conduziu à conclusão inicial de que o judiciário não deveria exercer qualquer função interpretativa:

A teoria das fontes, na qual predomina a lei, está fortemente ligada à soberania do legislador e ao *paleojuspositivismo* legalista. Neste processo histórico existiu uma grande desconfiança do juiz, não por acaso, pois os juízes, a magistratura francesa, eram membros da nobreza contra a qual se levantaram os revolucionários, mas também, por outro lado, uma desconfiança do direito comum, identificado com o soberano e com seus arbítrios ou, outra face da mesma moeda, com o decisionismo judicial dos próprios juízes, o *dog-law*, na célebre e crítica expressão de J. Bentham, com um claro *fetich*e de que a lei, traduzida na absorção de todo o direito pelo ato legislativo, seria capaz de garantir a democracia pela representatividade das casas políticas e que, a partir da sistematização fornecida pelos códigos, repositórios completos e unívocos do sentido do direito, haveria uma razão escrita para a qual não seria necessária a interpretação. [...] *Fetich*e da lei e desconfiança da magistratura e do direito comum resultaram no exacerbamento do princípio da legalidade e na vedação da interpretação pelos juízes e seu corolário: a impossibilidade de aplicação dos precedentes judiciais como fontes formais e gerais do direito, em uma palavra, a redução da função do juiz ao ‘juiz-boca-da-lei’.¹⁵³

Com efeito, nas primeiras configurações que seguiram à revolução francesa, a interpretação dos enunciados vertidos nos textos legais apenas poderia ser feita pela própria legislatura. Concebeu-se que, nas “raras” hipótese em que a lei não solvesse o problema *per si*, o magistrado deveria encaminhar o caso concreto para que o legislador definisse a interpretação da norma adequada naquela situação específica. Esse era o *référé législatif*, ou “interpretação autêntica”.¹⁵⁴

Para inibir o desrespeito ao *référé législatif*, vislumbrou-se a necessidade de criação de um órgão de controle da atividade jurisdicional. Para solver o problema, foi criado um novo órgão governamental, externo ao poder judiciário, com o poder de *cassar* (*cassation*) as decisões da Cortes que imprimissem “incorreta interpretação” às normas jurídicas, sem, contudo, produzir

¹⁵³ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes:** O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: editora JusPodivm. 2015, p. 77-78.

¹⁵⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law:** Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 69.

interpretações autorizadas dos diplomas legislativos. Esse novo órgão governamental era o Tribunal de Cassação.¹⁵⁵

Todavia, com pouco tempo a interpretação autêntica se mostrou impraticável, pois as questões encaminhadas pelas Cortes acabaram abarrotando o legislativo. Surgiu, com isso, um dilema teórico: a ideologia revolucionária repudiava a possibilidade de o judiciário interpretar os textos legais. Por outro lado, a legislatura não teria condições de dar resposta a todas as questões apresentadas.

Assim, gradativamente, além de cassar a decisão incorreta, o Tribunal de Cassação começou a indicar qual a interpretação adequada para o caso. Nesse período, perdeu-se de vista a natureza “legislativa” do órgão, que passou, então, a integrar a estrutura do judiciário francês como Corte de Vértice.¹⁵⁶

Não obstante, ainda que dotada de autoridade para afirmar a “interpretação correta” do diploma legislativo, as decisões da (a partir de então denominada) Corte de Cassação não substituíam a decisão cassada. Era necessário que o processo retornasse ao órgão judicial prolator da decisão extirpada, o que, além de representar uma burocracia inútil, não raras vezes, suscitava problemas mais sérios.¹⁵⁷

Sucedo que, como a decisão da Corte de Cassação não poderia obrigar os magistrados das Cortes e órgãos inferiores (o precedente não poderia ser considerado fonte do direito), era

¹⁵⁵ “A legislatura se defrontava, entretanto, cum um dilema teórico: os parlamentares queriam evitar ter que decidir uma torrente constante de questões encaminhadas pelas cortes, mas ao mesmo tempo não poderiam permitir que as cortes por si mesmas interpretassem o direito sem com isto solapar a doutrina da separação de poderes. A solução encontrada foi, dentro das circunstâncias, totalmente compreensível. Um novo órgão governamental foi criado pelo legislativo e lhe foi conferido o poder de cassar as interpretações incorretas das cortes. Nos debates legislativos e na lei que veio a ser aprovada, deixou-se claro que o novo órgão não era parte do sistema judicial, mas ao contrário um instrumento especial criado pelo legislativo para proteger a supremacia do legislativo de usurpação pelo judiciário. Embora este órgão aparentasse e agisse muito semelhantemente a uma corte, o legislativo preservou as aparências ao denomina-lo Tribunal (e não Corte) de Cassação, tendo-o definido como um órgão ‘auprès du corps législatif’. As exigências de separação dos poderes foram atendidas. A supremacia do legislativo, mantida. Os juízes ordinários focariam impedidos de interpretar as normas legais e os legisladores não precisariam fazer esse trabalho”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 70.

¹⁵⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 71.

¹⁵⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 71.

possível – e ocorria – haver resistência dos órgãos *a quo* em aplicar as decisões da Corte de Cassação.¹⁵⁸

De qualquer modo, importa sublinhar que essa gradativa evolução, que parte da interpretação autêntica para chegar à natureza judicial de uma Corte de Cassação, delineia o marco de aceitação da possibilidade de interpretação jurisdicional na França. Uma aceitação com inúmeras resistências.¹⁵⁹

Malgrado seja utópica – ou, para Merryman, folclórica – a ideologia revolucionária que pretendeu a completude, clareza e coerência do código, abundam obras doutrinárias para demonstrar que a atividade interpretativa dos órgãos jurisdicionais é compatível com o esquema de tripartição dos poderes do estado-nação.¹⁶⁰ Ademais, como ressalta Merryman, “*embora hoje seja admitido que o juiz na jurisdição da civil law tem um poder interpretativo, ainda se mantém a ficção de eu o juiz, ao desempenhar suas funções, não cria o direito, mas apenas procura e segue a vontade expressa ou implícita do legislador*”.¹⁶¹

O último ponto a ser abordado no marco da ideologia liberal revolucionária francesa diz respeito à concepção de segurança jurídica. Na França, a segurança jurídica alçou um patamar de supremacia, de um valor a ser fundamentalmente resguardado, sob pena do risco de ruptura da nova ordem que se estabelecia.

Como pairava sobre a magistratura profunda desconfiança, a segurança jurídica foi concebida a partir da legislação, que deveria ser protegida contra o arbítrio judicial. Assim, no *civil law*

¹⁵⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 71.

¹⁵⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 72.

¹⁶⁰ Apesar de ser flagrante a insuficiência dos códigos para abarcar a todas as situações da vida e que os diplomas legais não possuem um significado imanente, “*o folclore a respeito da interpretação judicial tem tido uma persistência surpreendente no mundo da civil law. Como resultado, há uma tensão entre fato e o folclore, e o aparecimento de uma literatura substancial e crescente para dar conta dessa dissonância*”. In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 74.

¹⁶¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 91.

“a ênfase na certeza é uma expressão do desejo de tornar a lei ‘à-prova-de-juiz’”.¹⁶² Enquanto na *common law*, a busca pela certeza fundamenta a adoção da teoria do *stare decisis*, no *civil law* ela espelha o descrédito em relação à atividade jurisdicional.

A quinta e última subtradição é a *ciência jurídica* (surgida em meados do século XIX). Fruto da criação de juristas acadêmicos alemães inspirados nos ensinamentos de Savigny,¹⁶³ a ciência jurídica consistiu, em síntese, no movimento de aproximação do direito com as chamadas ciências naturais. Parte-se do pressuposto de que o direito consiste em um fenômeno verificável, detentor de dados com amparo nos quais o pesquisador poderá estabelecer máximas e princípios inerentes e universalizáveis.

A ciência jurídica é desenvolvida principalmente por meio da estruturação de sistemas e de conceitos. A ênfase da atividade científica recaiu, em sua origem, mais na validade dos conceitos do que em sua utilidade funcional. Naturalmente, a pretensão de validade e universalidade dos conceitos e classificações fizeram com que o direito desenvolvido nessa perspectiva desconsiderasse os fatos específicos de cada realidade social.¹⁶⁴

De outro giro, a ciência jurídica busca a pureza metodológica, o que implica a necessária desconsideração de valores como justiça ou equidade. Tais valores passam a ser encarados

¹⁶² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 82.

¹⁶³ “Savigny sustentava que a codificação alemã não deveria seguir o pensamento jurídico de direito natural racionalista e secular que caracterizam a codificação francesa. Ele defendia que um sistema jurídico satisfatório tinha que ser baseado nos princípios de direito que historicamente haviam vigorado na Alemanha. Em consequência, um passo preliminar à codificação era um amplo estudo da ordem jurídica a fim de identificar e propriamente estabelecer estes princípios, como também para organizá-los em um sistema coerente.” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 39.

¹⁶⁴ “Este nível de abstração – a tendência a fazer com que os fatos fiquem em segundo plano – é uma das características mais marcantes da ciência jurídica para alguém acostumado à ordem jurídica dos Estados Unidos ou da Inglaterra. Os princípios desenvolvidos pelos cientistas jurídicos foram apartados de seu contexto factual e histórico, faltando-lhes, em consequência, concretude. Os cientistas jurídicos estão mais acostumados em elaborar e desenvolver uma estrutura científica teórica do que em resolver problemas concretos. Eles estão em busca da verdade jurídica mais tangível, e no processo de elaboração dos enunciados mais abstratos, detalhes ‘acidentais’ são desprezados. O objetivo final é a criação de uma teoria geral do direito, na qual apenas os elementos essenciais sejam preservados.” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009, p. 101.

como objeto de estudo da filosofia, da sociologia ou da ciência política. A ciência jurídica, no entanto, pretende a neutralidade axiológica.¹⁶⁵

Enfim, se pudéssemos sintetizar tudo o que fora dito acima acerca da tradição *civil law* em um único parágrafo, certamente nos utilizaríamos da valiosa definição de Daniel Mitidiero, que, em sua obra *Processo Civil e Estado Constitucional*, assevera:

Na tradição romano-canônica, em que se ensartam a maioria dos países da Europa Ocidental (Itália, França, Alemanha e Espanha, por exemplo), todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista para tanto é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. Em termos institucionais, a tradição jurídica romano-canônica tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, que detém a última palavra não só na matéria política, mas também na jurídica. É significativo, por exemplo, que a Constituição italiana expressamente refira que “*la giutizia è amministrata in nome del popolo*”, para, logo em seguida, acrescentar que “*i giudici sono soggetti soltanto ala legge*” (art. 101).¹⁶⁶

Como veremos nos capítulos que seguem, o direito brasileiro tornou-se híbrido. Coexistem em nosso ordenamento as tradições *common law* e *civil law*. Temos no plano constitucional um direito nitidamente erguido sob os fundamentos da tradição *common law* estadunidense, ao passo em que o direito infraconstitucional é declaradamente forjado sob a tradição *civil law*, impregnado, inclusive, tanto pela ideologia francesa revolucionária, quanto pelo cientificismo alemão oitocentista.

A abordagem crítica do presente trabalho tem como cerne justamente o direito infraconstitucional brasileiro, na interessante perspectiva do Superior Tribunal de Justiça, consagrado em nossa constituição Democrática para ser verdadeira Corte Suprema no que respeita ao direito infraconstitucional, mas que desenvolve suas atividades à luz do Código de

¹⁶⁵ Interessante atentar para a consideração de Merryman, no sentido de que, embora a ciência jurídica pretendesse neutralidade, ela própria estava impregnada pelos valores da ideologia liberal oitocentista: “*Muito embora os cientistas jurídicos almejassem a uma condição pura e livre de valores, eles foram presas ideológicas de sua época. O trabalho criativo dos cientistas jurídicos ocorreu na Europa durante o século XIX, sob a influência intelectual do que desde então veio a ser conhecido como liberalismo europeu do oitocentos. Dentre os mais relevantes aspectos desta ideologia estava uma forte ênfase no indivíduo e em sua autonomia.*” In MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009. p. 102.

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 17.

Processo Civil brasileiro de 1973, declaradamente liberal e retentor dos mais arcaicos postulados revolucionários.

3.2 - A ATIVIDADE JURISDICIONAL NA FRANÇA SOB A IDEOLOGIA DA REVOLUÇÃO. A CRIAÇÃO DA *COUR DE CASSATION* E A ATIVIDADE INTERPRETATIVA.

Como visto no tópico anterior, a ideologia da revolução marcou profundamente os contornos da atividade jurisdicional na França. O profundo repúdio ao *ancien régime* feudal deu ensejo à criação de uma teoria que amordaçou o judiciário, tornando-o um poder estatal em posição subalterna ao poder legislativo.

Importa-nos, agora, retomar esse aspecto da revolução intelectual francesa, sob o enfoque da criação e do desenvolvimento da Corte de Cassação, pois é nela que encontramos o germe do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

Como sobredito, o judiciário no *ancien régime* era um poder que atuava com o único propósito de fortalecer seus interesses pessoais e a aristocracia feudal. Desrespeitava os éditos reais, manipulava as leis, negava-lhes o cumprimento. Por conseguinte, a doutrina da revolução teve como testemunho histórico a necessidade de impor rígido controle da atividade jurisdicional, que representava verdadeira ameaça à nova ordem legal.¹⁶⁹ Por isso, houve a necessidade de criação de um órgão de controle da atividade jurisdicional.

O primeiro órgão de controle da magistratura foi estabelecido ainda no regime antigo do período pré-revolucionário. O *Conseil des parties* foi criado e inserido na estrutura do Poder Executivo como órgão integrante do Conselho de Estado. Como sua atividade não objetivava

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 53-74.

¹⁶⁸ O estudo da formação e do desenvolvimento do civil law no cenário da Europa continental é de suma importância para o presente trabalho, na medida em que o direito informado por tal tradição “influenciou grande parte dos juristas brasileiros do século XIX, que estudaram quase todos na Europa, e mais próxima e determinante dos juristas da modernidade brasileira”, valendo ressaltar que o ápice dessa influência jurídica do continente europeu repousou no Código de Processo Civil de 1973. Cf. ZANETI JUNIOR, Hermes. 2014, p. 244-245.

¹⁶⁹ “Os juízes eram odiados não apenas pelo soberano, mas também pelo povo, que lhes acusava de manipular a lei, sob o disfarce de interpretá-la, apenas para favorecer seus protegidos e obter vantagens escusas. Portanto, era preciso destruir o direito antigo, dar unidade ao direito mediante a lei e com igual intensidade evitar sua distorção”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 30..

a proteção da ordem legal, mas sim a promoção dos interesses particulares da coroa francesa, o *Conseil* amealhou a repulsa popular.¹⁷⁰

Assim, a doutrina revolucionária cuidou de destacar que o órgão de controle da atividade jurisdicional não deveria estar inserido dentro do poder executivo.¹⁷¹ Na realidade, o órgão de controle da atividade jurisdicional foi concebido à luz da teoria tripartite de poderes, como uma ferramenta posta em favor do Poder Legislativo,¹⁷² exclusivamente vocacionada à proteção da lei contra a (indesejada) ingerência da magistratura.¹⁷³

Antes propriamente da criação do Tribunal de Cassação, buscou-se ceifar toda a atividade interpretativa da função jurisdicional, no pressuposto – como visto, utópico – de que a lei era dotada de sentido unívoco, claro, além de ser completa e coerente. Nas hipóteses em que fosse necessário algum tipo de atividade interpretativa (pressupunha-se que seriam poucos os casos), inseriu-se no bojo do Decreto de agosto de 1.970 o instituto do *référé législatif*, segundo o qual os magistrados poderiam encaminhar ao legislativo suas dúvidas hermenêuticas, para que o legislador pudesse explicitar o conteúdo da norma jurídica diante do caso concreto:

Calamandrei lembra que nas discussões acerca da Cassação, que tiveram lugar na Assembleia, Robespierre expressou de modo categórico o princípio, segundo ele derivado do direito romano – e aceito como indiscutível por todos os reformadores – , de que a faculdade de interpretar a lei pertence ao Poder Legislativo, fundando-se nele as disposições de direito positivo – artigos 10 e 11, tit. II, Decreto 16-29 de agosto de 1790 – que expressamente proibiu o juiz de interpretar a lei. E Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que ‘*os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo*’ (Título II, art. 10), mas também que os Tribunais ‘*reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei*’ (Título II, art. 11). [...] Note-se que o chamado *référé législatif* facultativo – art. 12, Tít. II, do Decreto de agosto de 1970 –, que dava ao juiz a faculdade de pedir a um corpo legislativo a interpretação de norma – ‘obrigando-o’ no caso em que a

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 29.

¹⁷¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de. 2000, p. 168.

¹⁷² Embora o Tribunal de Cassação tivesse a finalidade de proteger a Supremacia do Legislativo em face do Poder Judiciário, não se tratava de um órgão inserido na estrutura do Legislativo (ao menos em tese). O Tribunal de Cassação foi concebido como um órgão autônomo e externo aos três poderes, com a capacidade especial de exercer a cassação. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 35.

¹⁷³ “*Diante do princípio da separação dos poderes, o controle cassacional jamais se preocupou com o Poder Executivo, tendo voltado a atenção apenas aos Poderes Legislativo e Judiciário. Na verdade, não houve sequer um controle bilateral, endereçado ao Judiciário e ao Legislativo*”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 27-30.

dificuldade interpretativa fosse reconhecida –, transformava o Legislativo em juiz, negando completamente o significado e a importância da interpretação normativa.¹⁷⁴

Pouco depois, o Decreto de novembro-dezembro de 1970 disciplinou a criação do Tribunal de Cassação, órgão originariamente autônomo em relação a todos os poderes do estado, especificamente concebido com a finalidade de proteger a lei em face da atividade jurisdicional.¹⁷⁵

O órgão – que em sua gênese não exerceria atividade jurisdicional – possuía a capacidade de cassar apenas as decisões judiciais que contrariassem expressamente o texto da lei (Decreto novembro-dezembro de 1970, art. 3º).¹⁷⁶ A ideia de “*contravention expresse au texte de la loi*” pressupunha a univocidade e clareza semântica do texto legal, ao ponto de desprezar (proibir) a atividade interpretativa.

Assim, o Tribunal poderia apenas exarar uma decisão com “conteúdo negativo”, limitando-se em cassar a decisão afrontosa ao texto legal, sem, contudo, apresentar qual a interpretação para a norma. Obviamente, em uma tal formatação “*a jurisprudência e assim qualquer ideia de uniformidade da interpretação da lei eram desprezados*”:

A circunstância de o Tribunal de Cassação, em sua fase originária, não ter qualquer preocupação com a uniformidade da lei, é demonstrada por Calamandrei mediante a lembrança de julgados que expressam de um modo claro essa situação. Duas Cortes de Apelação, tratando de uma mesma questão de direito testamentário, proferiram decisões diametralmente opostas, o que deu origem a duas *demande em cassación*. As decisões tomadas pelo Tribunal de Cassação chegam a ser curiosas a quem pensa na Cassação atuando em prol da uniformização da jurisprudência. Tais decisões negaram os pedidos de cassação sob o argumento de que, exatamente por haver divergência e, assim, falta de clareza sobre a lei, não estava presente o pressuposto que abria oportunidade para a cassação, ou seja, a violação da lei ou a contravenção expressa ao texto da lei. Ou seja, o Tribunal viu a divergência como um requisito negativo à concessão da cassação; como algo que demonstrava que nenhuma das decisões violou a lei e afrontou o legislador.¹⁷⁷

Além disso, ao Tribunal não era dado exercer qualquer *juízo* acerca o caso concreto, pois, caso contrário, usurparia indevidamente para si a atividade jurisdicional – a única autorizada a

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 31-33.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 36.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 36.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 42.

se manifestar e resolver sobre a questão “de fundo”. Após a manifestação do Tribunal de Cassação, os autos retornavam para o órgão jurisdicional competente (Tribunal de reenvio).¹⁷⁸

A decisão cassacional não vinculava os órgãos do Poder Judiciário. De fato, era possível que os órgãos jurisdicionais simplesmente reproduzissem o teor da decisão cassada, acerca da qual se declarou a “*contravention expresse au texte de la loi*”. Se a decisão judicial fosse cassada uma segunda vez e, ainda assim, mantida pelo Judiciário, o Decreto novembro-dezembro de 1970 dispunha que a questão deveria ser submetida ao Legislativo, que implementaria a interpretação autêntica da lei (*référé* obrigatório). Essa decisão, sim, vincularia tanto o Tribunal de Cassação, quanto o Judiciário.¹⁷⁹

Segundo Marinoni, a ausência de força vinculante das decisões do Tribunal de Cassação “*têm base não apenas na ideia de que o juiz é livre para julgar, mas também naquela de que o juiz é submetido somente à lei*”, e essas ideias, por seu turno, são ainda os fundamentos para justificar a ausência de força vinculante das decisões das Cortes de Vértice nos sistemas atuais de *civil law*.¹⁸⁰

De qualquer modo, importa sublinhar que a proibição do judiciário interpretar a lei sucumbiu quando do advento do Código de Napoleão. Essa alteração decorreu de três fatores. O primeiro, ligado a pouca funcionalidade do *reféré législatif* facultativo, que, na prática, inundou o legislativo, atravancando o trâmite dos processos. Além disso, proibiu-se os juízes de se recusar ao julgamento dos casos, alegando obscuridade ou lacuna legislativa (vedação ao *non liquet*). Se um magistrado recursasse o julgamento do caso sob arguição de lacuna, obscuridade ou insuficiência da norma legislativa, o Tribunal de Cassação declarava que tais decisões deveriam ser casadas, pois continham “excesso de poder”. Ou seja, “*o resultado foi realmente surpreendente, já que o juiz era proibido de interpretar a lei e, ao mesmo tempo, suas decisões eram anuladas quando não a interpretavam*”.¹⁸¹

¹⁷⁸ “*De qualquer forma, a simples ideia de que o Tribunal de Cassação não tinha função jurisdicional é suficiente para explicar a necessidade de cassar sem decidir ou, como disse Calamandrei, de destruir sem reconstruir, na medida em que toda reconstrução traria consigo uma invasão de território reservado a outro poder, vale dizer, violação do princípio da separação dos poderes. Diga-se de passagem que a impossibilidade de o Tribunal de Cassação afirmar a interpretação da lei impediu-lhe o delineamento de jurisprudência capaz de garantir a uniformidade da sua interpretação.*” In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 36-37.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 37-38.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 41.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 43.

Por fim, a postura subalterna dos magistrados – que, no modelo do Estado liberal burguês, tinham se tornado verdadeiros funcionários públicos – implicou o gradativo desaparecimento da desconfiança no Judiciário, dissipando a rivalidade entre este e o Poder Legislativo.¹⁸² Tudo isso alterou significativamente a atividade desempenhada pelo Tribunal de Cassação.

A atividade interpretativa, que a partir de então foi reconhecida ao Judiciário, tornou necessário que o Tribunal assumisse a função de promover a segurança jurídica, por meio do controle das interpretações judiciais. O modelo de atuação do Tribunal passou do esquema “*contravention expresse au texte de la loi*” para “*fausse interprétation de la loi*”. Com isso, o Tribunal iniciou a função de perseguir a uniformidade da interpretação da lei.¹⁸³

Pouco adiante, o Tribunal começou a efetuar a *qualificação jurídica* dos fatos litigiosos, examinando se o órgão jurisdicional, na origem, estabelecera a adequada relação entre norma jurídica e caso controvertido. Dessarte, foi inserido no papel do Tribunal o ofício de averiguar a “*fausse application de la loi*” e, por conseguinte, a possibilidade de adentrar ao “fundo do litígio”.¹⁸⁴

A Lei de 1 de abril de 1837, além de consolidar as alterações acima apontadas, abandonou o *référé législatif* e estabeleceu hipótese de vinculação do juízo de reenvio à decisão do Tribunal de Cassação. Se o Tribunal pronunciasse, em seções reunidas, a segunda cassação de decisão anteriormente cassada pelos mesmos motivos, a autoridade de reenvio estaria compelida a se conformar à decisão do Tribunal sobre aquele ponto de direito (art. 2º).¹⁸⁵

Obviamente, essas alterações legislativas enfrentaram, ainda na fase de debates parlamentares, muita resistência, na medida em que os mais conservadores reputavam que a força obrigatória das decisões de cassação sobre os juízos de reenvio feriria tanto a supremacia do legislativo (que seria a única instância autorizada a promover a interpretação da lei), quanto a função

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 44.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 45.

¹⁸⁴ Observe-se a semelhança em relação ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro: “*Frise-se que o Tribunal de Cassação não poderia indagar sobre a efetiva ocorrência dos fatos nem sobre a prova; enxergava-se apenas a declaração judicial acerca dos fatos, importando tão somente indagar se dos fatos declarados decorriam as consequências jurídicas extraídas pelo órgão prolator da decisão examinada. Ou seja, cabia ao Tribunal de Cassação, diante da declaração fática preestabelecida, analisar a correção teórica da extração das consequências jurídicas dos fatos declarados*”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 46.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 49.

jurisdicional, pois isto tolheria a liberdade dos magistrados para decidir (que estariam sujeitos apenas à lei).¹⁸⁶

De todo modo, a Lei de 1 de abril de 1837 foi editada e, com ela, o Tribunal de Cassação deixou de ser um órgão externo e especial, para se tornar uma Corte jurisdicional de cúpula, com a função de declarar a “correta interpretação” do texto de lei, cassando aquelas decisões que imprimissem interpretação reputada falsa.¹⁸⁷

Embora as decisões da Corte de Cassação não exercessem força vinculante sobre os casos futuros, começou a ser revestida de *autoridade persuasiva* sobre os juízos de instâncias inferiores,¹⁸⁸ por se colocar no vértice da organização jurisdicional, com o poder de cassar as decisões que imprimissem interpretação divergente. Não obstante, a própria Corte de Cassação não se via compelida a respeitar os próprios precedentes.¹⁸⁹

Parece-nos que isso se deve à própria estrutura teórica acerca da atividade desempenhada pela Corte. Em primeiro lugar, a “autoridade” das decisões da Corte de Cassação estava assentada em sua posição no sistema judicial, como órgão jurisdicional de vértice,¹⁹⁰ responsável por unificar a interpretação do texto de lei. Isso serviria para que os órgãos em instâncias inferiores adotassem (*sem enunciar expressamente*) decisões conformes às interpretações da Corte, mas não ofereceria fundamentos para que a própria Corte respeitasse seus precedentes.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 49-50.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 52.

¹⁸⁸ É importante sublinhar que essa força persuasiva era velada, pois os magistrados não poderiam invocar decisões judiciais pretéritas, tampouco precedentes da Corte de Cassação como normas de resolução do caso concreto. Tal proibição era extraída do art. 5 do Código Civil Francês: “*L’article 5 de notre Code civil fait peser sur les juges français une interdiction « de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».* Ce texte, destiné à brider les magistrats, et qui les a en effet bridés, n’est pas à l’origine d’un abondant contentieux, sans doute parce qu’il ne se comprend qu’en relation avec une époque révolue. En deux siècles, les juges français ont veillé à n’exprimer de règles générales qu’à l’occasion de causes particulières et sous le couvert d’une interprétation du droit en vigueur. De sorte qu’en prenant bien soin de vérifier concrètement et individuellement les conditions d’application du droit dans chaque cas, et en se gardant bien d’invoquer leur propre jurisprudence ou celle de la Cour de cassation, les juges du fond ont appris à ne pas violer l’article 5”. In CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative**. Introduction générale in la création du droit par le juge. Archives de philosophie du droit, tome 50, Paris: Dalloz, 2007, p. 7-32. Article établi en collaboration avec M. Didier Boden, assistant de justice, actuellement Maître de conférence à la faculté de droit de Paris Panthéon-Sorbonne.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 52.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 53-66.

Em segundo lugar, a própria concepção de “interpretação verdadeira” do texto de lei, favoreceu a inobservância da Corte aos seus próprios precedentes.¹⁹¹ Para se amoldar ao ideário da revolução francesa, a Corte de Cassação passou a utilizar o estilo de decisão judicial *phrase unique*,¹⁹² cuja interpretação segue a linha teórica *formalista* ou *cognitivista* que fora disseminada pela Escola da Exegese:

[...] a premissa fundamental da denominada “Escola da Exegese” é de que “o texto [da lei] possui um e apenas um significado verdadeiro”, e, portanto, de que a interpretação “corresponde a um ato de *conhecimento objetivo*, que deve e pode ser purgado de todo juízo de valor próprio do intérprete” [Frydman 1994:74]. A Escola da Exegese, uma vez estabelecido que o Direito será encontrado nesse “texto único”, caracteriza-se por uma “ruptura completa com a hermenêutica tradicional, religiosa ou jurídica”, que “admitia *a priori* a possibilidade de uma pluralidade de sentidos” [Frydman 1994:63]. O direito positivo, e em especial o código, que era tido como uma obra perfeita e intrinsecamente racional, deveria ser contemplado como um “sistema axiomático formalizado”, que tem as características da *univocidade* de seus signos linguísticos (cada termo empregado pelo legislador há de ser entendido em um único sentido), *coerência* (não há contradições ou falhas no sistema elaborado pelo legislador) e *completude* (o sistema é capaz de resolver todos os problemas que eventualmente surjam na aplicação do Direito) [Perelman 2000-a:34]. É nesse contexto – o qual, na verdade, constitui a expressão justoteórica da ideologia do juiz *bouche de la loi* – que foi considerada plausível a premissa fundamental do estilo *phrase unique*: a ideia de que toda a atividade judicial não passa de um processo de dedução, da construção de um simples silogismo.¹⁹³

Como visto, o pensamento ideológico do liberalismo revolucionário firmou as estruturas de uma teoria do direito segundo a qual toda a criação jurídica poderia emanar exclusivamente do Poder Legislativo. O postulado liberal da *racionalidade*, que inspirou a técnica da codificação – e que, repita-se, na França objetivou suprimir o direito então existente – apregoou que a lei é *suficiente* (leia-se, completa, coerente e unívoca) para responder a todas as demandas sociais existentes e aquelas que viessem a emergir.

Nas primícias da França pós-revolucionária, buscou-se utopicamente proibir que a interpretação fizesse parte da atividade jurisdicional. Nesse primeiro momento, o Tribunal de

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 56.

¹⁹² A propósito, o *style phrase unique* “pode ser descrito como *dedutivo* (silogístico), *legalista* (o julgamento é descrito como um simples caso de ‘aplicação’ da lei), *magisterial* (o julgamento final ‘é apresentado como o resultado último e necessário de um conjunto de argumentos jurídicos e lógicos que está formalmente estruturado como uma demonstração) [Taruffo 1997-a:448-449] e *impessoal* (não há divulgação das opiniões concorrentes ou minoritárias dos juízes que fazem parte da corte: a corte age com uma só voz, e a presunção é de que a decisão foi tomada por unanimidade) [Troper/Grzegorzcyk 1977:110]. Ademais, as decisões são ‘extretamente breves, às vezes com não mais que poucas linhas’ [idem:107]. As decisões da Corte de Cassação são redigidas, via de regra, com base em um único fundamento, sendo rara a prática (tão comum no common law) de acumular argumentos em favor de uma decisão [Goutal 1976:45]. In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 117-18.

¹⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.21.

Cassação – enquanto órgão não jurisdicional – atuava segundo a lógica “*contravention expressa au texte de la loi*”, valendo-se do método de controle de legalidade das decisões.

Quando se reconheceu que a interpretação é ínsita à atividade judicial, cuidou-se de desenvolver uma teoria da interpretação ainda alinhada ao controle de legalidade, que sustentou a existência (igualmente utópica) de um “sentido correto” do enunciado legislativo. A Corte de Cassação controlaria a legalidade das decisões, dessa vez sob a lógica da “*fausse interprétation de la loi*”, no pressuposto de que a atividade jurisdicional, ao interpretar, na realidade investiga e *descreve* o conteúdo *verdadeiro* da “norma jurídica”:

A teoria da interpretação que se aproxima da época da Revolução Francesa e, assim, da ideia de que o juiz deve procurar afirmar as palavras da lei, é chamada de formalista ou cognitiva. Para essa teoria, a interpretação enquanto atividade, tem natureza cognitiva. Investiga-se para descrever. O juiz, ao interpretar, investiga o significado do texto legal e então o descreve. Entende-se que “a norma jurídica” ou o sentido ou o conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz interpreta para afirmar o que está gravado implicitamente no texto. Esse tipo de interpretação tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. Portanto, o juiz não atua com qualquer discricionariedade; Ao decidir, sempre está preso a uma norma preexistente. De modo que a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade; há apenas uma interpretação correta. Tudo isso era muito bem vindo pelos valores do Estado liberal clássico. De qualquer forma, a teoria é a elaboração daquilo que o juiz faz em face do texto legal e a explicação do conteúdo da sua atividade. Admite-se que a decisão do juiz não prescinde da interpretação da lei, embora se prenda ou vincule o juiz ao texto legal.¹⁹⁴

Nesse particular, “a imagem ideológica que é refletida no estilo francês é a de que a decisão judicial vai encontrar fundamento mais em um ato de conhecimento do Direito que em uma escolha ou decisão em sentido mais amplo”.¹⁹⁵

A única diferença entre essa espécie de *legalismo cognitivista* (ou formalismo interpretativo) e o *jusnaturalismo inglês* (vertido na teoria *declaratória* da jurisdição) é que, ao invés de buscar o direito em um metaordenamento jurídico não positivado (*common law*), as decisões jurisdicionais da Corte de Cassação buscavam o “significado imanente” (leia-se, verdadeiro, correto) da norma jurídica. Nesse aspecto, ambos os estilos afastam-se da teoria *constitutiva* e convergem para a teoria *declaratória* da jurisdição.

¹⁹⁴ “MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 81.

¹⁹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.19.

Conquanto os juízes estivessem sujeitos apenas à lei, e a lei, por seu turno, possuísse um significado correto a ser declarado, era perfeitamente possível que as Seções da Corte Cassacional desrespeitassem os precedentes sob alegação de que estes “erraram” na tarefa de desvendar a “interpretação correta” do texto de lei.

O interessantíssimo, nesse ponto, é que a concepção de “interpretação correta” da lei, que pressupõe que texto (signo) possui significado imanente, isto é, independentemente da atividade cognitiva do intérprete, aproxima esse modelo ao jusnaturalismo inglês, que tão veementemente foi combatido por Bentham.

E, vimos, foi justamente a partir da crítica de Bentham que o direito inglês vislumbrou a necessidade de atribuir força vinculante aos precedentes como medida necessária à garantia da unidade, da previsibilidade, da segurança e da igualdade jurídica.

Nesse diapasão, é possível afirmar que o reconhecimento da atividade interpretativa como intrínseca à função jurisdicional – o que fora ilustrado no marco de superação “*contravention expresse*” para “*fausse interprétation de la loi*” – trouxe em si as potencialidades necessárias para transformar a Corte de Cassação em uma Corte de Precedentes.¹⁹⁶

Todavia, a falta de autoridade das decisões da Corte de Cassação possuía, antes, um fundamento histórico, que remonta à revolução liberal francesa oitocentista. Em outras palavras, não eram apenas os fundamentos jurídicos teóricos que impediram a Corte de estabelecer precedentes vinculantes, mas, como se viu no tópico precedente, tal se deveu em maior medida à *ideologia* subjacente às formulações teóricas e doutrinárias.

¹⁹⁶ “Se o aprisionamento do juiz à lei, ao menos em teoria, podia eliminar qualquer receio em relação a um corpo profissional que não merecia confiança e, por conseguinte, seria capaz de garantir a segurança e a igualdade, a realidade da Corte de Cassação demonstrou, não muito tempo depois da sua instituição, que os tribunais de apelação muitas vezes interpretavam as leis de forma absolutamente opostas. Esse desacordo, quando ainda se julgava com base em ‘*contravention expresse au texte de la loi*’, chegou até mesmo a fundamentar a rejeição de demandas em cassation contra decisões claramente contraditórias de dois tribunais acerca de uma mesma questão. Sabe-se que a Corte de Cassação trazia consigo o germe da sua própria transformação; o seu desenvolvimento se deu em virtude especialmente da sua própria prática, tendo passado a decidir em face de ‘*fausse interpretation*’ e de ‘*fausse application de la loi*’, assumindo a figura não apenas de um órgão judicial, mas de uma Corte judicial de vértice, com função de atribuir sentido à lei e garantir a uniformidade da sua interpretação. Diante disso, não falta estímulo à reflexão a respeito do motivo que teria impedido a Corte de Cassação de se transformar em uma Corte de Precedentes”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 70.

Por conseguinte, ainda que determinados institutos fossem superados, como sucedeu em relação ao conceito de “*contravention expresse au texte de la loi*”, as novas ilações teóricas viriam naturalmente impregnadas da mesma desconfiança que inspirou a formatação do modelo de administração de justiça e da função jurisdicional no marco da revolução liberal na França.

E é justamente esse, em nosso sentir, o ponto nodal acerca da distinção entre a força atribuída aos precedentes na tradição *civil law* e na *common law*. Enquanto, na história da Inglaterra, o Judiciário lutou ao lado do Parlamento para proteger o direito comum inglês (*common law*), afirmando-o mesmo contra a autoridade despótica da coroa, na França o Judiciário representava a classe opressora, uma vetusta aristocracia que atuava para manter seus privilégios e interesses, desprezando a autoridade do direito real.

No primeiro, o Judiciário é visto como detentor de honra e bravura, segundo sólido testemunho tracejado na história. No segundo, a história aconselha desconfiar, amordaçar, anular a função jurisdicional, entendida como tendencialmente corrupta, transgressora, e partidarista.

Como no sistema inglês o Judiciário atuou para proteger a *common law*, naturalmente foi assimilada a concepção de que as decisões fruto da atividade jurisdicional são normas jurídicas que poderiam (e deveriam) ser invocadas nos julgamentos futuros, seja por *declarar* o direito comum, seja em virtude de *criar* o direito por intermédio de seus precedentes.

De modo oposto, na França, como a função jurisdicional representava fator de ameaça à lei – fonte de toda “expressão legítima” da ordem Democrática liberal que se estabelecera – cuidou-se de desenvolver inúmeros mecanismos para suprimir a autoridade das decisões judiciais, como meio de proteger o Parlamento:

Como antes dito, a Revolução Francesa elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do *ancien régime*. Em verdade, substituiu-se o absolutismo monárquico pelo absolutismo do Parlamento, reduzindo-se o direito à lei. Com a Revolução Inglesa de 1688, ao contrário, não houve interesse na implantação de um ‘direito novo’ nem, muito menos, qualquer intenção de calar o juiz. Com a Revolução Inglesa, os juízes e legisladores, que já tinham uma longa história de lutas contra o monarca, passaram a afirmar o direito ancestral dos ingleses em nome da tutela das liberdades e dos direitos do povo, solidificando-se, sem qualquer ruptura, um sistema jurídico complexo – o *common law*. Enquanto o juiz inglês conservou amplo poder para regular os casos a partir da elástica moldura

do *common law*, o juiz francês teve o seu poder castrado, chegando a ser proibido de interpretar a lei. As decisões do judiciário inglês, além de terem o direito como um amplo pano de fundo, eram proferidas por juízes que tinham grande mobilidade. Já as decisões judiciais francesas tinham o direito unicamente na lei e eram prolatadas por juízes que deveriam se limitar a proclamar as suas palavras. É evidente que, por conta disso, o direito dos juízes ou a jurisprudência deveria ser forte na Inglaterra e praticamente inexistente na França. Como consequência, não deveria existir na França qualquer motivo para preocupação com unificação da jurisprudência ou com segurança jurídica e igualdade perante as decisões judiciais. Bem ao contrário, a natural percepção da possibilidade de várias decisões para um mesmo caso levou o *common law* inglês a atribuir relevância e estabilidade às decisões de suas Cortes mediante o instituto que restou conhecido como *stare decisis* – que, assim, certamente é apenas uma consequência do *common law* e não algo que faz parte da sua essência. No entanto, essa relevância e autoridade de que as decisões judiciais inglesas passaram a gozar também derivam da circunstância de que as Cortes inglesas sempre foram respeitadas pelo poder instituído e pelo povo inglês, colocando-se num ambiente bem diferente daquele que submeteu o judiciário francês.¹⁹⁷

É necessário rememorar que, no *ancién régime*, os magistrados franceses atuaram para manter vigentes “as forças desagregadoras do feudalismo”. Eles buscavam subtrair a força e a autoridade do monarca, assumindo verdadeiras funções legislativas (a pretexto de interpretar os éditos reais), o que motivou a criação do primeiro órgão de controle: o *Conseil des Parties*. Essa tendência desagregadora da magistratura feudal contra um poder centralizado, conjugada às relações espúrias do Judiciário aristocrático, fez com que a jurisdição fosse encarada pelos revolucionários como potencial rival do Legislativo.

O Tribunal de Cassação, criado justamente para inibir o surgimento de Cortes judiciais de cúpula (com os poderes que detinham no antigo regime), não obstante tenha assumido com o tempo natureza jurisdicional – tornando-se, ele mesmo, órgão de cúpula –, foi impedido de proferir decisões com força obrigatória para os casos futuros, pois se apregoou que isso implicaria, a um só tempo, usurpação das funções do legislativo e violação à liberdade de julgar dos magistrados.¹⁹⁸

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 69-70.

¹⁹⁸ “[...] é interessante relacionar o temor em relação à concentração de poder no órgão judicial de cúpula com as ideias, que se contradizem, i) de que um precedente com força obrigatória se equipara à lei e ii) de que um precedente, exatamente por não ser lei, não pode obrigar os juízes. Ora, se não houvesse consciência de que precedente nada tem haver com lei não haveria necessidade de elaborar o argumento de que os juízes não podem ser submetidos às diretivas do Tribunal Supremo. Na verdade, o medo dos precedentes, num ambiente em que a rivalidade entre legislativo e judiciário já não mais existe, revela receio diante da concentração de poder da Corte Suprema e não temor do legislativo em face do judiciário. [...] A necessidade de limitar o poder da Corte de Cassação, já no período em que o judiciário deixara de ser hostilizado pelo legislativo, ao invés de encontrar eco em ideias como a de juiz ‘bouche de la loi’, teve respaldo na ideia de ‘liberdade do juiz’. Não que o juiz, então ‘boca da lei’, tenha se tornado livre para aplicar o direito ou para decidir; o juiz continuou submetido à lei, porém teve que ser visto como alguém liberto das diretivas da Corte Suprema”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 73.

Disso resultou que, mesmo depois de superada a tensão entre o Judiciário e o Legislativo na França, a negação da força aos precedentes foi mantida, dessa vez sob o manto teórico da *liberdade do juiz de formar seu convencimento e julgar*. Nesse particular, cumpre registrar a exortação de Marinoni:

Note-se, aliás, que essa fantasiosa ideia de que o juiz tem liberdade para julgar em face do próprio órgão de vértice do sistema de que faz parte sempre foi invocada diante do temor de regimes autoritários. Contudo, se a independência do juiz é importante para frear desmandos e arbitrariedades, não é plausível ignorar que a possibilidade de o juiz decidir em desatenção ao Tribunal Supremo viola a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade. Na realidade, é muito fácil ver que independência do juiz nada tem haver com falta de compromisso com o sistema de que faz parte. Aliás, essa pretensa ‘liberdade do juiz’ nega a liberdade do cidadão, uma vez que esse, para ser livre, deve poder prever as consequências jurídicas de suas condutas. De qualquer forma, essa pouco plausível ‘liberdade’ do juiz para decidir em desacordo à Corte incumbida de dar sentido à lei e garantir a uniformidade de sua interpretação serviu de base para o fatídico desprezo às decisões das Cortes Supremas de *civil law*, obstaculizando-se a última, consequente e natural mutação da Corte de Cassação em Corte de Precedentes.¹⁹⁹

Não obstante, como se verá mais à frente, a dissociação entre texto e norma jurídica passa a refletir uma nova postura em relação à atividade jurisdicional, principalmente em relação às Cortes Supremas, que começam a ser encaradas enquanto órgãos jurisdicionais incumbidos de atribuir sentido à lei²⁰⁰ – mais precisamente de promover a construção da norma jurídica a partir dos processos cognitivos e argumentativos de reconstrução de significado a partir dos enunciados semânticos²⁰¹ –. Isso traz à tona a necessidade de atribuir a *força obrigatória aos*

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 77-78.

²⁰⁰ “Quando a Corte não mais esconde a sua intenção de definir a interpretação da lei, assume relevância a procura da ‘interpretação correta’. Porém, a busca da interpretação correta não se desliga do requisito da contrariedade à lei, pois, com base no formalismo interpretativo, sustenta-se na premissa de que toda interpretação que não revela o sentido exato da lei é uma interpretação que a contraria. Sucede que atualmente o formalismo interpretativo não mais se sustenta na teoria do direito. Portanto, não há mais como dar crédito à ideia de contrariedade à lei nem mesmo com base na teoria de que a Cassação revela o sentido exato da lei, própria à Calamandrei”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 67.

²⁰¹ A dissociação entre texto e norma tem origem em um movimento filosófico do século XX conhecido como “giro linguístico” (*linguistic turn*), que representa, no plano da filosofia da linguagem, a compreensão de que o mundo natural não é simplesmente representado pela linguagem, mas esta efetivamente constrói a realidade. Isto é, a linguagem não simplesmente exprime um conhecimento prévio, mas ela mesma é condição para a construção desse conhecimento. Logo, o “ser” só existe dentro da linguagem. O giro linguístico é enviesado em uma vertente pragmática e uma hermenêutica. Sobressaem o pensamento filosófico de Ludwig Wittgenstein e o de Hans-Georg Gadamer. O primeiro, representado na obra “Investigações Filosóficas”, vislumbra a linguagem na perspectiva da relação entre os signos, mutuamente, e entre esses e os participantes da comunicação. Assim, o significado será o resultado da inserção do sujeito dentro do contexto. O segundo, que pode ser encontrado na obra “Verdade e Método”, assume que a hermenêutica não consiste em um instrumento para revelar o significado de um texto. Para Gadamer, a compreensão e a busca da verdade emanam dos *horizontes* das tradições de sentido específicas na qual o sujeito está inserido. Essa tradições serão determinantes para a compreensão e atribuição de sentido pelo intérprete. Ver GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad.

precedentes judiciais, como medida necessária à promoção de objetivos vitais a qualquer ordenamento jurídico, tais como previsibilidade, unidade jurídica, segurança, igualdade:

Quando a definição da interpretação, por parte da corte de vértice, resume-se à declaração do sentido exato da lei, nada é adicionado à legislação e, assim, não há sequer como ter decisão que revela um sentido atribuído pela jurisprudência à lei e, por consequência, motivo para ter precedente dotado de autoridade. Se a decisão da Corte define o sentido *exato da lei* basta um sistema que garanta a correção das decisões que dele discrepem. A função da Corte é de tutela da lei e, por consequência, dirigida ao passado. Entretanto, quando a decisão da Corte *atribui sentido* ao direito – porque se acredita na dissociação entre texto e norma, porque o Judiciário também tem a função de concretizar determinadas regras ou ainda em virtude do impacto do constitucionalismo –, é certo que a Corte outorga unidade a um direito por ela revelado. Ora, quando uma Corte assume a função de outorgar sentido ao direito, acrescentando algo à ordem jurídica vinculante, os seus precedentes assumem naturalmente a qualidade de normas que orientam a sociedade e vinculam os demais tribunais. Calamandrei, ao falar em uniformização da interpretação, pensou na interpretação que expressa o sentido exato e único da lei, que, desse modo, deveria valer para todos os tribunais. Sucede que a decisão que individualiza a interpretação que expressa o sentido da lei, ao declarar um direito *preexistente e já dotado de autoridade*, não tem razão para constituir precedente. Uma decisão se revela enquanto precedente quando suas razões delineiam um ‘sentido’ *instituído* pela Corte Suprema. Portanto, embora a elaboração teórica do formalismo interpretativo possa dar escape à ideia de uniformização mediante a fixação do sentido exato da lei, é preciso desde logo advertir que o sistema de precedentes obrigatórios, no *civil law*, deriva da dissociação teórica entre texto legal e norma jurídica, da evolução da teoria da interpretação e do impacto do constitucionalismo, sendo necessário não para garantir unidade na aplicação da lei, mas para propiciar a *igualdade* de todos perante o *Direito* que o Judiciário tem a obrigação de produzir ao lado do Legislativo.²⁰²

A consciência de que os magistrados na tradição *civil law*, ao interpretar o texto legislativo, não desvendam o “significado correto” da norma jurídica, mas atribuem conteúdo aos enunciados semânticos segundo *atos de escolha*, implica em necessariamente abandonar a anacrônica concepção de que a atividade jurisdicional se resume em aplicar a lei, bem como de que as Cortes de Vértice atuam para proteger o legislativo. Ao definir o sentido do texto legal, o Judiciário atua ao lado do Poder Legislativo, coordenadamente – *i.e.* não subordinado –, para desenvolver o Direito, orientando o convívio social por intermédio dos precedentes.²⁰³

Flávio Paulo Meurer. 3ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1997. Acerca do giro linguístico, ver PEDRON, Flávio Quinaud. **O Giro Linguístico e a Autocompreensão da Dimensão Hermenêutico-Pragmática da Linguagem Jurídica**. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/2002/2173>. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Noeses, 2008, p. 3-18. WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Safe, 1995, p. 37-80.

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 65.

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 68.

E não apenas isso, mas o modelo Constitucional do Estado Democrático, com o reconhecimento da força normativa dos princípios, aliado à nova técnica legislativa, que se utiliza em larga escala de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, exige a recompreensão do art. 105, inc. III da CRFB/88,²⁰⁴ que atualmente está vazado na seguinte redação:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Dentro dessa nova perspectiva, a concepção de *contrariedade à lei federal* não pode mais (como até os dias atuais ainda sucede) se alinhar ao conceito de “*contravention expresse au texte de la loi*”, tampouco ao de “*fausse interprétation*”. De modo algum.

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como órgão de cúpula incumbido da função jurisdicional de construir e desenvolver o direito infraconstitucional ao lado do Congresso Nacional, função que apenas será alcançada se atuar como uma verdadeira Corte de Precedentes:

[...] é preciso ‘recompreender’ o conceito de *contrariedade à lei federal*. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça certamente não tem a função de tutelar o legislativo ou de controlar a legalidade das decisões, mas trabalha harmonicamente ao seu lado para dar à sociedade um direito capaz de responder às necessidades sociais. É uma corte de interpretação, de precedentes, e não uma corte de controle. Se o Superior Tribunal de Justiça assumiu, ao lado da função de atribuir sentido à lei, a de garantir a sua unidade ou a uniformidade da interpretação, a alegação de *contrariedade* que abre ensejo ao recurso especial não é a de ‘*contrariedade à lei*’, mas a de ‘*contrariedade ao sentido atribuído à lei*’ por ele mesmo.²⁰⁵

Reconhecer que a atividade interpretativa não consiste em desvendar um sentido “correto” do enunciado semântico, mas representa verdadeiro ato de *escolha* de sentido, naturalmente traz à tona o debate acerca da legitimidade das decisões judiciais. Se os precedentes das Cortes de

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 68.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 68.

vértice definem o significado da norma jurídica e, nesse passo, constituem eles mesmos normas jurídicas dotadas de caráter vinculante para os casos futuros, então é necessário que “a opção interpretativa seja justificada mediante argumentos racionalmente aceitáveis”.²⁰⁶ Em outras palavras, é necessário que as Cortes produzam precedentes dotados de *fundamentos universalizáveis*:

A interpretação e a argumentação, assim, ganham amplo espaço no cenário da jurisdição. De forma sucinta, o problema da decisão do tribunal de vértice deixa de ser situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito passa a ser interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha significado que se distancia da letra da lei. Esse distanciamento, ao abrir espaço na ordem jurídica às decisões interpretativas (da Suprema Corte), exige que essas ganhem estabilidade e autoridade, na medida em que passam a orientar as relações sociais e a subordinar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Se as Cortes Supremas têm a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar autoridade que lhes corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É precisamente aí que as decisões das Cortes Supremas assumem a qualidade de precedentes. Em suma: a antiga Corte de controle da legalidade ou de correção das decisões agora é uma Corte de Interpretação e essa naturalmente é uma Corte de Precedentes.²⁰⁷

A essa altura, é necessário advertir novamente o leitor de que a presente obra não pretende enaltecer o *common law* em face do *civil law*, como se a transmutação de tradições, na hipótese do Brasil, fosse a panaceia para os problemas jurídicos que enfrentamos em nosso sistema. A abordagem comparativa entre a história do direito na Inglaterra e na França feita até esse momento objetiva primordialmente demonstrar que no continente Europeu houve contundentes fundamentos históricos e políticos para que as decisões judiciais fossem esvaziadas de autoridade.

A propósito, “a vocação de nosso tempo para a jurisdição e para a doutrina jurídica”²⁰⁸ tem representado na própria França uma profunda alteração nas estruturas jurídicas e teóricas acerca da compreensão do papel desempenhado pela Corte de Cassação e da importância de seus precedentes para a sociedade civil.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 80.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 80.

²⁰⁸ Tal constatação pode ser colhida no escólio de Nicola Picardi: “No início do século XIX, Friedrich K. Von Savigny, com uma feliz expressão, falou de ‘vocação’ de seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, ao fim dos anos trinta, Mariano D’Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação do século XX para a codificação; mas, ao fim dos anos setenta, Natalino Irti falará da época da decodificação. Ao início do século XXI, a situação parece enfim diferente e mais complexa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica.” In PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico de trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008, p. 2.

Abandonando o mito da hegemonia da codificação, “o jurista francês contemporâneo reconhece de modo geral tanto que a jurisprudência integra de certa forma o direito positivo quanto que a interpretação da lei é essencialmente uma atividade de criação de sentidos”,²⁰⁹ não meramente declaratória, o que torna a jurisprudência francesa fonte do direito, ao lado da lei.²¹⁰

Com efeito, em seu *Activisme judiciaire et prudence interprétative* – escrito enquanto ainda ocupava o cargo de Primeiro Presidente da Corte de Cassação –, Guy Canivet destacou ser “estéril” a abordagem dogmática que ainda se propõem a evidenciar o conflito entre as funções de legislar e de julgar. Segundo Canivet, a atividade jurisdicional complementa a atividade legislativa, promovendo a *continuidade* e a *permanência* da lei.²¹¹

Para o então Primeiro Presidente da Corte de Cassação, o art. 5 do Código Civil Francês, que veda aos magistrados a prolação de decisões com caráter geral e regulamentar, só pode ser compreendido em relação a um contexto histórico já superado. Ele reconhece que, com

²⁰⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.22.

²¹⁰ “Embora ainda persistam na jurisprudência a Corte de Cassação julgados em que se mantém a ‘ficção do caráter declaratório das decisões jurídicas’, isto é, a negação do poder criativo de normas jurídicas – inclusive com a afirmação de que ‘uma evolução na interpretação jurisprudencial de uma regra de direito escrito não seria uma modificação dessa regra’ [cf. Molfessis et al. 2005:11] –, a sobrevivência desse mito no discurso oficial do Judiciário é vista como um anacronismo e como um inconveniente (para não dizer mal) tanto pela doutrina quanto pelos juristas práticos de maior projeção nacional e internacional, entre os quais Adolphe Touffait [1978:485], que que exerceu por anos os cargos de Procurador-Geral junto à Corte de Cassação e de Juiz da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, Guy Canivet [2005-a:15], Primeiro-Presidente da Cour de Cassation até muito recentemente, e o grandioso grupo de trabalho comosto por Valérie Amand (Auditeur à la Cour de Cassation), Denys de Béchillon (Professor na Université de Pau et des Pays de l’Audoir), Louis Boré (Avocat au Conséil d’État et à la Cour de Cassation), Emmanuel Lesseur de Givry (Conseiller à la Cour de Cassation), Didier Martin (Avocat à la Cour de Cassation), Nicolas Molfessis (Professor na Université Panthéon-Assas-Paris II), Horatia Muir-Watt (Professora na Université Panthéon-Sorbonne-Paris II), André Potocki (Magistrat, Presidente da Cambre à la Cour d’Apel de Paris) e Marie-Aleh Trapet (Auditeur à la Cour de Cassation), que fora organizado para refletir sobre a viabilidade da manipulação da eficácia temporal dos revirements de jurisprudence no direito frances [Molfessis et al. 2005:10 e ss.]”. In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.23.

²¹¹ “Dans son ambiguïté en tant que source du droit, la notion de jurisprudence est précisément destinée à réduire la tension qui, dans tout système de droit, existe entre la fonction de légiférer et celle de juger. De natures diverses et discutables à l’infini, les arguments de la prudence interprétative opposés à l’activisme judiciaire ne permettent pas de trancher définitivement le débat, parfois conflictuel, sur le pouvoir du juge de créer le droit, en pratique, variable selon les époques, les domaines, les matières, l’ancienneté des textes, la nature des juridictions, les techniques d’interprétation, les circonstances et les systèmes judiciaires. L’œuvre prétorienne est avant tout inspirée de réalisme. Loin de s’opposer dans un conflit de pouvoir stérile et dogmatique, le législateur et le juge ont en réalité un rôle complémentaire dans la permanence et la continuité du droit qui laisse naturellement - et démocratiquement - le dernier mot au premier.” In CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative**. Introduction générale in la création du droit par le juge. Archives de philosophie du droit, tome 50, Paris: Dalloz, 2007, p. 7-32. Article établi en collaboration avec M. Didier Boden, assistant de justice, actuellement Maître de conférence à la faculté de droit de Paris Panthéon-Sorbonne.

amparo nessa disposição do Código Civil, os juízes franceses tiveram o “cuidado” de não expressar regras gerais no julgamento dos casos concretos, de não invocar decisões anteriores e nem precedentes da Corte de Cassação. Todavia, Canivet sustenta que o próprio Ordenamento Jurídico Francês, compreendido desde uma perspectiva sistemática, fornece argumentos em “*l’appui du pouvoir des juges de contribuer à la création du droit*”.²¹²

São dois os exemplos destacados pelo jurista da própria legislação francesa. O primeiro, extremamente “fértil”, reside na disposição do artigo 4 do Código Civil Francês, que *impõe* aos magistrados o *dever* de julgarem mesmo nas hipóteses de lacuna ou insuficiência do texto legal. Ao “cobrir o silêncio, a obscuridade ou a insuficiência da lei”, assevera Canivet, “devemos criar o direito”.²¹³

Além disso, invocando a lei de 27 de novembro-01 de dezembro de 1970, destaca que a própria missão da Corte de Cassação de *unificar a interpretação da lei* implica reconhecer a atividade criativa do direito, na medida em que se escolhe, dentre todos os possíveis sentidos, aquele que constituirá a norma jurídica. Assim, a missão de unificar a jurisprudência *obriga* a Corte de Cassação a pronunciar decisões gerais e abstratas.²¹⁴

Um terceiro exemplo, que se colhe da doutrina de Bustamante, consiste no instituto jurídico *défault de base légale*. Trata-se de um instrumento processual que dá à parte litigante a possibilidade de invocar os precedentes da *Cour de Cassation* diante da lacuna legal. Nesses casos, os precedentes da Corte são utilizados como normas gerais. Conforme anota a doutrina, “tal instrumento somente pode encontrar razão de ser em uma autocompreensão judicial segundo a qual o juiz não é mais considerado apenas a boca da lei, mas em que o juiz reconhece para si mesmo o dever de ajustar o Direito aos valores da sociedade”.²¹⁵

O reconhecimento contemporâneo da força criativa do direito na atividade jurisdicional na França traz à *lume* tanto a questão afeta à legitimidade das decisões quanto aquela relativa à segurança jurídica e à estabilidade do direito, obviamente não mais sob o enfoque da exclusão

²¹² CANIVET, Guy. 2007, p. 7-32.

²¹³ “*Car pour combler le si-lence, l’obscurité ou l’insuffisance de la loi, il faut bien créer du droit*”. In CANIVET, Guy. 2007, p. 7-32.

²¹⁴ CANIVET, Guy. 2007, p. 7-32.

²¹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.24.

da força normativa dos precedentes, mas com o objetivo de harmonizar tal atividade dentro do direito francês.

Alusivamente à legitimidade, valendo-se das assertivas do juiz Raymond Ryckere, Canivet destaca que, em um governo representativo, todo o poder emanada do povo, incluindo os poderes dos órgãos estatais não eleitos, como sucede, *par exemple et par excellence*, com o Judiciário.

Nesse caso – diferente dos Parlamentares, cuja legitimidade provém dos votos –, a legitimidade judicial é *conquistada* por intermédio do *respeito* e da *confiança* que emanam de uma atuação *independente, corajosa, firme e digna*. Logo, do mesmo modo que um representante eleito cessa sua legitimidade com a perda dos votos, um magistrado teria sua legitimidade esvaziada se deixasse de conquistar respeito e confiança.²¹⁶ Esse aspecto da doutrina de Guy Canivet certamente está alinhada às proposições que apresentamos no presente trabalho.

Mas há ainda um *aspecto dogmático* acerca da legitimidade que inevitavelmente emerge ao se reconhecer que a jurisdição francesa efetivamente contribui para a criação do direito. Sucede que, justamente devido ao fato de que a legitimidade da jurisdição para criar o direito decorre da conquista de *confiança e credibilidade* de sua atuação, é fundamental que as decisões judiciais sejam dotadas de *aceitabilidade*, isto é de fundamentos universalizáveis, aptos a aglutinar a adesão daquilo que Chaïm Perelman denomina *auditório universal*.²¹⁷

²¹⁶ “Le juge Raymond de Ryckère, résistant belge de la Première Guerre mondiale, et, en tant que magistrat d’un État occupé, théoricien et praticien de l’indépendance, est l’une des personnes dont la réflexion sur la source et les limites de la légitimité du pouvoir des juges est la plus pénétrante. Dans un régime représentatif, dit-il tout au long de ses jugements de guerre, tous les pouvoirs émanent de la nation, y compris les pouvoirs des organes de l’État qui n’ont pas été élus — par exemple et par excellence : les magis-trats. Les juges tiennent donc leur pouvoir de la nation, et ils l’exercent selon la Constitution et les lois. Et si les parlementaires tiennent leur légitimité du suffrage, les juges, eux, tiennent leur légitimité du respect et de la confiance que suscitent leur indépendance, leur courage, et la fermeté et la dignité de leur attitude. Un parlementaire qui cesserait d’être élu perdrait sa légitimité de législateur ; un magistrat qui cesserait de susciter le respect et la confiance ensuite de la perte de son indépendance, de son courage ou de la fermeté et de la dignité de son attitude perdrait sa légitimité de juge”. In CANIVET, Guy. 2007, p. 7-32.

²¹⁷ “o juiz tem como missão dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. Por quê? Porque seu papel é estabelecer a paz judiciária, e a paz judiciária só será estabelecida quando ele houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que julgou de forma equitativa”. In PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2005. p. 527.

Isso é especialmente relevante “*quant à la Cour de cassation, qui ne craint pas d’être censurée et que sa mission même d’unification de la jurisprudence oblige à prononcer des règles générales et abstraites, elle jouit en la matière d’une liberté plus grande.*”²¹⁸ Se, ao desempenhar a missão de unificar a jurisprudência, a Corte de Cassação pronuncia regras gerais e abstratas, é indispensável a apresentação de fundamentos universalizáveis, o que parece pôr em cheque o estilo *phrase unique*:

Diferentemente do que acontecia há duas décadas atrás, hoje a própria *Cour* é cônica da necessidade de legitimar, por meio de argumentos que se exteriorizam para a comunidade jurídica e para a comunidade jurídica e para toda a sociedade, o direito jurisprudencial por ela elaborado. O seguinte excerto do *Monsieur Premier-Président* Guy Canivet é um exemplo dessa autorreflexão: “Ainda que sob formas muito diferentes, o poder dos juizes se afirma hoje em dia em todos os lugares, Na França, a *Cour de Cassation* é chamada a desempenhar uma tarefa maior na estabilização da norma de direito privado e a solucionar casos de forte apelo moral, social e econômico (...).” “O Julgamento *phrase unique*, que é destinado a traduzir estritamente a vontade do legislador sob a forma de um silogismo, se torna manifestamente insuficiente para desempenhar a tarefa pedagógica que os cidadãos esperam das decisões judiciais. O tecnicismo e a falta de acessibilidade do julgamento acabam por arruinar a sua autoridade” [Canivet 2005-a:14-15] A razão das preocupações, para nós, está na ausência de publicidade que deveria ser geral e irrestrita – de todas as razões efetivamente relevantes para a tomada de decisão. A pergunta que constitui o maior problema para o jurista francês que abandona a dogmática legalista da Escola da Exegese e encara abertamente o fato do poder normativo das altas cortes do Judiciário é: como compatibilizar o *style phrase unique* com a exigência constitucional de motivação das decisões, que constitui um dos mais importantes símbolos da resistência francesa ao arbítrio judicial? O problema cresce de proporção a cada dia, pois no contexto do Estado Constitucional contemporâneo a evolução da Ciência, dos padrões comportamentais tidos como socialmente aceitáveis, bem como a crescente diversidade (pluralismo) que caracteriza todos os Estados constitucionais – inclusive e em especial o Estado Francês – fizeram com que a lei deixasse paulatinamente de ocupar o lugar único ou central na determinação do conteúdo do Direito. Como explica Prieto Sanchís [1999:34], “o Constitucionalismo submete a uma profunda revisão das teses mais frequentemente atribuídas ao Positivismo teórico: a supremacia absoluta da lei como expressão da soberania representada no Parlamento”. A concepção positivista de fontes do Direito é diuturnamente desmentida pela prática das cortes supremas (e, obviamente, das cortes constitucionais) dos Estados Constitucionais contemporâneos. [...] Nesse sentido, Alexy esclarece que, desde o momento em que o poder Judiciário passa exercer controle sobre a atividade legislativa (normalmente, por meio da jurisdição constitucional, mas em França por meio do controle de validade de atos legislativos à luz dos tratados internacionais e por meio da aplicação do direito comunitário), o próprio conceito de representação popular passa por uma transformação. Ao lado da representação popular democrática em sentido estrito, isto é, do exercício da autoridade pelo Parlamento eleito para representar os interesses do povo, pode-se falar também em uma representação argumentativa. A ideia de Democracia deixa de ser vista como apenas um sistema que contém “não mais que um processo de tomada de decisão centrado na ideia de eleição e da regra majoritária” [Alexy 2005-a: 579], mas passa a ser estendida para compreender também os processos argumentativos que ocorrem no interior das instâncias de tomada de decisão. Daí, “uma concepção adequada de Democracia torna esta deliberativa” [ibidem]. A forma de se legitimar as decisões, no novo paradigma que

²¹⁸ CANIVET, Guy. 2007, p. 7-32.

Alexy descreve como “Constitucionalismo discursivo” [idem: 581], não é apenas através da fonte ou da autoridade que a prolatou, mas também por meio de uma justificação racional – e, portanto, correta em sentido jurídico-moral da própria decisão e dos juízos de valor e escolhas éticas que se realizam junto a ela. Numa palavra o “giro neorrealista” – para mantermos a expressão García Figueroa – demanda do juiz que as razões que justificam suas decisões sejam publicamente defendidas e fundamentadas em discursos racionais. A justificação/legitimação da jurisprudência francesa pressupõe, portanto, ir além do *style phrase unique*, pois justamente o que fica implícito nele é o que mais necessita de debate e argumentação para que uma decisão possa ser considerada correta.²¹⁹

Nesse sentido, desenvolveu-se na França meios alternativos de suprir esse *déficit* de legitimidade das decisões judiciais, seja por meio do intenso diálogo entre as os pronunciamentos da Corte e a doutrina francesa, seja por intermédio da formação de grupos de trabalho para discutir no âmbito interno da Corte as soluções adequadas para os *hard cases*, ou, ainda, através da adoção de meios de publicação e divulgação de sua jurisprudência. Esses são exemplos do esforço de atribuir às suas decisões judiciais no direito francês a necessária medida de legitimidade discursiva.²²⁰

A segurança jurídica e a estabilidade do direito, por seu turno, demandam a recepção no direito francês de um sistema de precedentes. O próprio Guy Canivet, enquanto ocupava o cargo de Primeiro Presidente da Corte de Cassação, vislumbrou a incidência de um elemento de *estabilidade* sobre o exercício da função jurisdicional, valendo-se, inclusive, da metáfora de Dworkin, que na obra “O Império do Direito”, compreende as decisões judiciais enquanto uma espécie de “romance em cadeia”.²²¹

Se a vocação contemporânea ao fortalecimento da jurisprudência e da doutrina deflagrou um profundo movimento de rearticulação do conceito de soberania, à luz do papel da Corte de Cassação na França – e da função normativa dos precedentes –, com muito maior razão é necessário investigar a realidade brasileira, em que as bases políticas e ideológicas são completamente diversas daquelas que inibiram por séculos a força vinculante do precedente judicial no continente Europeu.²²²

²¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p. 32, 37-38.

²²⁰ “Esses e outros mecanismos modernos de legitimação das decisões da Cour de Cassation constituem evidência, portanto, de que, pelo menos hoje em dia, é apressado e especialmente incorreto concluir que a Corte esteja livre (em função do *estilo phrase unique*) para decidir com base em um simples ato de vontade, pois os modos de formação e evolução da jurisprudência francesa e os mecanismos de suplementação das motivações e de interação com a comunidade jurídica indicam um elevado teor de legitimação discursiva (argumentativa) das regras jurisprudenciais de modo geral.” In BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.25.

²²¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 2012, p.25.

²²² ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 38.

4 - O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

4.1 - BRASIL: UM PAÍS DE TRADIÇÕES JURÍDICAS HÍBRIDAS.

4.1.1 - A formação da tradição jurídica brasileira.

Conforme noticiam os registros históricos, o território que hoje corresponde ao Brasil foi conquistado pelos europeus ao final do século XV, tornando-se colônia de Portugal. Disso decorreu que o processo de construção do Estado Brasileiro recebeu inegável influxo da cultura, das instituições jurídicas e governamentais e do direito da Europa continental, sobretudo de Portugal²²³, França e, mais à frente, Alemanha.

A vinda da família real portuguesa à colônia foi fator determinante para a emancipação do Brasil à condição de reino, principalmente com a expansão do comércio brasileiro às “nações amigas”. Na perspectiva jurídica, o Brasil foi reconhecido reino com a edição da Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, que instituiu o “Reino Unido de Portugal, Algarves e Brasil.”²²⁴

²²³ “A história do direito brasileiro não pode ser contada ‘desde as sementes’, porque já ‘nasceu do galho e planta, que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente’, como alerta Pontes de Miranda. Uma volta às sementes, pois, se afigura de todo imprescindível”. In MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009. p. 23.

²²⁴ “Carta de Lei de 16 de Dezembro de 1815. Eleva o Estado do Brasil á gradação e categoria de Reino. D. João por graça de Deus, Príncipe Regente de Portugal e dos Algarves etc. Faço saber aos que a presente carta de lei virem, que tendo constantemente em meu real animo os mais vivos desejos de fazer prosperar os Estados, que a providencia divina confiou ao meu soberano regimen; e dando ao mesmo tempo a importancia devida a vastidão e localidade dos meus dominios da America, a copia e variedade dos preciosos elementos de riqueza que elles em si contém: e outrosim reconhecendo quento seja vantajosa aos meus fieis vassallos em geral uma perfeita união e identidade entre os meus Reinos de Portugal, e dos Algarves, e os meus Dominios do Brazil, erigindo este aquella gradação e categoria politica que pelos sobreditos predicados lhes deve competir, e na qual os ditos meus dominios ja foram considerados pelos Plenipotenciarios das Potencias que formaram o Congresso de Vienna, assim no tratado de Alliança, concliodo aos 8 de Abril do corrente anno, como no tratado final do mesmo Congresso: sou portanto servido e me praz ordenar o seguinte: I. Que desde a publicação desta Carta de Lei o Estado do Brazil seja elevado a dignidade, preeminencia e denominação de -Reino do Brazil-. II. Que os meus Reinos de Portugal, Algarves e Brazil formem d'ora em diante um só e unico Reino debaixo do titulo - Reino Unido de Portugal e do Brazil e Algarves.- III. Que aos titulos inherentes a Coroa de Portugal, e de que até agora hei feito uso, se substitua em todos is diplomas, cartas de leis, alvarás , provisões e actos publicos o novo titulo de - Príncipe Regente do Reino Unido de Portugal e do Brazil e Algarves,d'aquem e d'alem mar, em Africa de guiné e da Conquista, Navegação e Commercio da Ethiopia, Arabia Persia, e da India etc.- E Esta se cumprirá, como nella se contem. Pelo que mando a uma e outra Mesa do Desembargo do Paço e da Consciencia e Ordens; Presidente do meu Real Erario; Regedores das Casas da Supplicação; Conselhos da minha Real Fazenda, e mais Tribunaes do Reino Unido; Governadores das Relações do Porto, Bahia e

Pouco depois, em 3 de junho de 1.822, “três meses antes do episódio às margens do Ipiranga”, a Coroa convocava a primeira assembleia constituinte do Estado brasileiro. Como o movimento de constituição do Estado partiu da família real,²²⁵ naturalmente a primeira forma de governo adotada foi a monarquia. A *outorga* da Constituição de 1.824 deu início ao período histórico conhecido como Brasil Império.

A Constituição de 1.824 adotou a concepção liberal de Estado (segundo o modelo do *État Légal* francês)²²⁶ para articular a organização política segundo a teoria tripartite dos poderes,

*Maranhão; Governadores e Capitães Generaes e mais Governadores do Brazil, e dos meus Dominios Ultramarinos; e a todos os Ministros de Justiça, e mais pessoas, a quem pertencer o conhecimento e execução desta Carta de Lei, que a cumpram e guardem, e façam inteiramente cumprir e guardar, como nella se contem, não obstante quaesquer leis, alvarás, regimentos, decretos, ou ordens em contrario; porque todos e todas hei por derogadas para este effeito somente, como si dellas fizesse expressa e individual menção, ficando alias sempre em seu vigor. E ao Dr. Thomaz Antonio de Villanova Portugal, do meu Conselho, Desembargador do Paço e Chanceller-Mor do Brazil, mando que a faça publicar na Chancellaria, e que della se remetam copias a todos os Tribunaes, cabeças de Comarca e Villas desta Reino de Portugal; remetendo-se tambem as referidas copias as estações competentes ; registrando-se em todos os logares, onde se costumam registrar semelhantes Cartas; e guardando-se o original no Real Archivo, onde se guardam as minhas leis, alvarás, regimentos , cartas e ordens deste Reino do Brazil. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 16 de Dezembro de 1815. O PRINCIPE com guarda. Marquez de Aguiar. Carta de lei pela qual Vossa Alteza Real ha por bem elevar esta Estado do Brazil a graduacão e cathogoria de Reino, e unil-o aos seus Reinos de Portugal e dos algarves, de maneira que formem um só corpo politico debaixo do titulo de - Reino Unido de Portugal e do Brazil e Algarves -: tudo na forma acima declarada. Para Vossa Alteza Real ver. Manoel Rodrigues Gameiro Pessoa a fez.” In **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1815**, Página 62 Vol. 1, <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anteriora1824/cartadelei-39554-16-dezembro-1815-569929-publicacaooriginal-93095-pe.html>>>, acesso em 05.03.2015.*

²²⁵ Diferente do que ocorria nas demais colônias das américas nesse período histórico, em que movimentos de revolução impunham o completo rompimento em relação ao domínio dos Estados colonizadores, no Brasil o evento político de “independência” de Portugal emanou da própria família real portuguesa, não porque a Coroa estivesse alinhada a um sentimento de identidade nacional, mas porque, se não o fizesse, teria seu domínio ameaçado tal como ocorria nas demais colônias americanas. Paralelamente, seria um modo de a família real se livrar das pressões de Portugal para que o Brasil retornasse à condição de colônia. Logo, a “independência” brasileira consistiu em uma artificiosa “jogada política” para que a família real se mantivesse no governo: “A convocação da Constituinte em 3 de junho de 1822, portanto três meses antes do episódio às margens do Ipiranga foi uma das medidas tomadas contra as tentativas de recolonização das Cortes Portuguesas, mas foi somente em 3 de maio de 1823 que se deu a abertura da Constituinte, era preciso, segundo o governo, ‘preparar terreno’ para o início dos trabalhos. Esta preparação se deu através de um extermínio de possibilidades de oposição primeiro fazendo com que as eleições fossem restritas a um grupo pequeno visto que teria direito de voto para a Constituinte todo cidadão, casado ou solteiro, sendo emancipado – ou seja, que não fosse filho de família no sentido romano – e tendo mais de 20 anos. Estavam excluídos os religiosos regulares, os estrangeiros não naturalizados, os criminosos e os que viviam de salário ou soldadas de qualquer modo à exceção dos caixeiros de casas comerciais, os criados de Casa Real que não fossem de galão braço e os administradores de fazenda e fábricas.”. In CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005, p. 347.

²²⁶ “No *État Légal*, a garantia da supremacia do direito repousa na garantia de legalidade próprio do Estado, seu instrumento fundamental, cuja legitimidade encontra-se fundada ‘sur le postulat de l’existence d’un droit naturel ou droit de la Raison’, como observa luc Heuschling, sendo esse o seu pressuposto filosófico-jurídico específico, na lição de Antônio Castanheiras Neves. Nesse ambiente político, filosófico e metodológico, os juízes limitam-se a vocalizar estritamente as palavras da lei, tendo em conta mesmo dois dos ‘postulados capitais’ da Escola da Exegese, quais sejam, a identificação de todo o direito com a lei e a assunção da exclusividade da lei como único critério jurídico possível. Em decorrência desse papel central outorgado à legalidade e da dimensão

com um diferencial: foi adicionado ao Legislativo, Executivo e Judiciário, o Poder Moderador:

A Constituição Imperial indicava uma divisão de poderes, como era de se esperar de uma Monarquia que desejava ser Constitucional nos moldes Iluministas, entretanto, indo além de Montesquieu que apontava serem ideais três poderes, o executivo, o legislativo e o judiciário, a primeira constituição brasileira interpõe um quarto poder, o moderador: “Art. 10. Os Poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”²²⁷

O início do que pode ser apontado como *tradição jurídica brasileira* remonta ao momento imediatamente posterior à outorga da Constituição de 1.824. Inicialmente não havia faculdades de direito no país. Os juristas brasileiros eram formados em Portugal ou na França.²²⁸ Eles retornavam ao Brasil com a formação jurídica da Europa continental. Por isso, desde suas primícias, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou institutos, doutrinas, teorias, normas e mesmo a inspiração do *civil law* francês, além do direito lusitano.

O Código Criminal de 1.830 e o Código de Processo Criminal de 1.834, constituídos de acordo com os cânones liberais que efervesciam no continente europeu, alçaram o reconhecimento na comunidade jurídica internacional por sua “alta qualidade”. Isso abriu caminho para a criação de cursos de direito no Brasil.²²⁹

minimalista do Judiciário, o État Légal desconhece um controle de constitucionalidade da lei propriamente dita, cifrando-se à aferição da conformidade do projeto de lei à Constituição, relegando-o ainda a órgão não-jurisdicional. No que agora nos interessa, importa observar que o modelo do État Légal repousa a sua tônica sobre o legislador, principal artífice da ordem jurídica francesa da Idade Moderna, decorrência inexorável da ruptura histórica advinda da Revolução de 1789. Consequência dessa impostação pode ser observada, na pragmática jurídica, no fato, bem anotado por José Joaquim Gomes Canotilho, de que mesmo a supremacia constitucional francesa cede à primazia legal. Expressivamente, diz-se que a força normativa da Constituição vai verdadeiramente ‘neutralizada’ pelo État Légal, na arguta e irônica apreciação de Canotilho. [...] na Constituição de 1824, consoante anota Gilmar Ferreira Mendes, inexistia qualquer sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos do poder público, estando consagrado, nessa perspectiva, o ‘dogma da soberania do Parlamento’, próprio do État Légal francês (ressalvadas, é claro, pontuais intervenções do Poder Moderador)”. In MITIDIERO, Daniel. 2009. p. 24.

²²⁷ CASTRO, Flávia Lages de. 2005, p. 355.

²²⁸ CASTRO, Flávia Lages de. 2005, p. 355.

²²⁹ “Depois da independência e depois dos primeiros grandes Códigos brasileiros entrar em vigor, cursos jurídicos começaram a ser criados no Brasil. Os primeiros foram o de Olinda, o de Recife e o de São Paulo. O currículo destas escolas foram aprovadas pelo Decreto de 1825 e ‘englobavam programas de direito natural e públicos, análise da Constituição Imperial, direito das gentes e diplomacia (1º ano), direito público eclesiástico (2º ano), direito pátrio civil, direito pátrio criminal, teoria e prática do processo criminal (3º ano), continuação do direito civil, direito mercantil e marítimo (4º ano), economia política e prática do processo adotado pelas leis do Império (5º ano). Nos anos de 1853 e 1854 o currículo foi ampliado, incluiu-se o estudo das ‘Institutas de Direito Romano’ e de ‘Direito Administrativo Pátrio’. Estas legislações também transformaram as Academias Jurídicas em Faculdades de Direito que concediam o grau de bacharel formado para os que frequentassem, com aprovação, os cinco anos do curso e davam o título de Doutor a quem defendesse tese. Este último título era indispensável para a prática do magistério.” In CASTRO, Flávia Lages de. 2005, p. 386.

Esses cursos, como eram de se esperar, atendiam à dinâmica de formação acadêmica da Europa continental, isto é, do *civil law*. À semelhança do ensino jurídico praticado nos países de *civil law* europeu oitocentista, eram inclusos nas grades curriculares das academias brasileiras os estudos do direito romano e direito administrativo (público).²³⁰

Veja-se que, desde suas primícias, o direito infraconstitucional brasileiro esteve orientado segundo a tradição *civil law*. Interessante notar que, mantendo a *ideologia liberal* no plano de fundo, o Código Civil brasileiro de 1.916 *receptionou* o movimento *pandectista* alemão,²³¹ encontrando no Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) sua principal fonte escrita. Juristas como Friedrich Carl Freiherr von Savigny e Rudolf von Jhering conformaram relevante parte do pensamento jurídico dos autores brasileiros:

No século XIX, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) e Clóvis Bevilacqua (1859-1944), contribuíram para essa recepção, o que se deu pelo acesso às fontes germânicas ou pelo diálogo com o movimento pandectista, em cuja fase final de formação, foi liderado por Gustav Hugo (1764-1844) e por Friedrich Carl Freiherr [Barão] von Savigny (1779-1861), e seus discípulos. Posteriormente, graças à Escola do Recife, essa relação também se deu com escritos de autores como Rudolf von Jhering (1818-1892). O Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) é o símbolo mais reluzente desse processo de recepção e de influência da cultura jurídica germânica no Brasil, embora não seja o único, evidentemente. É (quase) impossível encontrar um manual, um tratado ou um curso de Direito Civil brasileiro, de algum nível, que desconheça o BGB ou que não cite seus dispositivos. Alguns exemplos assim o comprovam. No primeiro volume de sua coleção de Direito Civil, dedicado à Parte Geral do Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa cita o Código Civil alemão em 21 passagens. Caio Mário da Silva Pereira, em seu livro de Teoria Geral do Direito Civil, faz um total de 16 remissões a artigos do Código Civil alemão. Orlando Gomes, outro doutrinador muito lido nos cursos de graduação, cita o BGB em 10 seções de seu livro introdutório ao Direito Civil brasileiro. As codificações não se podem compreender isoladas de seu momento histórico e das condicionantes intelectuais de seus idealizadores. Nesse sentido, em relação ao BGB foram construídos alguns consensos, como a natureza liberal dessa codificação (“uma obra tardia do

²³⁰ CASTRO, Flávia Lages de. 2005, p. 386.

²³¹ Cumpre salientar que, na realidade, o direito alemão já lançava suas influências sobre o direito brasileiro desde o direito de Portugal: “A influência alemã na formação do Direito Civil brasileiro é inegável e deita suas raízes em diferentes momentos. Os costumes, os institutos e as normas do país que hoje se denomina de Alemanha “entraram” para o Direito português, ainda sob o domínio do invasor visigótico, no anoitecer violento e trágico do Império Romano do Ocidente. Posteriormente, houve nova recepção nos tempos medievais do *ius commune*. No Brasil Colônia muitos desses elementos foram introduzidos por efeito da aplicação das leis portuguesas. Houve um entrelaçar da influência direta das fontes portuguesas e indireta das fontes alemãs. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em belíssima metáfora, anotou que o Direito brasileiro não se pode estudar desde suas sementes, na medida em que ‘nasceu do galho de planta que o colonizador português – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América – trouxe e enxertou no novo continente’”. In RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **A Influência do BGB e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 938, dez. 2013, p. 79-55.

liberalismo”), marcada pela defesa da propriedade absoluta e da família tradicional, o que a tornaria um exemplo de uma lei nascida sob o signo do passado, incompatível com as exigências do século XX. Esses consensos, de modo curioso, recaíram sobre o Código Civil de 1916, como que por um processo de assimilação ideológica.²³²

José Carlos Moreira Alves, “*o último professor a ostentar formalmente o título de catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo*”, contribuiu em grande medida para a recepção do direito alemão em nosso ordenamento pátrio. Enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal (de 1.975 a 2.003), Moreira Alves aplicou em seus votos o direito alemão combinado ao direito romano (vale destacar que, até a promulgação da CRFB/1.988, o STF reunia também a competência para apreciar as matérias envolvendo o direito infraconstitucional).²³³

Além disso, na qualidade de “*membro da comissão redatora do Anteprojeto do Código Civil de 2002*” e relator da Parte Geral, Moreira Alves foi responsável pela inserção de diversos institutos do direito civil alemão no Código de 2.002. E, no campo doutrinário, o jurista ainda publicou diversas obras amparadas no direito alemão e no direito romano:

José Carlos Moreira Alves, o último professor a ostentar formalmente o título de catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo, combinava o Direito alemão e o Direito Romano em seus livros e, depois de sua nomeação para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seus votos, tanto no Direito Privado quanto no Direito Público. É oportuno anotar que, até a Constituição de 1988, o STF acumulava as funções de revisão e cassação, no que se refere ao direito ordinário, além da competência constitucional. Moreira Alves foi membro da comissão redatora do Anteprojeto do Código Civil de 2002, cabendo-lhe a relatoria da Parte Geral. Nesse âmbito, o Direito Civil alemão foi recepcionado de modo direto pelo Código brasileiro, em diversos temas, como os direitos da personalidade, a teoria da representação, a teoria das nulidades, a simulação, a conversão substancial do negócio jurídico, o silêncio e a prescrição. No campo doutrinário, o livro de Moreira Alves sobre a posse é um destacado exemplo da aplicação dos constructos teóricos alemães. Há ampla consulta de autores germânicos do século XIX e da primeira metade do século XX, além de serem enfrentados temas como a vontade possessória (Besitzwille), a distinção entre posse própria (eigener Besitz), posse mediata (mittelbarer Besitz) e posse imediata (unmittelbarer Besitz). Outros estudos baseados no Direito Civil alemão e no Direito Romano foram sua teses sobre a alienação fiduciária e sobre a cláusula de retrovenda.²³⁴

Além de Moreira Alves, podem ser apontados como juristas de inspiração germânica José Manoel de Arruda Alvim Netto, Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São

²³² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

²³³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

²³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

Paulo, Clóvis Beviláqua (1.859-1.944), Eduardo Espínola (ex Ministro do STF e um dos divulgadores do *pandectismo* no Brasil), Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1.892-1.979) – jurista de indelével importância na construção do direito civil brasileiro, considerado o “*embaixador mais importante que o Direito alemão teve no Brasil*” – Orlando Gomes, Miguel Maria de Serpa Lopes e, mais recentemente, Claudia Lima Marques, dentre outros. Todos eles contribuíram (e contribuem) para a *recepção* do direito alemão no sistema jurídico brasileiro.²³⁵

Mais tarde, a influência desse movimento alcançou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Conforme noticia Otávio Luiz Rodrigues Junior, entre 01.01.1989 até 31.12.2012, a Corte Superior utilizou nas fundamentações de seus acórdãos: 62 citações de Karl Larenz, em sua maioria em referência à obra “*Metodologia da ciência do Direito*”, 15 citações de Karl M. Ludwig Enneccerus, 8 citações de Justus Wilhelm Hedemann, 2 citações de Claus-Wilhelm Canaris e, ao menos, 1 citação de Andreas von Tuhr.²³⁶

Não obstante, diferentemente de Portugal, onde se operou verdadeira transposição de “*um sistema de matriz francesa (França, Bélgica, Espanha e países latino-americanos de língua espanhola)*” para um “*sistema de matriz germânica (Alemanha, Suíça e Áustria)*”,²³⁷ no

²³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

²³⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

²³⁷ “*Note-se que, em Portugal, a “germanização” do Direito Civil também ocorreu e de modo muito mais intenso que no Brasil, no final do século XIX e início do século XX. Em larga medida, essa viragem histórica deveu-se aos ofícios de um professor da Universidade de Coimbra, Guilherme Alves Moreira (1861-1922), catedrático de Direito Civil, líder republicano e ministro de Estado da Justiça (1915). Ele introduziu em Portugal os ensinamentos do movimento pandectista e o conceitualismo de Savigny. Seu magnum opus denominou-se Instituições de Direito Civil português, de 1907. A obra de Guilherme Alves Moreira e, mais que isso, sua docência universitária foram determinantes para a transformação do Direito Civil português, até então sob forte preeminente influência do Code Napoleon de 1804. O Código do Visconde de Seabra, em vigor de 1867 até 1966, era notoriamente obsequioso ao modelo francês, quanto à forma jurídica, o que se denota por sua estrutura, que se dividia em suas partes: (a) 1.a – capacidade civil; pessoas e situações familiares; (b) 2.a – aquisição dos direitos; direito de propriedade; ofensa dos direitos e sua reparação; responsabilidade civil; prova dos direitos e sua restituição. António Menezes Cordeiro observa que o Código do Visconde de Seabra “poderia ter sido mantido até aos nossos dias”, porque suas qualidades não impediram a “viragem da doutrina portuguesa” para a influência alemã. Guilherme Alves Moreira, ao publicar as Instituições, de modo deliberado, estruturou a matéria em conformidade com o modelo pandectista (sujeito, bens e relações jurídicas) e procedeu à elegante crítica da legislação em vigor. A modificação operada, graças a Alves Moreira, foi de tal profundidade que as novas gerações de civilistas portugueses seguiram seus passos e abandonaram tanto o método quanto os padrões da Escola Francesa. O culminar desse processo deu-se em 1966, com a edição do novo Código Civil português, em vigor desde 1967, conhecido como Código Vaz Serra ou, como preferem outros, Código Antunes Varela, em homenagem a seus principais elaboradores. Essa nova lei é tão marcadamente vinculada ao projeto dogmático germanista que ela se torna “incompreensível se não se atinar num fenómeno da maior importância” que foi a “recepção da doutrina alemã”, também conhecido como a “terceira sistemática”. A vigente codificação portuguesa possui uma Parte Geral e livros sobre o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito da Família e o Direito das Sucessões. Adotou-se o chamado “sistema*”

Brasil, “apesar da influência germânica na codificação de 1916 e no então Projeto Reale (da década de 1970, que se converteria no atual Código), a força da Escola Francesa manteve-se muito nítida, de modo especial na Universidade de São Paulo”:

No Brasil, a recepção do Direito Civil alemão deu-se intensamente nas codificações de 1916 e 2002, diferentemente do ocorrido em Portugal. No século XX, apesar da influência germânica na codificação de 1916 e no então Projeto Reale (da década de 1970, que se converteria no atual Código), a força da Escola Francesa manteve-se muito nítida, de modo especial na Universidade de São Paulo. Nomes como Jorge Americano (1891-1969), Vicente Ráo (1892-1978) Silvio Rodrigues (1917-2004), Washington de Barros Monteiro (1908-1999) e Antonio Junqueira de Azevedo (1939-2009) foram exemplos dessa ligação com a matriz francesa, embora não exclusivamente, pois em suas obras também se percebe a presença de traços da dogmática italiana e alemã. Caio Mário da Silva Pereira (1913-2004) e Álvaro Villaça Azevedo (1937-) também seguiram uma linha autônoma, mais influenciada pelo Direito Romano e pelos Direitos francês e italiano.²³⁸

Isto é, embora a “ciência jurídica” alemã tenha assumido o palco do direito civil brasileiro durante o século XX, o direito romano e o direito francês permaneceram fortemente atrelados à doutrina, à legislação e à jurisprudência nacionais. Seja por influência do *Code Napoléon*, seja em virtude do BGB alemão, o direito brasileiro do século XX foi nitidamente conformado segundo a “era dos códigos”:

A “Era dos Códigos” se caracteriza por sistema de tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude. Deve ser reconhecido que são dois os modelos de direito na tradição romano-germânica moderna: o direito do *Code*, de matriz liberal e racionalista, francês (Escola da Exegese), e o direito dos *pandectistas*, de matriz histórica e circunstanciada, alemão (Escola Histórica e, posteriormente, Jurisprudência dos Conceitos), como explicita a doutrina, duas formas de expressão do jusracionalismo iluminista através da lei: os códigos e o sistema: “Há dois paradigmas do modelo sistemático do tipo fechado, o que será expresso no *Code* e o que encontrará a sua forma na *pacdecística* alemã. Em ambos ecoará o *jusracionalismo*, mas o primeiro encontrará as suas raízes no iluminismo: Descartes, Puffendorf, Domat, Pothier – e também Voltaire, Rousseau e Montesquieu – serão os seus padrinhos. A *lei*, considerada como fruto da atividade parlamentar, *era seu instrumento*. O segundo modelo derivará da descendência intelectual de Leibniz e Wolff, que influenciará decisivamente grande parte da ciência jurídica alemã oitocentista, a qual percorre o ordenamento tentando exprimir as normas de modo sistematizado como uma construção sistemática.

dos cinco livros”, que, à semelhança do BGB, se pretende educativo e didático. Os grandes privatistas portugueses contemporâneos permanecem fiéis ao projeto de Guilherme Alves Moreira, o que indiretamente afeta o Direito brasileiro. A originalidade do Direito português, com seu rigor metodológico e larga tradição, oferece uma interessante combinação com as fontes alemãs. Outra explicação para essa “mudança de matriz”, está nas vantagens da doutrina desenvolvida na Alemanha, por permitir que se operem “reduções centrais”, ao tempo em que “admite desenvolvimentos periféricos inovadores, tecidos face a problemas inesperados para o núcleo inicial”. Embora haja considerações no sentido de que a recepção em termos legislativos com o Código de 1966 ocorreu de modo cientificamente atrasado e, respeitadas algumas exceções, com base em conceitos da dogmática alemã dos anos 1920 e 1930”. In RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

²³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2013, p. 79-55.

Revela-se, assim, uma dupla pretensão, comum a ambos: a) “exclusividade das normas” (*rectius: regras*); b) “plenitude lógica de seus conteúdos”.²³⁹

Tudo isso explica, por um lado, a razão de o sistema jurídico brasileiro ter se conformado com tanta veemência aos institutos de direito do *civil law* do continente europeu (principalmente no que concerne à adoção do direito romano como fonte remota, à distinção entre o direito público e o direito privado, ao tom de racionalidade científica que é empregado ao se lidar com o direito privado), juntamente com grande carga da filosofia liberal revolucionária (tendência à codificação, concepção de soberania atrelada à lei, teoria tripartite de divisão entre os poderes, e atividade *declaratória* do direito por meio da jurisdição).

De outro giro, a influência do direito lusitano fornece elementos para compreender a grande autoridade de que a doutrina sempre gozou na comunidade jurídica brasileira, sobretudo naquilo que diz respeito ao direito processual civil. Mais do que isso, os influxos do direito de Portugal deveriam ter orientado a história e a prática processual e jurídica do direito brasileiro a não incorporar da matriz francesa ao menos os cânones da *ideologia* liberal revolucionária.²⁴⁰

[...] enquanto nos demais Estados o direito legislado era utilizado como instrumento de “revolução” (afirmação de um novo paradigma de Estado na França) ou “unificação” (conciliação entre interesses contrapostos do governo central e dos nobres proprietários de terras na Alemanha), resultando de um processo, em ambos os casos, de ruptura com a ordem feudal anteriormente estabelecida, em Portugal, ele poderia ser melhor entendido como um direito mais aberto à interpretação e aos costumes da doutrina, um direito erudito, da “boa razão” (*mos italicus*), já que não era questionada (ou questionável) a autoridade central do soberano, que sempre tinha a última palavra no direito, a “*Suprema Magistratura*”. Nossa história nacional passa, assim, pelo entendimento do direito português. Foram as fontes lusitanas que influenciaram o direito brasileiro na sua formação inicial, só apresentando uma ruptura mais radical no final do século XIX e início do século XX. Destarte, o processo civil brasileiro é o processo que tem “suas fontes mais remotas” no direito romano e visigótico, e as fontes intermediárias no direito das Ordenações portuguesas. Como exemplo dessa influência e da influência do direito comum na formação dos nossos institutos jurídicos, temos a vigência das Ordenações (Afonsinas de 1446, Manuelinas de 1521 e Filipinas de 1603) durante largo período, até praticamente 1890, quando no direito processual civil passou a ser aplicado o Regulamento nº 737/1850, por força do Decreto nº 763/1890. Aspecto relevante é que, apesar das legislações posteriores, a lei continuou a ser influenciada pelos juristas e pela doutrina escrita, o “bartolismo”, até o advento da Codificação Civil em 1916 e da Codificação Processual em 1973, sem resistência do sistema a essa prática. Portanto, correta a expressão de Judith Martins-Costa de que a nossa “independência jurídica” (no direito civil) aconteceu quase um século depois da independência política, somente em 1916, com a edição do Código Beviláqua. O “*bartolismo*”, aplicação da doutrina que empresta o nome de um importante

²³⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 97.

²⁴⁰ Como dito acima, Portugal abandonou a matriz do direito francês em detrimento do direito civil alemão.

jurisconsulto da época, *Bartolo de Saxoferrato*, tão importante que vem expressamente mencionado nas Ordenações, é um recurso ou “instituto” do direito comum (direito erudito, o direito dos glosadores e dos pós-glosadores). Entendido como direito subsidiário ao direito escrito, mesmo que eventualmente, em um outro momento, tenha assumido papel prevalente, teve inegável e profunda influência na formação das nossas tradições jurídicas brasileiras. Determina a mentalidade do jurista não como um técnico do direito, destinado a aplicar a lei de forma unívoca, mas como um “sabedor” do direito. Daí a vocação, no direito brasileiro, para a criação do direito e para a busca da justiça no caso concreto. [...] O que interessa ressaltar nesse contexto é que as tradições racionalistas que propugnam a lei como fonte primária do direito não são consentâneas à história e à prática processual e jurídica do direito brasileiro. A jurisprudência já desempenhou papel fundamental como fonte do direito no período clássico do direito romano e ainda desempenha nos países da *common law*. A aplicação prática do direito no Brasil sempre foi flexível à realidade do caso concreto e influenciável pela doutrina (bartolismo), mas não só, cada vez mais pela jurisprudência mesma, que começa em passo acelerado a fazer parte do cotidiano dos juristas (contribui enormemente para esse fenômeno a facilidade de acesso aos julgados possibilitada pelas tecnologias modernas, notadamente a internet). Não obstante, a moldura paradigmática imposta ao direito brasileiro pelos países da Europa continental, vinculando todo o direito à lei, está clara na leitura do art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.²⁴¹

Em que pese à vocação do direito brasileiro à jurisprudência e ao diálogo com a doutrina, o Código de Processo Civil de 1973 – editado durante o regime de exceção – adotou abertamente a matriz liberal da França revolucionária, enunciando em seu artigo 126 que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Conforme anota Daniel Mitidiero, o artigo 126 do CPC/1973 retrata verdadeira “invasão napoleônica” do processo civil infraconstitucional.

4.1.2 - O processo civil infraconstitucional como técnica racionalista e individual orientado segundo a tradição do *civil law*.

Embora o Código Civil de 1916 tenha recebido intensa carga do *Rechtsstaat* alemão, o direito europeu continental apenas foi manifestado “com toda sua potência” no ordenamento jurídico brasileiro com a edição Código de Processo Civil de 1973.²⁴² De fato, o CPC/1973 constituiu

²⁴¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 224-227.

²⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 228.

um diploma de matriz eminentemente liberal, inspirado caráter individualista das demandas e não intervencionista do Estado Juiz.

Nada mais natural, pois, como visto, a doutrina da Europa continental foi incorporada em larga escala pelos juristas brasileiros. Com efeito, grande parte dos juristas brasileiros do século XIX, que contribuíram na construção da codificação processual civil, foram instruídos segundo o direito da Europa Continental, onde o *civil law* teve a sua gênese, sob os influxos radicais das ideologias da revolução francesa ao lado da ciência jurídica alemã:

O direito europeu continental teve outra trajetória, muito relevante porque influenciou grande parte dos juristas brasileiros do século XIX, que estudaram quase todos na Europa, e mais próxima e determinante dos juristas da modernidade brasileira, que se pode dizer manifestada com toda sua potência somente no processo civil do Código de Processo Civil de 1973. Trata-se da ascensão das doutrinas racionalistas, que representaram a apropriação do direito pelo príncipe na formação dos Estados-nações e sua posterior passagem do soberano para as assembleias populares, no quadro das revoluções burguesas. Nesse contexto, surge a “era das codificações”, a lei se apresentando definitivamente como fonte primária, primeira e absoluta do direito. A jurisprudência e a doutrina jurídica perdem todo o seu valor. Portanto, diferentemente do direito português, no qual as fontes legislativas submetiam, ora à supremacia do rei, ora à supremacia da doutrina e do direito das nações civilizadas, o direito desse período procura consolidar a máxima da lei clara e acessível a todos, a qualquer momento: *in claris cessat interpretatio*.²⁴³

Antes de prosseguirmos, importa ter em mente que “*o processo não é uma técnica a serviço de um sistema de direitos privados, ou mesmo de direitos do Estado (antigamente visualizados como públicos, pelo aspecto subjetivo)*”. Consoante anota Zaneti Júnior, “*o processo judicial é fenômeno de poder. A técnica vem depois, justificada pela ideologia que a orienta*”.²⁴⁴

O Código de Processo Civil de 1973, orientado primordialmente segundo as bases da tradição do *civil law*, apresenta-se como técnica inspirada pelos postulados da *ideologia liberal*, naturalmente vocacionada à solução de relações individuais (intersubjetivas), pouco dotado (ou quase desprovido) de aptidão para a tutela dos direitos em dimensão coletiva. Isso evidencia o rígido caráter individualista do processo civil infraconstitucional e sua *atrofia democrática*.

²⁴³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 228.

²⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 76.

Em regra, as relações processuais segundo a atual dinâmica do CPC/73 são estabelecidas com ênfase no resultado *inter partes*, sem maior preocupação com a tutela de casos futuros que possuam contornos semelhantes. Como a ênfase do processo, nesse contexto, recai apenas sobre a *justiça da decisão* – sendo a interpretação apenas um *meio* para alcançar essa finalidade – os fundamentos das decisões judiciais não recebem no cotidiano forense a devida importância.

Veja-se, a propósito, a técnica de elaboração dos acórdãos nas cortes superiores brasileiras (tanto do STF, quanto do STJ). Consoante anota Thales Morais da Costa, “a peculiaridade do método de redação dos acórdãos do STF é que não existe a prática de elaboração conjunta de um voto que seja representativo da opinião do tribunal.”:

O voto do relator retrata a opinião de um ministro, à qual os demais podem ou não aderir. Há casos em que cada ministro elabora o seu próprio voto, concordando com ou divergindo da opinião do relator. Ao final da sessão, tem-se uma soma de votos individuais que definem o resultado do julgamento. Caso a posição adotada pelo relator seja a vencedora, é ele quem redige a ementa do acórdão. Caso o relator original seja vencido, o ministro que abriu a divergência – à qual se revelou, ao final, ser a posição da maioria – atua como “relator para o acórdão”. Nos casos em que cada ministro elabora um voto em separado, é frequente que os votos vencedores coincidam apenas quanto à conclusão, distinguindo-se com relação aos fundamentos. Tendo cada ministro redigido o seu próprio voto, é difícil identificar onde se encontra a *ratio decidendi*, ou seja, o fundamento que teria levado o tribunal, como um órgão colegiado, a adotar certa decisão. É necessário examinar cada um dos votos e comparar as respectivas fundamentações para verificar se existe algo de comum entre elas.²⁴⁵

Interessante notar que, mesmo na França e na Alemanha, há a preocupação em divulgar o *entendimento do tribunal enquanto órgão colegiado*. Logo, as técnicas de elaboração dos acórdãos nas Cortes Constitucionais desses países seguem dinâmica completamente distinta da hipótese brasileira. Nelas, são submetidos à votação também os fundamentos que embasam as decisões, com o fito de se consolidar e tornar acessível a orientação do próprio tribunal:

A situação é radicalmente diferente nos tribunais constitucionais europeus e nos Estados Unidos da América. Veja-se o caso da França, que conhece um método de redação das decisões diferente do adotado no Brasil. Com efeito, naquele país, o relator elabora um projeto de decisão, que é submetido aos demais juízes durante uma sessão de julgamento secreta. Cada juiz faz observações e, conforme o caso, sugere mudanças tanto no que diz respeito à conclusão quanto no que tange à fundamentação. Cada uma das propostas de mudança é objeto de votação e, em

²⁴⁵ COSTA, Thales Morais da. **Conteúdo e Alcance da Decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130**. In Revista Direito GV. Vol. 10, n.º 01, jan-jun 2014. ISSN 1808-2432. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, p 121.

função do resultado, o trecho em questão do projeto do relator é reescrito pelo colegiado. Obtém-se, ao final, uma opinião coletiva sobre o caso, que é encaminhada para publicação. O projeto do relator, enquanto tal, não é publicado, tampouco as propostas de redação que não foram acolhidas pelo colegiado. Publica-se apenas a decisão tal como deliberada pelo tribunal. Essa situação vela seja nos casos de decisão unânime, seja nos casos de decisão por maioria, visto que, mesmo neste último caso, apenas a posição da maioria é publicada. A opinião dos juízes eventualmente vencidos nunca acompanha a publicação do acórdão. Como se vê, esse método de redação faz com que o acórdão seja acolhido pelo público como sendo a posição do tribunal em seu conjunto. A Alemanha encontra-se em situação muito similar à da França, pois a redação das decisões judiciais também é fruto de trabalho coletivo, o que leva os juízes a encontrar um compromisso não apenas quanto ao dispositivo, mas também com relação ao fundamento de suas decisões. Também aqui cabe ao relator submeter um projeto de decisão ao órgão colegiado. Cada parágrafo é analisado e votado. Se o relator ficar vencido em algum ponto, deve reescrever o trecho em questão e submeter novo projeto ao órgão colegiado na sessão de julgamento seguinte. Nova votação ocorre e, se o novo projeto do relator permanecer dissonante da decisão da maioria, cumprir-lhe-á redigir um terceiro projeto. E, assim, é possível haver diversas sessões de julgamento até que se tenha uma redação que seja aceita pelo tribunal. Uma vez definida a redação final do acórdão, ele deve ser assinado por todos os juízes que o aprovaram. A diferença mais importante com relação ao que ocorre na França consiste em que em havendo decisão não unânime, são divulgados os votos vencidos ao lado da opinião da maioria (sistema vigente a partir da reforma de 21 de dezembro de 1970). No entanto, mesmo no caso de decisão não unânime, o voto majoritário é fruto de uma deliberação coletiva, o que permite identifica-lo enquanto a opinião do tribunal em seu conjunto.²⁴⁶

Importa notar que a preocupação do tribunal de não apenas resolver o caso concreto, mas também enunciar uma orientação interpretativa definidora do sentido que deve ser empregado à norma jurídica diante de casos semelhantes, atende aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tanto em relação à proteção da *dignidade da pessoa humana* (CRFB/88, art. 1º, inc. III) – proferindo-se uma *decisão justa* para o caso concreto –, quanto em relação à *segurança jurídica* (CRFB/88, art. 1º, *caput*) – ao se editar um precedente vinculativo da atividade de reconstrução do sentido da norma jurídica a incidir em futuros casos semelhantes. Em outras palavras, essa postura reflete a atividade de um tribunal compreendido em um modelo de Estado Constitucional, ao passo em que a preocupação exclusiva com o resultado da lide individual é própria do modelo *État Légal*.²⁴⁷

²⁴⁶ COSTA, Thales Morais da. 2014, p 121-122.

²⁴⁷ Segundo Daniel Mitidiero, “a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou um *tríplice alteração no que concerne à compreensão do Direito. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente com um perfil subjetivo, pré-ordenado somente para resolução de casos concretos em juízo*”. A primeira mudança consiste na atribuição de força normativa aos princípios. A segunda, consiste na alteração da técnica legislativa, que cada vez mais lança mão das “técnicas abertas” (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados). A terceira alteração diz respeito ao significado de interpretação jurídica, que deixa de ser concebida como mera declaração de sentido, para ser encarada como verdadeira atividade de reconstrução do sentido da norma jurídica. “A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes. Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos mediante a prolação de

É verdade que o próprio legislador de 1973 não hesitou em afirmar que as fontes das quais se serviu na elaboração do Código de Processo Civil encontram-se na Europa continental.²⁴⁸ Veja-se, a propósito, a manifestação do então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, na exposição de motivos da legislação processual de 1973, calcada sob a óptica de que os modelos europeus utilizados como paradigma na construção do diploma legal constituiriam os “*monumentos legislativos mais notáveis*” daquele tempo:

Capítulo II [...] O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; Nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos. [...] Capítulo III [...] Na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem despreço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal. [...] Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos, da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito.²⁴⁹

Alusivamente aos valores liberais que inspiraram o legislador processual de 1973, é possível destacar a rígida distinção (*summa divisio*) entre direito público e direito privado, que o

decisão justa para o caso concreto e a formação de precedentes para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica”. In MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 13-29.

²⁴⁸ A esse respeito, Marcelo Abelha Rodrigues destaca que “a adoção confessada do modelo liberalista extraído dos diplomas processuais europeus (*vide* a exposição de motivos do CPC/1973, Capítulo III), notadamente o austríaco e o alemão, que foram construídos sob as luzes políticas da metade do século XIX, fez com que o CPC brasileiro tivesse um assumido e inconfundível perfil típico de um estado liberal. Adotar uma política estatal não intervencionista significa a adoção de um papel inverso àquele que caracterizava o Estado absolutista. O Estado liberal foi construído em pilares ideologicamente contrários ao Estado precedente para atender aos reclames da nova ordem social e econômica que causou o fim do absolutismo. Impulsionados pela necessidade de valorizar a propriedade e a liberdade dos cidadãos, e a partir daí a igualdade e o acúmulo de riquezas, a característica mais marcante de um Estado liberal é justamente papel não intervencionista do Estado. Como se disse, o temor de um ‘retorno’ absolutista, da invasão da propriedade e do cerceamento da liberdade praticamente obrigaram uma política não intervencionista do Estado liberal. Do ponto de vista das ciências jurídicas, é mais do que evidente essa postura adotada pelo legislador especialmente quando se tomam para uma análise os grandes Códigos que marcaram essa época.” In RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 2009, p. 18-19.

²⁴⁹ BRASIL. Exposição de Motivos n.º GM/473-B, 31 de julho de 1972. **Projeto de Lei que institui o Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal. 1974, p. 11-13. Extraído de <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>, acessado em 31.08.2014.

sistema jurídico brasileiro incorporou da Europa Continental, fruto, por sua vez, do direito romano clássico:²⁵⁰

Embora de concepção romana, a divisão entre público e privado tornou-se ostensiva e imperativa com a formação do Estado liberal, desenvolvido para atender ao anseio de uma nova classe que se erguia ao vértice da pirâmide social surgida com a Revolução Francesa: a burguesia. Essa nova classe, detentora dos meios de produção, que a partir de então alcançava o poder, fez desenvolver a formação de um Estado preocupado com o *laissez-faire, laissez-passer*, ou seja, quanto menos o Estado interviesse no domínio econômico, maior e melhor seria o seu papel no atendimento da isonomia (todos deveriam ter as mesmas chances e a intervenção do Estado poderia ferir a isonomia) e da liberdade de cada indivíduo. Em seu livro *A riqueza das nações*, Adam Smith (representante do liberalismo econômico) afirmava que o Estado soberano deveria ter três deveres a desempenhar: a proteção da sociedade de outras sociedades independentes; o estabelecimento de uma administração da Justiça dentro da sociedade; e a criação e manutenção de instituições públicas que nunca atrásem o interesse privado de qualquer indivíduo na sua criação e manutenção. Nesse ponto, é certa a colocação de Ivo Dantas ao dizer que ‘o liberalismo pode ser identificado’ em duas perspectivas – econômica e política –, as quais se fundem para moldar o que costuma denominar de Estado liberal. ‘Assim, na primeira, temos a *política econômica* como a expressão concreta do *liberalismo econômico*; na segunda, defrontamo-nos com o denominado constitucionalismo liberal, representado, principalmente, pelo Estado de Direito. Neste, a supremacia constitucional e o império da lei se manifestavam em dois pontos fundamentais: a) pela consagração dos *direitos e garantias individuais* e b) pela *teoria da divisão dos poderes*.’ Pode-se, portanto, extrair a suma de que no Estado liberal a participação deste ente supremo deve se dar por abstenção (omissão), como um dever negativo, qual seja não interferir na liberdade individual (direitos individuais). Em outros termos, podemos dizer que caberia ao Estado, como ente soberano, evitar que as liberdades individuais fossem cerceadas. A esfera de proteção era o indivíduo egoisticamente considerado, e tudo se dava em função disso.

Outro exemplo da forte *ideologia* liberal impregnada no CPC/1973 diz respeito à autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, técnica que vigorava até a edição da Lei Federal n.º 11.232/2005, quando (só então) o processo civil passou a ser sincrético. Antes da reforma processual de 2005, após transitada em julgado a sentença condenatória, era necessário que a parte ajuizasse nova demanda: uma ação de execução. Essa autonomia modular refletia de modo clarividente o influxo do liberalismo no Processo Civil brasileiro.²⁵¹

A necessidade de se preservar a ‘liberdade’ e a ‘propriedade individual’ conduziu drasticamente o legislador processual, na época do Estado liberal, a privilegiar ao máximo a segurança jurídica, evitando que a intervenção do Estado na liberdade e

²⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT. 2010, p. 48.

²⁵¹ In RODRIGUES, Marcelo Abelha. 2009, p. 21-22. Além desse exemplo, Marcelo Abelha Rodrigues cita como reflexos da influência do Estado liberal no CPC/73 a atuação menos ativa do magistrado, a tipicidade dos meios executivos e a intangibilidade da vontade humana.

propriedade fosse feita de qualquer forma ou, em outras palavras, sem um mínimo de segurança, previsibilidade e, principalmente, sem provocação expressa do poder jurisdicional para esse desiderato. Nesse passo, a tutela executiva talvez fosse – e sem dúvida era – a modalidade de tutela que mais amedrontava a sociedade existente em um Estado liberal, pois representava um permissivo legal de invasão da propriedade privada e cerceamento da liberdade, ou seja, um intervencionismo estatal direto, com poder de coação, tudo permitido pela lei. Ora, como na filosofia liberal a intervenção estatal era uma exceção à regra, então todas as cautelas e restrições legais precisavam ser tomadas para evitar a ofensa aos valores mais sagrados do Estado liberal. É partindo desse pensamento que a criação de um processo formalmente autônomo para o exercício da tutela executiva seria um método racional de adotar um modelo seguro e conservador de controle da atividade jurisdicional.

Por fim, o emblemático artigo 126 da codificação processual anuncia às escâncaras sua orientação ideológica, ao afirmar que “*o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”. Mas, como indaga Hermes Zaneti Júnior:

Como aplicar esse preceito quando as leis se constitucionalizam, a Constituição se principializa, as leis processuais admitem o julgamento com base na ‘jurisprudência dominante’ (arts. 557, § 1º, 475, § 3º, 544, §§ 3º e 4º do CPC) e o Código Civil adota cláusulas abertas que deverão ser interpretadas e densificadas pela jurisprudência?²⁵²

Os postulados da *ideologia* liberal não se amoldam à história ou à dogmática do direito brasileiro. Primeiro, porque embora o direito infraconstitucional esteja nitidamente amoldado à tradição *civil law*, o Brasil possui um direito constitucional consolidado segundo a tradição *common law* (adotando o controle difuso de constitucionalidade das leis e o *judicial review*), o que lhe confere o *status* de verdadeiro Estado Democrático Constitucional. Segundo, conforme salienta Nicóla Picardi, o sistema codificado vive atualmente uma crise (descodificação do direito). Terceiro, a dissociação entre texto e norma (giro linguístico) sepulta definitivamente a concepção de que, ao interpretar, o judiciário “não cria” o direito.

Conforme se passa a demonstrar, no contexto do Estado Democrático Constitucional (em que se abandona o modelo *État Légal*) o precedente “é fonte primária do direito”,²⁵³ a significar

²⁵² ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 227.

²⁵³ “A natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos) e a conformação atual do direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominantes dos tribunais), reconhecidamente uma tendência internacional, revelam uma insofismável realidade: a jurisprudência é fonte primária no direito contemporâneo brasileiro. A grande revolução que decorre dessa constatação ainda está por ser implantada. Para acompanhar a ‘natureza

que as decisões judiciais, sobretudo das Cortes de Vértice, assim como as normas editadas pelo legislativo, são formatados em caráter universalizável, coerente e contínuo, *vinculando* normativamente os julgamentos posteriores.

Vejamos, então, como o Brasil abandonou o modelo de Estado Legislativo para converter-se em Estado Democrático Constitucional, e as consequências que tal transformação implicou para a teoria e a dogmática do direito, sobretudo no que concerne à atividade do Superior Tribunal de Justiça.

4.1.3 - Uma tradição jurídica brasileira híbrida: a recepção do constitucionalismo norte-americano na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891. A adoção do modelo de Estado Democrático Constitucional em contraste com o anacronismo racionalista.

Dissemos acima que, desde suas primícias, o direito infraconstitucional brasileiro esteve orientado segundo a tradição *civil law*, que é manifestada em sua maior expressão no CPC/1973. Se isso é verdadeiro em relação ao direito infraconstitucional, no plano constitucional a realidade é completamente distinta.

Em 1891 o Brasil recepcionou em sua primeira Constituição Republicana o *common law* do direito norte-americano. Ao vir vazada como uma Constituição do tipo *escrita e rígida*, a primeira *carta política* Republicana do Estado brasileiro revolucionou o ordenamento

das coisas, o jurista precisa reeducar sua forma de pensar, reformar seu pensamento, adequando-o ao modelo do Estado Democrático Constitucional Pluralista de Direito que foi implantado em 1988, cerrando um círculo evolutivo de democratização crescente do direito brasileiro, começado pelo sistema positivado na Constituição (a chamada constitucionalização do direito), já bastante conhecida no direito civil, no direito penal, no direito processual penal, mas não bem aplicada ao processo civil em toda a sua potencialidade. No processo, como se observou, o jurista vê tendencialmente um direito processual constitucional e um direito processual infraconstitucional, identificando-se o chamado 'paradoxo metodológico'. As características desse círculo evolutivo já foram descritas: a formação de um processo constitucional como método de controle judicial do poder e garantia de participação das partes na formação dos atos decisórios (módulo processual); a necessária aplicação, a esse quadro, de uma racionalidade prática procedimental, única capaz de traduzir em falência da departamentalização dos poderes e o reconhecimento da função política do Poder Judiciário como uma necessidade nos Estados constitucionais; a circularidade dos planos do direito, implicando uma relação biunívoca entre o direito material e o direito processual, com a constante abertura ao 'problema' pelo direito (tópica). Trata-se, ao final, de consolidar as informações e determinar a existência já natural e bem aceita pelos juristas práticos, porém ainda não bem compreendida e utilizada, da jurisprudência como fonte primária do direito. In ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre o Processo e Constituição.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2014, p. 233-234.

jurídico, tornando-se *suprema* não apenas em relação aos atos emanados do legislativo, mas em relação a todos os poderes do estado.²⁵⁴

No primeiro capítulo do presente trabalho, destacamos que o controle dos atos de poder remontam à magna carta de 1215, com o surgimento do *devido processo legal*, ao passo em que “o marco histórico do controle de constitucionalidade” remonta à Inglaterra do século XVII, com tentativa de aplicação do *judicial review* no caso *Bonham’s*, de 1610.²⁵⁵ Todavia, embora tenha sua gênese na Inglaterra, o desenvolvimento do *judicial review* se desenvolveu com maior vigor nos Estados Unidos da América, justamente por força da adoção de uma Constituição escrita e rígida.

Essa *rigidez da constituição escrita* lançou os alicerces para o advento do *judicial review* norte-americano (garantia de adequação dos atos dos poderes públicos e particulares ao disposto na constituição) a partir de 1803, no célebre julgamento do caso *Marbury v Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América:

O marco histórico do controle de constitucionalidade, como foi antecipado acima, localiza-se na Inglaterra do séc. XVII, mas lá, onde a supremacia do parlamento foi maior do que qualquer noção de supremacia constitucional, o controle não foi desenvolvido como ocorreria mais tarde entre os americanos. Hamilton, em 1788, nos debates que antecederam a entrada em vigor da Constituição, sustentara que o Poder Judiciário americano seria independente dos demais, ao contrário do modelo Inglês – onde as funções judiciárias estão inseridas na Câmara Alta do Legislativo, e que a Suprema Corte seria superior ao Legislativo na interpretação do texto máximo. Com isso reconhecia “... que a Constituição deve servir de base à interpretação das leis, e que, todas as vezes que há uma oposição evidente, as leis devem ceder diante da Constituição”. Estava portanto no nascimento da Constituição o princípio da supremacia constitucional, vindo a ser traduzido no item 2 do art. VI, *verbis*: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; e os juízes em cada Estado serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados. Conquanto tal previsão tenha sido feita expressamente, apenas com uma lei federal de 1789, chamada de *Judiciary Act*, se confirmou a competência da Suprema Corte para a decretação de inconstitucionalidade de leis estaduais. O tema da competência, destarte, era ainda motivo de dúvida, especialmente em se tratando de lei federal confrontada com a Constituição Federal. Essa última dúvida foi então suscitada por *Marbury*, através de um *writ of mandamus* impetrado perante a Suprema Corte, no qual pedia a posse e o exercício no cargo de Juiz de Paz, para o

²⁵⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 31-32.

²⁵⁵ “As raízes históricas do controle, todavia, retroagem à época anterior, cujos exemplos estão em decisões a respeito da incompatibilidade de atos infraconstitucionais com leis superiores, como no Caso *Bonham*, de 1610, no qual Sir. Edmund Coke afirmava o poder dos juízes de invalidar leis do parlamento que contrariassem os precedentes, e na pronúncia da inconstitucionalidade do *Stamp Act* (lei inglesa, que permitia a cobrança de emolumentos pelos selos oficiais, sem prévia aprovação parlamentar americana – *no taxation without representation*) pelo Tribunal da Virgínia, em 1765. JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 125-136.

qual fora nomeado pelo Presidente John Adams, no apagar das luzes de seu mandato. O novo Presidente (Thomas Jefferson) ordenara a um de seus Secretários de Estado (Madison) que negasse a posse. Naquele *wrti* surgiu um incidente no qual se discutia se o *Judiciary Act* podia ou não ter ampliado a competência da Suprema Corte para expedir tal ordem, já que não declinada expressamente na Constituição. Ao concluir a Suprema Corte pela impossibilidade de tal ampliação por lei federal e por sua conseqüente inconstitucionalidade, construiu-se, em 1803, o famoso *judicial review* americano. O *judge* John Marshall entendeu que, embora a Constituição fosse omissa acerca da competência para a decretação de inconstitucionalidade de lei federal, não poderia ela ficar à mercê de uma afronta de norma inferior. Numa frase: o silêncio constitucional sobre a competência judiciária para a pronúncia de inconstitucionalidade não significava a falta de tal competência tácita, porque, do contrário, uma lei infraconstitucional poderia alterar a Constituição, quando o texto é claro em exigir procedimento e *quórum* especiais para a sua reforma (art. V). O argumento da rigidez da constituição escrita, portanto, foi determinante para a afirmação do controle de constitucionalidade. Nas palavras de Marshall, “a constituição é também uma lei suprema, imodificável por meios ordinários, ou seja, por atos legislativos de nível ordinário, e, assim como outros atos, é passível de alteração legislativa. Se a primeira afirmação é verdadeira, então um ato legislativo contrário à constituição é um não-direito; se a última parte é verdadeira, as constituições escritas são absurdamente agredidas, na parte que interessa ao povo, ao se limitar um poder por natureza ilimitado... Então, se uma lei contraria a constituição; se ambas as leis e a constituição são aplicadas ao caso concreto, de tal modo que a Corte deva decidir se o caso se conforma à lei, e descumpra a constituição, ou se conforma à constituição, e descumpra a lei, a Corte deve determinar qual dessas normas governa o caso. Essa é a verdadeira essência do papel judicial... O poder jurisdicional dos Estados Unidos é estendido a todos os casos surgidos sob a constituição...” A força desse argumento é comprovada não apenas por sua longevidade, como também pelas influências que gerou. Hans Kelsen, por exemplo, autor do Projeto de Constituição austríaca de 1920, que concebeu o modelo concentrado do controle de constitucionalidade, reconhece que: “... se a Constituição pudesse ser modificada por leis simples, nenhuma lei e, conseqüentemente, nenhuma decisão judicial e nenhuma resolução administrativa baseadas na lei poderiam ser anuladas por ‘inconstitucionalidade’, já que a Constituição poderia ser anulada pela lei no que respeita ao domínio da vigência desta”..²⁵⁶

Posteriormente, o desenvolvimento do *substantive due process of law* (com a inserção da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetros de controle de constitucionalidade) incrementou o controle de constitucionalidade promovido pela Suprema Corte Norte Americana, tornando-se uma das principais fontes de sua jurisprudência, bem como um balizados do sistema *check and balances*.²⁵⁷

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade consistiu em uma “*recepção cruzada*”²⁵⁸ da jurisprudência norte-americana. Arrimado no escólio de Lenine Nequete, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e de Airton José Sott, Hermes Zaneti Júnior destaca que a competência constitucional para que todos os órgãos do Poder Judiciário

²⁵⁶ JEUVEAUX, Geovany Cardoso. 2008, p. 128-130.

²⁵⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 31-32.

²⁵⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 53-54.

realizassem o controle difuso de constitucionalidade era extraída da dicção do art. 59, § 1º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891,²⁵⁹ que previa a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal *quando as decisões dos Tribunais Estaduais considerassem válidos leis ou atos dos Governos dos Estados contestados perante a Constituição*:

Estava garantida, assim, implicitamente, o controle de constitucionalidade difuso por desaplicação da norma inconstitucional, ou seja, a autorização para que todos os órgãos jurisdicionais fizessem o controle de constitucionalidade. Se por recurso se permitiu verificasse o Supremo Tribunal Federal a correta adequação da decisão ao texto constitucional, por óbvio, os Tribunais dos Estados federados poderiam deixar de aplicar a norma por inconstitucional, e também assim os seus juizes singulares. A doutrina relata o caso do juiz Alcides de Mendonça Lima, que se recusou a aplicar uma norma baixada por decreto do então Presidente do Rio Grande do Sul, Júlio de Castilhos, para disciplinar o júri de forma contrária ao estabelecido na Constituição Federal. Na época, foi instaurado processo crime contra o jovem juiz, o qual restou absolvido no Supremo Tribunal Federal (após defesa de Rui Barbosa, o principal responsável pela carta constitucional), justamente porque se entendeu que o juiz poderia deixar de aplicar um ato normativo por considera-lo inconstitucional, mediante controle difuso. Portanto, todos os órgãos jurisdicionais poderiam decretar a inconstitucionalidade de uma norma.²⁶⁰

A introdução do *judicial review* e do sistema de freios e contrapesos na Constituição Republicana de 1891 fez com que o Poder Judiciário passasse de um Poder subordinado para assumir a posição de *moderador* entre os demais poderes.²⁶¹ Uma tal posição seria impensável na matriz revolucionária francesa.

De fato, o esquema teórico de tripartição dos poderes segundo Montesquieu não comporta um modelo constitucional em que ao judiciário é confiada proteção da Constituição (sobretudo dos direitos fundamentais). É que, nessa nova matriz constitucional, o epicentro da soberania é deslocado do Poder Legislativo para residir na Constituição. Como a própria Constituição confere ao Poder Judiciário a função de protege-la, então o arquétipo francês sede em detrimento da dinâmica de freios e contrapesos (*check and balances*). Com isso o Poder

²⁵⁹ Eis o enunciado normativo: “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” Extraído em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>>, acesso em 27.01.2015.

²⁶⁰ “Os institutos e a prática, agora absurdos na nossa Constituição Republicana, foram trazidos do desenvolvimento da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e não do próprio texto constitucional norte-americano.” In ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 23.

²⁶¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 49-50.

Judiciário torna-se o “espaço privilegiado para fazer valer os direitos fundamentais assegurados na constituição”.²⁶²

Não obstante a recepção do *common law* norte-americano tenha iniciado com a Constituição de 1891 (com a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade), a posituação expressa do *judicial review* (sua definitiva consagração) se deu com a regra de inafastabilidade da jurisdição na Constituição Republicana de 1946. Consolidou-se, desse modo, a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle do poder. Além de conceder ao Judiciário a função de proteger-lhe, a Constituição agora passa a afirmar que “*nem mesmo a lei poderá afastar esse controle*”:

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, os órgãos do poder judiciário tinham por disposição expressa a possibilidade do controle judicial: ‘Artigo 141 – (...) § 4º - *A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*’. Chamar-se-á essa disposição de ‘*cláusula aberta do controle judicial*’, por se tratar de norma que não contém uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático Constitucional. Conforme anota Garcia de Enterría, e é do conhecimento geral, trata-se da antiga fórmula do Estado de Direito, ‘cláusula de coroação do Estado de Direito’, que vem expressa em quase todas as Constituições modernas, nos termos de que ‘quem foi lesionado em seus direitos por um poder público dispõem de uma via de proteção judicial’, e portanto dela infere-se que ‘a circularidade deste preceito e o seu caráter absoluto exclui a *radice* que qualquer lei possa fechar o passo a esta via de proteção judicial’. Na doutrina atual, Luigi Ferrajoli identifica o acesso à via judicial como um dos postulados do constitucionalismo garantista, desenvolvido por ele como *princípio da acionabilidade*, com extensão para além do direito individual de ação.²⁶³

Ainda em relação à Carta Constitucional de 1946, a Emenda Constitucional n.º 16/1965 recepcionou o modelo austríaco kelseniano de controle concentrado de constitucionalidade, sem, contudo, criar um tribunal constitucional alocado à margem do Poder Judiciário.²⁶⁴ Segundo Zanete Júnior, “*a duplicidade dos sistemas de controle faz do Brasil um país de vanguarda na análise da constitucionalidade*”.²⁶⁵

O auge da consolidação desse modelo de Estado Democrático Constitucional se deu com a promulgação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A mais recente carta política brasileira potencializou as instituições democráticas ao introduzir os direitos sociais e

²⁶² ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 32.

²⁶³ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 61-62.

²⁶⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 62.

²⁶⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 66.

coletivos no rol de direitos fundamentais. Paralelamente, deu sede constitucional para o poder geral de cautela, elasticando a amplitude da cláusula de inafastabilidade da jurisdição, por intermédio da dicção do artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.²⁶⁶ Ademais, a Emenda Constitucional n.º 45/04, ao estabelecer as súmulas vinculantes, abriu espaço para a recepção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro.²⁶⁷

Eis, portanto, o traço peculiar do sistema jurídico brasileiro. Um direito infraconstitucional nitidamente conformado pela tradição *civil law* segundo o marco do *État Légal* ao lado de um direito constitucional erigido com apoio no *common law* norte-americano, cônsono ao modelo *Rule of Law codificado*.²⁶⁸ O sistema jurídico brasileiro se apresenta, desse modo, “híbrido”:

O cruzamento ocorreu entre a ‘tradição’ do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a ‘tradição’ romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal.²⁶⁹

Especificamente no que concerne ao direito processual “podem-se identificar duas grandes recepções”, a recepção do *common law* por meio da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e a recepção do *civil law* no Código de Processo Civil de 1973:

No Brasil, para os efeitos desse estudo, podem-se identificar duas grandes recepções em direito processual civil, a da Constituição de 1981, que recepciona o modelo processual constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, e a do Código de Processo Civil de 1973 que, ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, revela a recepção tardia do direito napoleônico. Trata-se da recepção da tradição romano-germânica moderna, fruto da Revolução Francesa, visto que, até essa data, ainda estava presente em nossa experiência forense e na legislação pátria grande quantidade de direito comum europeu decorrente das influências do direito reinol (Ordenações do Reino de Portugal). Dessa dupla recepção, decorreu o ‘*paradoxo metodológico*’ de se ter, ao mesmo tempo, uma cultura processual

²⁶⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 65-70.

²⁶⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 70-71.

²⁶⁸ “No Rule of law codificado, em face justamente da existência de uma Constituição escrita, o judicial review, próprio do common law, resta mais acentuado, denotando um anchura ainda maior. Com efeito, a combinação de uma constituição escrita (Codificada, para usarmos uma eloquente expressão de Giovanni Tarello) com a atribuição ao Judiciário, através do *due process*, da tarefa de velar pela supremacia final do direito, fez eclodir a técnica da supremacia da Constituição, estando todos os poderes do Estado submetidos a essa e, pois, suscetíveis às decisões daquele órgão a que pertence o mister de interpretá-la, consoante bem observa Cláudio Ari Mello. Surge, daí, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, atribuído a todos os seus órgãos e, em especial, ao seu tribunal de cúpula. Nasce, na expressão de Gustavo Zagrebelsky, um sistema de Judicial Review of Legislation”. In MITIDIERO, Daniel. 2009. p. 18-19.

²⁶⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 38.

constitucional voltada para a tradição do *common law*, o que significa dizer, exemplificadamente, que apresentam-se, de um lado, o controle de constitucionalidade (difuso), os *writs* constitucionais, o pleito cível lato sensu e, especialmente, a atipicidade das ações – ‘*remedies precedes rights*’ (os remédios precedem os direitos) do direito de *common law* (art. 5º, XXXV da CF de 1988: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’), e, de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo (art. 75 do Código Civil de 1916: ‘a todo direito corresponde uma ação que o assegura’; art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: ‘O juiz...[n]o julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais...’), a cisão das doutrinas do direito administrativo e do direito privado, e a vinculação do juiz à lei escrita, da tradição romano-germânica. Nesse quadro, os princípios teriam a função limitada que lhes atribui o art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução do Código Civil), uma função posterior subsidiária, a da aplicação dos costumes e da analogia, mera colmatação de lacunas. A mudança do novo paradigma constitucional inclui na sua força normativa também os princípios, que passam a desempenhar o papel principal, de destaque, na unicidade da constituição.²⁷⁰

Não se cuida, todavia, de um hibridismo harmônico. As tradições *common law* e *civil law* se contrapõem por suas feições lógicas. Logo, na contraposição entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional é possível identificar verdadeiro “paradoxo metodológico”:

Veja-se bem, a ‘tradição’ brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições europeias e norte-americana, daí o seu hibridismo. O ‘paradoxo’, tendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste justamente em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa continental, esta mais notadamente a partir de 1973, com o *Código Buzaid*.²⁷¹

Como consequência, ainda que reconheçam o caráter normativo da Constituição da República de 1988, seu caráter fortemente principiológico e sua supremacia em relação a todos os demais ramos do direito, os juristas no sistema brasileiro tendencialmente vislumbram um processo constitucional dissociado do processo civil infraconstitucional. Como visto pouco antes, isso pode ser atestado pelo modo como os acórdãos são produzidos nas Cortes de Vértice (STF e STJ).

Sucedo que a concepção estritamente individual do processo civil em âmbito infraconstitucional não atende aos fins que ele deve ser capaz de suprir no marco do Estado Democrático Constitucional.

Interessante notar que a base filosófica e política sobre a qual se assentou o *processo* (aqui entendido como fenômeno estatal de exercício do poder) nos países da Europa continental era

²⁷⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 45-46.

²⁷¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 21-29.

completamente diversa da realidade brasileira.²⁷² Naqueles países, desenvolveu-se um sistema de jurisdição civil privada ao lado de uma jurisdição pública. A filosofia política, informada pelos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, conformou a lógica dos juristas naqueles países, de modo que o direito público fosse erigido sobre as bases do contratualismo e da divisão tripartite e estanque entre os poderes. De outro giro, o direito privado estaria atado à máxima *pacta sunt servanda*, em que a *liberdade* dos cidadãos – um dos princípios supremos do racionalismo revolucionário – seria garantida por um “estado mínimo”, que não ingerisse nas relações jurídicas firmadas entre os particulares.

No Brasil, todavia, o sistema de jurisdição sempre foi uno, e as bases políticas históricas nunca ofertaram razões para se desconfiar do poder judiciário. Pelo contrário, a *recepção* do constitucionalismo norte americano, que promoveu os fundamentos para a consolidação do Estado Democrático Constitucional brasileiro, por intermédio da supremacia da carta política, impõe necessariamente o abandono do esquema teórico de tripartição dos poderes em Montesquieu em detrimento do modelo *check and balances* (freios e contrapesos) de John Locke.

Com efeito, a adoção de uma Constituição escrita e rígida, na qual estão inseridos direitos fundamentais – que são, acima de tudo, instituições democráticas de garantia dos direitos das minorias – além de implicar em um esquema dinâmico de relacionamento entre os poderes (*check and balances*) resulta na rearticulação do próprio conceito de soberania e, a reboque, de democracia. A soberania deixa de residir no legislativo para repousar na Constituição. O parlamento também está sujeito às diretrizes do *poder constituinte*. Os interesses das maiorias são temperados pelos direitos fundamentais das minorias.

E não apenas isso, mas o próprio esquema de democracia representativa no sistema brasileiro atravessa por profunda crise de legitimidade. A arquitetura política brasileira (aqui se faz alusão à dinâmica de relacionamento entre os poderes Executivo e Legislativo), pautada no “presidencialismo de coalisão”, se deteriora a passos largos por meio de sucessivos “escândalos” e da quebra da legitimidade representativa.²⁷³

²⁷² ZANETI JÚNIOR, Hermes. 2014, p. 16-19.

²⁷³ “Considerado apenas o processo político brasileiro mais recente, é notório que se tem vivido um longuíssimo processo de transição, o qual tem os seus primórdios por volta de 1974, quando o autoritarismo burocrático - inaugurado dez anos antes - começava a sua inflexão. Aquilo que tem sido denominado a primeira transição, ou seja, o lapso entre as primeiras medidas liberalizantes e a passagem de governos autoritários para governos

Conforme se passa a demonstrar a seguir, além de a Constituição de 1988 ter alterado a concepção da finalidade do processo sob o prisma individual (abandona-se a perspectiva eminentemente publicista do processo em prol de uma readequação metodológica que atenda ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, objetivando-se a concessão de *decisões justas*), a *tutela dos direitos* à luz do Estado Constitucional demanda o desenvolvimento de um viés geral (coletivo), prospectivo, por meio da edição de *precedentes judiciais*, com o escopo de se garantir a unidade, a cognoscibilidade, a calculabilidade e a estabilidade do direito.

4.1.4 - A finalidade do processo civil no marco do Estado Democrático Constitucional. A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como premissas para o desenvolvimento dos discursos que devem ser atendidos pela decisão judicial. A adequação do Superior Tribunal de Justiça enquanto modelo de “Corte Suprema”.

No Brasil, o abandono do modelo de Estado Legislativo a partir de 1891, implicou a revisão da finalidade do processo civil. Antes, porém de aprofundarmos a finalidade do processo civil

democratizantes, no Brasil obedeceu a um calendário extremamente lento e gradual, findando-se somente em 1985, com a vitória de Tancredo Neves no Colégio Eleitoral. A segunda transição, aquela que assiste à consecução de um regime democrático, tem sido, por seu turno, problemática, a ponto de ser crucial a interrogação sobre o grau de consolidação da democracia política entre nós. Importantes analistas denominam a situação político-institucional brasileira como "democracia vazia", "democracia pobre" ou "democracia delegativa", para expressar a fragilidade da mesma, sobretudo sua incapacidade para lidar com a crise econômica e com a crise social. A análise política sistemática também tem destacado que, nas democracias novas, como a brasileira, estão presentes, combinados, pelo menos dois componentes perversos, a saber: uma grande distância entre as normas formais e o funcionamento da maioria das instituições políticas; o particularismo como uma instituição política dominante. O segundo componente - o particularismo - refere-se aos vários tipos de relações não universalistas, desde as relações particularistas hierárquicas, como a patronagem e o nepotismo, os favores e jeitinhos, até as ações que, do ponto de vista das normas jurídicas vigentes, seriam consideradas corruptas. O particularismo é antagônico a um dos principais aspectos do complexo institucional de qualquer democracia política mais enraizada, qual seja a distinção comportamental e legal entre a esfera pública e a esfera privada (O'Donnell, 1996). Por isso, sem desprezar o patente progresso relativo à convivência democrática no Brasil nos anos recentes, é inquestionável o caráter atrofiado, truncado, de muitas das instituições políticas. Por conta disso, em grande medida, a organização política brasileira tem problemas no que diz respeito ao processamento da diversidade do País e à expressão da pluralidade de interesses e valores socialmente subjacentes. Esse caráter delegativo (e pouco representativo, por consequência) tem raízes mais antigas, oriundas de uma formação histórica de forte ênfase no Poder Executivo, da vocação eminentemente anti-representativa enquistada na cultura política brasileira e da recorrência ao autoritarismo, o qual, desgraçadamente, tem imprimido no desenvolvimento político nacional uma lógica de ciclos de contração e ciclos de abertura política". MORAES, Filomeno. **Executivo e Legislativo no Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo Perspec. vol.15 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2001. ISSN 0102-8839, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400006>>, acesso em 18.03.2015.

no Estado Constitucional, necessário repisar as alterações que a própria transformação no modelo de Estado trouxe para o direito brasileiro.

Primeiro, no plano da teoria das normas, há profunda alteração metodológica, a partir do reconhecimento da força normativa dos princípios (no modelo de Estado Legislativo, os princípios serviam apenas de máximas para orientação das normas, que eram concebidas como sinônimos de regras.) Além disso, o Poder Legislativo lança mão crescentemente da técnica de redação “aberta”, por meio de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados:

No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo de regra. Os princípios eram compreendidos como fundamentos para as normas, mas jamais como normas. No Estado Constitucional, a teoria das normas articula-se em três grandes espécies – as normas podem ser enquadradas em princípios, regras e postulados. Os princípios ganham força normativa – vinculam os seus destinatários. Ao lado dos princípios e das regras, teoriza-se igualmente a partir de normas que visam a disciplinar a aplicação de outras normas – os postulados normativos. [...] A segunda [mudança promovida pelo Estado Constitucional] refere-se à técnica legislativa. Nesse campo, passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta. No Estado Constitucional o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). Como facilmente se percebe, entram no segundo grupo os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais – os primeiros como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal.²⁷⁴

Paralelamente, além da modificação *qualitativa*, há profunda alteração *quantitativa*. As codificações são sufocadas por abundante legislação especial, editada pelo Poder Legislativo com o objetivo de atender às crescentes demandas sociais que eclodem em uma sociedade moderna cada vez mais fluída. “Abundam *estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais* que concorrem para disciplina da vida social. O ordenamento jurídico adquire feição *complexa*.”²⁷⁵

²⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 13-14.

²⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 14.

Essa “inflação legislativa”, aliada à impossibilidade de o Legislador antever normativamente todas as possíveis situações (sendo inevitável o surgimento de lacunas normativas), resulta no incremento dos poderes dos magistrados:

É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de Direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno resulta acelerado, sobretudo, pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros. A característica da chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei. Antes de tudo, multiplicação das disposições legislativas, não apenas e não tanto quantitativa, mas sobretudo qualitativa. [...] A pluralidade de regulações termina, pois, por provocar uma redução da efetividade. Foi salientado como também a atividade jurídica consiste numa *ars combinatória* de leibniziana memória; o aumento do número de regras comporta, um aumento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir para a jurisprudência tarefas consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (ab-rogativos e retroativos) à própria organização das fontes do direito. De outra parte, as várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao judiciário. Trata-se do fenômeno pela qual a magistratura assume tarefas originariamente atribuídas a outros órgãos do Estado, substituindo-os. Pense-se, antes de tudo, nas assim chamadas omissões do legislador. [...] Em seguida, não menos relevante se reveste a constatação de que frequentemente o tecido legislativo apresenta margens de abertura. Com a finalidade de tornar a disposição adaptável às situações concretas ou para mantê-la atual, nada obstante o passar do tempo e as mudanças sociais, o legislador é levado com frequência a adotar técnicas legislativas elásticas, flexíveis e matizadas. A cultura jurídica, por sua vez, está empenhada, pelo menos há um século, em analisar as diversas formas de abertura da lei e a prospectar sutis, mas nem sempre claras, distinções, como os conceitos-válvula (*Vetillbegriffe*), os *legal standards*, as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), os conceitos discricionários (*Ermessensbegriffe*), os conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmten Rechtsbegriffe*). Recentemente também se difundiu a expressão “vagueza das normas”. [...] ²⁷⁶

Por fim, altera-se a compreensão acerca do significado da atividade interpretativa e da própria teoria geral do Direito. Em síntese, abandona-se definitivamente a idéia de que a atividade jurisdicional “desvenda” um conteúdo imanente à “norma jurídica” editada pelo legislador, em prol da concepção da atividade interpretativa enquanto reconstrução dos enunciados legais. A premissa é de que o legislador edita textos legais, não normas jurídicas. As normas jurídicas são o fruto da atividade interpretativa de seus destinatários:

Parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de *reconstrução* do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito. Como

²⁷⁶ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico de trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008, p. 5-7.

observa a doutrina, “o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado. Isso quer dizer que se assume a separação entre texto e norma – o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários. É enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma unidade entre texto e norma, pressupondo-se que o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma pré-existente para solução do caso concreto. O Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente conhecer para ser uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas”.²⁷⁷

Nesse ponto, quadra trazer à baila a relevante contribuição de Zaneti Júnior, ao promover a distinção de dois tipos de “fragilização do sistema codificado”. Nesse processo de crise da codificação, existiria uma faceta “virtuosa” e uma “não virtuosa”. A face virtuosa dessa fragilização seria aquela decorrente da “abertura do sistema fechado, em razão da evolução do direito positivo e da sua flagrante insuficiência para coibir as lacunas hermenêuticas.” As técnicas legislativas que dão porosidade e abertura ao sistema, nesse quadro, confluem para o fortalecimento da responsabilidade dos magistrados em sua atividade de densificação de princípios e regras e, nesse passo, expurgam o modelo estanque de tripartição dos poderes.²⁷⁸

A faceta “não-virtuosa”, por seu turno, que igualmente emana do mesmo fenômeno de crise da codificação, consiste na postura irreverente do Judiciário diante do direito positivo, implementando-se verdadeiro estado de insegurança:

A Constituição brasileira de 1988 já se inclui nas constituições de terceira geração – um passo além das constituições do pós Segunda Guerra e das constituições espanhola e portuguesa. Porém, ela não resolve o problema da inflação legislativa, mesmo na presença de mandamentos constitucionais expressos. A Constituição brasileira de 1988 tem a necessidade de regulamentar a intensa malha de direitos reconhecidos constitucionalmente e de controlar, por parte do Estado, o exercício desses direitos, fazendo com que tenham de ser ainda maiores a intervenção judicial para controle das disfunções políticas. Por exemplo, na ausência do legislador, o próprio Executivo legisla através das medidas provisórias (espécie do gênero decreto-lei, comum a uma série de ordenamento jurídicos), as quais fazem parte do cotidiano brasileiro como verdadeira legislação elaborada pelo Poder Executivo, não diferentemente do que ocorre em outros países e representam instrumentos, muitas vezes, despóticos. Existe o risco, de enormes danos nessa toada, pois a confluência entre excesso de legislação e omissão legislativa é nefasta. Entre a descodificação e recodificação por meio das cláusulas gerais e por meio da unidade constitucional do ordenamento, por um lado, e a inflação legislativa ou abstinência do legislador, somadas à edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, por

²⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 13-14.

²⁷⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. 2015, p. 111-113.

outro, há o aumento da insegurança jurídica na sociedade, causando erosão do direito positivo – que é ultrapassado, sem critério, pelos juízes e pelos costumes e práticas dos operadores do direito. Trata-se, em uma palavra, da fragilização não virtuosa.²⁷⁹

A exortação é completamente válida. A relativização do sistema codificado resultaria no retrocesso histórico do direito brasileiro ao Estado Francês feudal, em que, diante da pulverização de normas e a pretexto de interpretar, a magistratura implementou um proceder verdadeiramente arbitrário.

Por isso, cumpre estabelecer a clareza conceitual acerca da distinção das atividades desempenhadas pelo Judiciário e pelo Legislativo. Conforme anota Mitidiero, a diferença primordial entre a legislação e a jurisdição reside no fato de que “o legislador propõe enunciados linguísticos sem qualquer necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir reconstruindo sentidos normativos mediante justificação”:

Portanto, é a necessidade de justificação para a tomada de decisões que distingue a legislação da jurisdição no Estado Constitucional. Dentro dessa linha, é evidente que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não atuam como legisladores, na medida em que não podem decidir sem justificação (art. 93, IX, da CF/1988). Ambos, contudo, colaboram estreitamente com o legislador para promoção do império do Direito. É tarefa do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça outorgar unidade ao Direito no Brasil mediante adequada interpretação da Constituição e da legislação, o que implica inevitavelmente individualizar, valorar e decidir a respeito de sentidos possíveis em que os enunciados linguísticos podem ser compreendidos.²⁸⁰

Feita essa distinção, importa agora definir a *função* que o processo civil passa a desempenhar. No Estado Democrático Constitucional, a *função* do processo civil é a de entregar aos jurisdicionados a *tutela dos direitos*, o que se dá tanto em uma dimensão particular (mediante a prolação de uma *decisão justa*), como em uma dimensão geral (por meio da produção de *precedentes judiciais* racionalmente vocacionados à estabilização e promoção da unidade do direito).²⁸¹

Tal *função* do processo civil é extraída da própria dicção da Constituição Republicana de 1988 que, em seu artigo 1º, enuncia como princípios fundamentais do Estado Democrático de

²⁷⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes 2015, p. 115.

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 87-88.

²⁸¹ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 13-29.

Direito a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III) e a *segurança jurídica* (art. 1º, *caput*).²⁸²

Não apenas a inserção da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, mas a própria forma como se apresenta a Constituição de 1988 – que, logo após enunciar os princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático, passa a elencar os direitos fundamentais para, apenas depois, tratar acerca da organização dos poderes – demonstra que o Estado existe em prol do cidadão: não o contrário.²⁸³

Do primeiro fundamento decorre a articulação do processo com o *fim* de *tutelar os direitos* em uma perspectiva particular, isto é, entregando ao jurisdicionado uma decisão justa. Rompe-se, com isso, a perspectiva exacerbadamente publicista a estatista do processo, que deixa de ser concebido como veículo de aplicação do direito objetivo para converter-se em meio necessário para a prolação de uma *decisão justa*.²⁸⁴

Em uma estrutura racionalizada de administração e distribuição de Justiça, são as Cortes de Justiça aquelas incumbidas de outorgar aos jurisdicionados a decisão justa. Para esse fim, a interpretação da norma jurídica figura como *meio* para o fim, que é a justa tutela jurisdicional.

Já a segurança jurídica desafia o um discurso judicial que transborda o enfoque individual das demandas, para atender à uma necessidade coletiva. Cuida-se da necessária promoção da unidade, estabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade do direito.²⁸⁵ Para esse fim, as cortes de vértice valem-se dos casos concretos como *meio* para reconstruir o sentido do direito em suas respectivas competência constitucionais.²⁸⁶

²⁸² MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 16-21.

²⁸³ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 16-21.

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 16-21.

²⁸⁵ In MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 31-32. A propósito, cumpre trazer à colação a interessante passagem de autoria de Luiz Guilherme Marinoni: “‘Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.’”. In MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica**. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) A força dos Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 218.

²⁸⁶ “E claro que, em ambos os níveis, o material com que trabalham os juízes é muito semelhante – o processo civil, sendo meio para tutela dos direitos, depende sempre da afirmação de um caso sobre o qual discordam as partes a respeito da adequada solução. A distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras com que os casos ganham relevo e colocam-se no influxo da atividade das cortes. Quando a corte está pré-ordenada para

Para alcançar esse fim, é necessário que as Cortes de Vértice (STF e STJ) abandonem o modelo de “Cortes Superiores” – pautadas na teoria cognitivista da interpretação, cuja atividade se resume ao controle das decisões judiciais, mediante a formação de jurisprudência²⁸⁷ – e passem a adotar verdadeiro modelo de “Cortes Supremas”:

A Corte Suprema – seja como corte de vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras, bem como a existência de postulados normativos para adequada aplicação das normas, a adoção da teoria logico-argumentativa da interpretação jurídica e mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico. Estruturalmente, a Corte Suprema é formada por juristas oriundos de vários extratos sociais – magistrados da carreira, advogados, membros do Ministério Público e professores universitários – e é competente para orientar a aplicação do Direito mediante precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma fundamental importância para consecução da unidade do Direito. A função da Corte Suprema é proativa, de modo que visa a orientar a interpretação e aplicação do Direito por parte da sociedade civil, por parte de seus próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro. Esse papel é desempenhado pela Corte mediante recurso da parte interessada cuja admissão é subordinada à afeição da necessidade de seu pronunciamento sobre a matéria nela debatida, com o que o recurso da parte consiste em um meio para tutela do *jus constitutionis*. O objetivo da Corte é orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes. O caso concreto serve como meio para que a Corte Suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica. A eficácia das decisões da Corte Suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o

tutela dos direitos mediante decisão justa, a interpretação normativa é meio para obtenção do fim justa decisão do caso. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedente, o caso concreto é apenas um meio – um verdadeiro “pretexto” – para formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas. E são justamente essas diferentes direções que podem ser estabelecidas entre o caso e suas dimensões fático-normativas que justificam a divisão de tarefas entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes.” In MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 31-32.

²⁸⁷ *“A Corte Superior – tomada como um modelo de corte de vértice da organização judiciária – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição. Estruturalmente, a Corte Superior é formada exclusivamente por membros da carreira judiciária, sendo competente para controlar a legalidade de todas as decisões a ela submetidas. A função que a Corte Superior desempenha é reativa, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação caso a caso realizada pelos juízes ordinários, preocupando-se apenas com o passado. Essa função é desempenhada mediante a interposição de recurso pela parte interessada, cabível em todos os caso em que afirma uma violação a legislação pela decisão judicial recorrida, sendo o recurso um direito subjetivo da parte e uma manifestação da tutela do *jus litigatoris*. O objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma jurisprudência uniforme. A jurisprudência uniforme serve como meio pelo qual a Corte pode desempenhar a sua função de controle da legalidade da decisão recorrida. A eficácia das decisões da Corte Superior é restrita as partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária do Direito. Como simples declaração particularizada de uma norma pré-existente, as decisões da Corte Superior têm eficácia *ex tunc*, não constituindo sua uniforme aplicação para o passado caso de violação a segurança jurídica, mas antes lógica imposição da norma que prevê a igualdade de todos perante a lei.” In MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 33.*

precedente fonte primária do Direito. Como obra de reconstrução da ordem jurídica, as suas decisões podem ter sua eficácia modulada de acordo com as necessidades evidenciadas pela segurança jurídica e pela igualdade e todos perante o Direito.²⁸⁸

Logo, era necessário que o Superior Tribunal de Justiça atuasse como corte de interpretação e de precedentes e abandonasse o modelo de corte de controle e de jurisprudência.²⁸⁹ Todavia, desde sua criação, contrariando o encargo constitucional que lhe foi atribuído, o Superior Tribunal de Justiça sempre se comportou como Corte Superior, mais próxima ao modelo da *Cour de Cassation* Francesa:

É verdade que o Supremo Tribunal Federal foi originariamente projetado à luz da *Supreme Court* estadunidense e que a criação do Superior Tribuna. De Justiça seguiu muito provavelmente a sugestão de repartição de competências que há entre o *Bundesverfassungsgericht* e o *Bundesgerichtshof* no ordenamento jurídico alemão, tendo nesse último paralelo. A atuação efetiva de ambos, no entanto, sempre se distanciou da prática desses tribunais, . Em realidade, ressalvada a natureza revisional de seus julgados, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sempre se comportaram como cortes reativas e de simples controle da juridicidade das decisões recorridas, recaindo substancialmente, portanto, mais na área de influência da *Cour de Cassation* francesa e da *Corte di Cassazione* italiana em suas formas originárias do que na área de influência da *Supreme Court* estadunidense e do *Bundesgerichtshof* alemão.²⁹⁰

Se o Superior Tribunal de Justiça atua como corte de controle e de jurisprudência, então permanecesse no pressuposto de que a norma jurídica antecede à atividade interpretativa e que os diplomas editados pelo Legislativo são suficientes para garantir a segurança jurídica.

Para que os precedentes judiciais possam servir à democracia, sobretudo no marco Constitucional de 1988, exige-se a desmistificação da teoria das fontes na perspectiva estrita do *civil law*, em cujas bases encontram-se a desconfiança na magistratura e no direito comum, da concepção de que a Democracia apenas seria garantida de as leis emanassem

²⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 53.

²⁸⁹ Nesse sentido: “*O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem no STJ a Corte Suprema com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vale dizer: o STJ é uma Corte incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando o seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou de interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida para a Corte de Cassação em seu modelo tradicional. [...] As decisões da Suprema Corte, por revelarem conteúdo indispensável à regulação da vida social, integram a ordem jurídica e interessam a toda a comunidade. De modo que, ao contrários das decisões que, tutelando o litigante, limitam-se a corrigir interpretações dos tribunais ordinários, as decisões de uma Suprema Corte que exerce função de desenvolvimento do direito se projetam perante toda a sociedade, obrigando os tribunais ordinários pela simples circunstância de significarem o sentido do direito.*” In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 115-116.

²⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 94.

exclusivamente dos membros eleitos para a edição de normas gerais e vinculantes, da crença nos códigos, constituídos com a pretensão de absoluta racionalidade, clareza e completude, e de que esses assegurariam a segurança jurídica:

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao civil law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law. No common law fundamentou o *stare decisis*, enquanto que no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. Porém, quando se ‘descobriu’ que a lei é interpretada de diversas formas, e, mais visivelmente, que os juízes do civil law rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou.²⁹¹

De todo modo, se o Judiciário não cuidar da função de conferir unidade ao direito, afrontará o princípio fundamental da segurança jurídica (CRFB/88, art. 1º, *caput*) e, nesse passo, terá subtraída sua legitimidade democrática, pois a ausência de implementação de uma teoria de normativa e vinculante dos precedentes abre caminho para a chamada “jurisprudência lotérica”.

5 - A “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA” NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 - A “JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA” COMO PATOLOGIA SISTÊMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Como visto, a teoria cognitiva da interpretação jurídica é própria das “Cortes de Justiça”, que adotam a prática de controle da interpretação (no pressuposto que há um sentido “correto” a ser empregado ao texto legal) e da formação da jurisprudência.

²⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 98-99.

Naturalmente, dentro de um tal sistema é perfeitamente comum que casos semelhantes recebam decisões jurídicas completamente antagônicas. No marco do Estado Legislativo, isso seria perfeitamente aceitável, pois entendia-se que, além de os magistrados serem livres para decidir, a observância aos precedentes implicaria violação da competência do Poder Legislativo.

No entanto, dentro do modelo de Estado Democrático Constitucional, esse fenômeno representa verdadeira patologia, pois agride o princípio fundamental da *segurança jurídica* (CRFB/88, art. 1º, *caput*):

A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada a fim de viabilizar condições institucionais para auto determinação da pessoa (“citizens to live autonomous live”) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (“mutual trust”). A segurança jurídica é um *princípio instrumental* que visa à efetiva atuabilidade dos direitos, sem a qual inexistente o império da juridicidade inerente ao Estado Constitucional. Dado o caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito, o que o coloca em uma situação de permanente desenvolvimento e superabilidade (*defeasibility*), a segurança deve ser compreendida como *cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade* do Direito. É certo que houve um tempo em que bastava ver a segurança como “determinação normativa” e “garantia de conteúdo” do Direito. Essa maneira *estática* de compreendê-la, no entanto, encontrava-se umbilicalmente ligada ao entendimento de que o Direito em si é um objeto dado total e previamente pelo legislador, e que a tarefa do intérprete estava em declarar o “vero (unívoco e determinado) significato delle disposizioni legislative”. Com a derrocada desse modo *cognitivista* de entender o Direito em favor de uma solução não cognitivista e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a dinâmica “controlabilidade semântico-argumentativa” e “garantia de respeito” do Direito.²⁹²

A jurisprudência lotérica é, portanto, chaga oriunda da agressão ao princípio fundamental da segurança jurídica. Consiste na desconsideração dos precedentes pela própria Corte Superior, que se vê desobrigada a seguir suas decisões pretéritas. Isso pode implicar duas situações absolutamente catastróficas: na primeira hipótese, instalam-se entendimentos distintos acerca da mesma matéria no âmbito da própria Corte, sendo este o caso mais ilustrativo do sentido “loteria”.

O resultado da demanda ficará a cargo da *fortuna* (no sentido que o adota Maquiavel) do litigante. Se o recurso (ou a ação originária) for distribuído para uma das turmas que chancelam sua pretensão, então esse “jogador vencerá o jogo”. Mas, sua sorte poderá ser

²⁹² MITIDIERO, Daniel. 2013, p. 20.

completamente contrária se outra turma for escolhida para apreciar a demanda. Esse primeiro viés da jurisprudência lotérica é bem abordado por Eduardo Cambi:

A ideia de jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. Nosso sistema processual permite que, para casos idênticos, sejam obtidas decisões diferentes, contemplando, inclusive, a situação por vezes absurda (kafkiana) de chegar-se ao ponto de, transitada em julgado a decisão, não se admitir a ação rescisória, por violação literal de disposição de lei (art. 485, inc. V, do CPC), quando a matéria é divergente nos tribunais (Súmula 343/STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”). Embora possa se argumentar que esse fenômeno não seja patológico, visto que decorre da própria hermenêutica jurídica, é preocupante, uma vez que, na mesma situação que se encontra o personagem do conto kafkiano, isso revela a vulnerabilidade do cidadão que, sendo afortunado, fica apenas ‘diante da lei’, mas dela não se pode beneficiar. Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por juízes ou tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional. Desse modo, tendo um órgão jurisdicional julgado de um jeito e outro de outro, instaura-se uma atmosfera de incerteza, com a consequência de retirar a credibilidade social na administração da justiça. Portanto, se é necessário assegurar aos juízes liberdade para interpretar o Direito, essa liberdade não pode ser absoluta, porque dá margem a existência do fenômeno da jurisprudência lotérica, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-juiz. [...] Parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, *caput*), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que *sub incerto enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social.²⁹³

A segunda hipótese consiste na inadvertida (e abrupta) alteração da orientação da turma acerca de determinada matéria. Essa situação foi ilustrada em tom bastante lúdico pelo Ministro Humberto Gomes de Barros em seu voto-vista proferido no julgamento do AgRg no REsp. n.º 382.736 - SC (2001/0155744-8).

Naquele julgamento, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça apreciavam a questão atinente à isenção da COFINS em favor das sociedades civis de prestação de serviços profissionais (cf. art. 6º, inc. II, da Lei Complementar n.º 70/91). O

²⁹³ CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. In Cidadania e Justiça: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano 5. N.º 11. Rio de Janeiro: AMB, 2º semestre de 2001, p. 196-197.

cerne da matéria apreciada era averiguar se o art. 56 da Lei Federal n.º 9.430/96 havia revogado a aludida isenção.

Sucedede que, como no direito brasileiro, a Lei Complementar possui um *quórum qualificado* para edição, previsto constitucionalmente, sustentou-se que a Lei Ordinária Federal seria inconstitucional. Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça havia sumulado o entendimento no sentido de que “*as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado*” (Enunciado n.º 276 da súmula de jurisprudência do STJ).

O relator do recurso, Ministro Castro Meira, propôs em seu voto a revisão da súmula 276 em vista do posicionamento que havia se consolidado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de “*ser possível a revogação da norma isentiva ora em debate, veiculada em lei complementar, por lei ordinária, já que isenção fiscal não é matéria cuja normatização esteja reservada às normas de natureza complementar*”:

Quanto à questão relativa ao princípio da hierarquia das leis, data maxima venia, entendo que a tese consagrada por esta Corte está em confronto com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e, por tal razão, propus a revisão da Súmula n.º 276/STJ por esta eg. Primeira Seção. A Suprema Corte, intérprete maior do texto constitucional, reconheceu, no julgamento da ADC n.º 01/DF, ser possível a alteração de lei complementar por dispositivo de lei ordinária, desde que a matéria não fosse daquelas sob reserva de lei complementar. Reconheceu, também, que a LC n.º 70/91, responsável pela instituição da COFINS, embora formalmente complementar, possui status de lei ordinária, posto não se enquadrar na previsão do art. 154, I, da Constituição da República. Do voto proferido pelo relator da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 01/DF, o e. Ministro Moreira Alves, extrai-se o seguinte excerto que bem elucida a questão: “(...) Sucede, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar n.º 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social. Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar n.º 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são o objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n.º 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária”. Em diversas oportunidades, o Supremo

Tribunal Federal ratificou o posicionamento adrede mencionado. O Ministro Paulo Brossard, com a clareza e a erudição, no julgamento do RE nº 148.754/RJ, assim enunciou: "Ainda sobre a Lei Complementar, mas com relação ao fundamento da decisão de primeiro grau, observo que o juiz declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449 por ofensa a hierarquia das leis, por entender que lei formalmente complementar e substancialmente ordinária só poderia ser modificada ou revogada por outra lei formalmente complementar, citando como exemplo que muitas matérias que não são próprias de preceitos constitucionais são 'constitucionalizadas' para que o legislador ordinário não possa dispor sobre elas; entendo que não cabe ao legislador ordinário escolher as matérias às quais concederá a estatura de Lei Complementar, visto que só a Constituição pode fazê-lo, de modo que se matéria de lei ordinária for regulada em lei complementar, terá sempre eficácia de lei ordinária e por outra lei ordinária poderá ser modificada ou revogada". (LEX JSTF 185/238) O STF, em julgado mais recente, datado de 10 de abril de 2002, em sua composição plenária e por unanimidade, continuou a negar natureza COMPLEMENTAR a certas matérias que excedam às previsões autorizadas pela Constituição da República. Assim, tem entendido que a questão reservada pela Constituição à lei ordinária, ainda quando lei complementar lhe tenha dado forma, não perde aquela natureza. Ou, em outras palavras, matéria afeta à lei ordinária inserida em dispositivo de lei complementar não lhe modifica essa qualidade. Nesse sentido, traz-se à colação o seguinte aresto: "Ação rescisória. Decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 101.740-6/RJ. Demanda sobre litígio decorrente de relação estatutária de serviço público civil. 2. O conteúdo da lei Complementar não é arbitrário, mas a própria Lei Maior prevê as hipóteses em que a disciplina se dará por essa via legislativa. Não é a lei complementar instrumento legislativo formalmente adequado no que concerne à fixação de vencimentos dos servidores públicos. 3. Não é de ver, na decisão rescindenda, julgado a ferir o art. 485, V, do CPC. 4. Ação rescisória improcedente." (STF - Tribunal Pleno, AR nº 1.264-0/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, J. à unanimidade em 10 de abril de 2002) O voto do em. Relator, o Ministro Néri da Silveira, em algumas passagens, busca refúgio na doutrina sempre precisa dos Professores José Souto Maior Borges e Geraldo Ataliba, excertos que transcrevo, respectivamente: "Quando a lei complementar extravasa o seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência da legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é o rótulo o 'nomen juris', que caracterizará o fenômeno, nem tampouco só o simples 'quorum' de aprovação, a lei 'complementar' será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada - é claro - por outra lei ordinária" (Eficácia e Hierarquia da Lei Complementar, Revista de Direito Público n.º 25, pág. 98). "Não pode, portanto, o Congresso, arbitrariamente, converter qualquer matéria em objeto de lei complementar. E quando o fizer estará incidindo em grave erro. Se o fizer, nem por isso converterá a matéria em especial ou própria da lei complementar" (Lei Complementar na Constituição, ed. Revista dos Tribunais, pp. 35/36). Em outra oportunidade, o mesmo Geraldo Ataliba, coordenando o III Curso de Especialização em Direito Tributário, foi até mais enfático ao abordar a questão presente: "Há diversos dispositivos do CTN que não são normas gerais. São preceitos, que o legislador, por razões didáticas ou por conveniência, inclui no Código tributário. São meras leis federais, porque não correspondem ao conceito de norma geral. Estas disposições - que não são normas gerais - configuram lei complementar? Não, porque podem ser revogadas por qualquer lei ordinária. Por exemplo: Lei Complementar n.º 7 - que cria o PIS - Programa de Integração Social - pode ser revogada por lei ordinária. Logo, o que faz a lei complementar não é o batismo ou a designação que lhe dá o legislador, mas sim o fato de ser prevista na Constituição e de se submeter ao processo especial, que a Lei Fundamental exige. A Lei Complementar n.º 7, de complementar, só possui uma disposição que preenche o requisito do § 2º, do art. 62 da Carta Constitucional, que reza: é vedada a vinculação de produto da arrecadação de determinado órgão, fundo ou despesa. Como os tributos criados pela Lei do PIS foram vinculados ao Fundo de Participação Social; este artigo - que diz: 'o produto da arrecadação desse tributo é vinculado a esse fundo' - é lei complementar. O restante é lei ordinária, podendo, portanto, ser revogado por lei ordinária" (In Elementos de Direito Tributário, São Paulo: Revista

dos Tribunais, 1978, p. 171). Dos precedentes do Supremo, bem como da literatura jurídica que se dedica ao tema, pode-se conceituar lei complementar como aquela prevista pela Constituição da República com a finalidade de reger matéria específica, conforme a previsão constitucional, e submetida a um quorum de aprovação por maioria absoluta (art. 69 da CF/88). Assim, o que diferencia a lei ordinária da lei complementar é não apenas o aspecto formal (quorum de aprovação), mas também o aspecto material, ou seja, as matérias que estão reservadas à disciplina por cada qual. Talvez por desconsiderar a diferença material ou temática que envolve a lei complementar e a lei ordinária, muitos juristas tenham sustentado, por algum tempo e equivocadamente, existir hierarquia entre esses dois instrumentos legiferantes. Com exceção das emendas constitucionais, todas as demais espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição estão no mesmo patamar. O que fundamentalmente as diferencia é a matéria de que tratam. Assim as leis complementares não são superiores às leis ordinárias e nem superiores às demais espécies normativas, diferenciando-se delas, tão-somente, pela matéria de que tratam e pelo quorum de votação. Michel Temer, analisando a questão das diversas tipologias normativas, tomou o cuidado de esclarecer que, para o direito, a expressão hierarquia tem sentido diverso do senso comum. Hierarquia para o direito, explica, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geratriz, seu fundamento de validade em uma norma superior: "Portanto, a lei complementar se suporta nestes dois pontos: no âmbito material predeterminado pelo constituinte e no quorum especial para sua aprovação, que é diferente do quorum exigido para a aprovação da lei ordinária. A distinção entre a lei ordinária e a lei complementar reside no âmbito material expressamente previsto, que, por sua vez, é reforçado pela exigência de um quorum especial para sua aprovação. A lei ordinária tem outro campo material. Qual é o campo material da lei ordinária? Podemos chamar de campo residual. Isto é: campo que não foi entregue expressamente ao legislador complementar, nem ao editor do decreto legislativo e das resoluções. É, por exclusão, pois, que se alcança o âmbito material da lei ordinária. Não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas" (In Elementos de Direito Constitucional, 10ª edição, p. 142, São Paulo, Malheiros, 1992). A ausência de hierarquia e a imprescindibilidade do aspecto material na distinção entre lei ordinária e lei complementar estão a impor a seguinte conclusão: se a lei ordinária penetra a esfera de normatização reservada à lei complementar será, por força do aspecto formal, declarada inconstitucional por invasão de competência. Se, entretanto, determinado dispositivo de lei complementar invade os quadrantes da lei ordinária, impor-se-á, por força do aspecto material, seja o dispositivo recebido como se lei ordinária fora, admitindo-se revogação por norma de mesma natureza. Conclusão diversa levará a admitir-se a existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária - já que não se poderá diferenciá-las em razão da matéria, bem como a prestigiar-se o entendimento de que essas duas espécies normativas apenas se apartam pelo critério formal, vale dizer, quorum de aprovação. Em matéria tributária, o Constituinte reservou à lei complementar "dispor sobre conflitos de competência" (art. 146, I, da CF/88), "regular as limitações constitucionais ao poder de tributar" (art. 146, II, da CF/88), bem como "estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária" (art. 146, III, da CF/88). Reservou, ainda, a essa espécie normativa a disciplina de questões tributárias nascidas em situações excepcionais, como, por exemplo, a criação de empréstimos compulsórios (art. 148 da CF/88), a instituição do imposto extraordinário de guerra (art. 154, II, da CF/88) ou a veiculação de impostos criados na esteira da competência residual da União (art. 154, I, da CF/88). Pode-se dizer, assim, que a lei complementar, pelo menos em matéria tributária, coloca-se na condição de norma estruturante, destinada à normatização de questões relevantes ao sistema jurídico, bem como à disciplina das normas gerais e das situações excepcionais. Tanto é assim que em diversos sistemas normativos as leis complementares estão presentes sob a rubrica de leis orgânicas, como, por exemplo, na Constituição da França com a denominação de lois organiques, na Constituição da Espanha como leys orgánicas e na Portuguesa como leis orgânicas. A matéria reservada à lei ordinária, portanto não-estruturante, veiculada em norma de natureza

complementar, não sofre modificação de sua natureza pelo simples fato de ter sido veiculada em instrumento normativo diverso. A lei complementar, nesse particular, deverá ser considerada complementar somente na forma, devendo-se recebê-la, quanto à matéria, como se ordinária fora, com todas as implicações jurídicas daí decorrentes, inclusive a possibilidade de revogação por lei ordinária posterior. Conclui-se, portanto, que o conteúdo da norma de natureza complementar, em nosso sistema, não ficou ao arbítrio do legislador. A própria Constituição da República estabeleceu, taxativamente, as hipóteses em que a disciplina se dará por essa via legislativa. Já as matérias reservadas à disciplina da lei ordinária é que remanescem no campo de previsão residual. Assim, o fato da isenção ter sido instituída por lei complementar, como ocorreu na hipótese dos autos, não implica, necessariamente, que a sua revogação somente poderá ser realizada por lei de igual estatura. O que ocorreu foi mera comodidade, a par do juízo de conveniência do legislador, que ao instituir a COFINS, aproveitando-se da oportunidade, fez constar no mesmo diploma os casos de isenção. Poderia ter tratado da isenção em lei ordinária, o que lhe forçaria a um duplo trabalho: um para instituir o tributo (através de lei complementar), outro para editar a lei ordinária que cuidasse das isenções relativas àquela mesma exação. Na digressão legislativa esboçada inicialmente, constatou-se que a problemática relação envolvendo as sociedades civis de profissão regulamentada e a Fazenda Nacional apresenta-se seccionada em dois momentos distintos, tendo como marco divisório a edição da Lei n.º 9.430/96. No primeiro momento, as sociedades civis de profissão regulamentada estariam isentas da COFINS, qualquer que fosse o regime tributário adotado, a teor da Súmula n.º 276/STJ. Já no segundo momento, com a edição da Lei n.º 9.430/96, adotando-se o entendimento consagrado na Suprema Corte, restaria revogada a isenção veiculada pelo art. 6.º, II, da LC n.º 70/91. Para que as decisões desta Corte de Justiça possam estar em sintonia com o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal é que propus a afetação do presente Agravo Regimental a esta Primeira Seção, e agora proponho a revisão do texto da Súmula n.º 276/STJ, que passaria a apresentar o seguinte teor: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais, até o advento da Lei n.º 9.430/96, são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado". Pelo exposto, dou provimento ao Agravo Regimental da Fazenda Nacional.

O Ministro Teori Albino Zavascki acompanhou o entendimento encampado no voto do Ministro Castro Meira, acrescentando que *“quem define se determinada matéria é de lei complementar ou de lei ordinária é a Constituição”*. Logo, prosseguiu em seu raciocínio, *“afirmar que somente uma lei complementar pode modificar ou revogar outra lei apenas formalmente complementar (porque materialmente ordinária), é o mesmo que permitir a modificação da Constituição pelo legislador infraconstitucional”*. Por conseguinte, ao versar acerca de matéria reservada à Lei Ordinária, a Lei Complementar se tornaria inconstitucional.

Por seu turno, o Ministro Francisco Peçanha Martins inaugurou divergência, afirmando que *“somente a lei complementar, para cuja aprovação exige-se maioria absoluta (art. 69, CF), pode definir os tributos e suas espécies e, quanto aos impostos discriminados na Constituição, ‘a dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes’ (art. 146, III, a, CF).”*, no que foi acompanhado pelo então Ministro Luiz Fux:

Estamos no campo de uma lei complementar, votada para criar um benefício fiscal em prol do contribuinte com um quorum qualificado constitucionalmente. De sorte que o contribuinte tem o direito fundamental de ver excluído esse benefício fiscal por esse mesmo quorum que o instituiu. Esse princípio, hoje consagrado por toda a doutrina tanto pelas lições mais antigas de Rubens Gomes de Souza e Rui Barbosa Nogueira quanto pelos mais modernos como Roque Carraza e Hugo de Brito Machado, dentre tantos, esclarece mais ainda: além do direito inalienável do contribuinte de ver revogada uma isenção pelo mesmo quorum que a concedeu - na verdade, a revogação da isenção implica a criação de um novo tributo para o contribuinte -, como V. Exa. muito bem destacou, e para que seja criado esse novo tributo com base de cálculo e definições de quem seja o contribuinte, efetivamente é necessária uma lei complementar.

Em seguida, o Ministro Humberto Gomes de Barros apresenta sua manifestação, para o fim de acompanhar a decisão dos Ministros Francisco Peçanha Martins e Luiz Fux, valendo-se de dois fundamentos. Nas primeiras linhas de seu voto, amparado em precedente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro destaca ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para apreciar o conflito entre Lei Complementar e Lei Ordinária. Pontua, então, que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a Lei Ordinária não revogou a isenção conferida pela Lei Complementar. Então, o Ministro apresenta o segundo fundamento para a manutenção do entendimento sumulado: a necessidade de conferir segurança, continuidade e estabilidade à norma jurídica, possibilitando que o jurisdicionado oriente sua conduta.

Nesse momento, o Ministro denuncia a patologia existente no Superior Tribunal de Justiça, acerca da inconsistência de seus precedentes. O voto é extremamente interessante. Após apontar hipóteses em que a Corte Superior transpareceu estar “perdida” (como um piloto de avião à deriva), o Ministro comparou a mudança inadvertida de orientação a um entretenimento existente em algumas praias de turismo, em que uma lancha puxa uma boia (em formato de banana) com várias pessoas com o objetivo de derrubá-las. Assim que as pessoas pensam estar seguras, o condutor da lancha imprime uma guinada inadvertida, derrubando os tripulantes na água. Nesse sentido, afirma o Ministro que o STJ é o piloto do barco e os jurisdicionados os tripulantes da bóia. Assim que os jurisdicionados começam a sentir-se seguros, o STJ promove uma guinada em sua orientação:

Outra razão, que adoto como fundamento de voto, finca-se na natureza do Superior Tribunal de Justiça. Quando digo que não podemos tomar lição, não podemos confessar que a tomamos. Quando chegamos ao Tribunal e assinamos o termo de posse, assumimos, sem nenhuma vaidade, o compromisso de que somos notáveis conhecedores do Direito, que temos notável saber jurídico. Saber jurídico não é conhecer livros escritos por outros. Saber jurídico a que se refere a CF é a sabedoria

que a vida nos dá. A sabedoria gerada no estudo e na experiência nos tornou condutores da jurisprudência nacional. Somos condutores e não podemos vacilar. Assim faz o STF. Nos últimos tempos, entretanto, temos demonstrado profunda e constante insegurança. Vejam a situação em que nos encontramos: se perguntarem a algum dos integrantes desta Seção, especializada em Direito Tributário, qual é o termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito nos casos de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível, cada um haverá de dizer que não sabe, apesar de já existirem dezenas, até centenas, de precedentes. Há dez anos que o Tribunal vem afirmando que o prazo é decenal (cinco mais cinco anos). Hoje, ninguém sabe mais. Dizíamos, até pouco tempo, que cabia mandado de segurança para determinar que o TDA fosse corrigido. De repente, começamos a dizer o contrário. Dizíamos que éramos competentes para julgar a questão da anistia. Repentinamente, dizemos que já não somos competentes e que sentimos muito. O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes. Bem por isso, a Corte Especial proclamou que: "PROCESSUAL - STJ - JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la." (AEREsp 228432). Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

Também o ex-Ministro do STJ José Augusto Delgado abordou a questão da insegurança jurídica ocasionada pela imprevisibilidade das decisões judiciais no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro chama a atenção para o fato de que, “a acentuada imprevisibilidade das

decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático”:

A doutrina jurídica contemporânea tem concentrado propósitos visando analisar, com profundidade, as consequências geradas para a sociedade pela crescente condição de imprevisibilidade que vem assumindo, no Brasil, as decisões judiciais. Há uma realidade vivenciada, na atualidade, por todos os agentes do direito, demonstrando que o “grau de imprevisibilidade das decisões judiciais” tem “aumentado bruscamente e os profissionais da área cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas. Lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da lei e dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham, nutriam expectativa diversa para o caso. Quem não é profissional da área também estranha. À maioria das pessoas será, hoje, familiar a notícia de dois processos idênticos decididos de modo opostos” (Fábio Ulhoa Coelho, in “A Justiça desequilibrando a economia”, artigo publicado no Valor Econômico, 10.11.2006). [...] Existe um número muito grande de processos “repetidos”, isto é, processos em que uma das partes é a mesma e que versam sobre uma mesma questão jurídica. Esses processos se arrastam durante anos pelo Judiciário até obter uma decisão final, que, em tese, deveria ser a mesma para todos aqueles que estão em uma mesma situação. Afinal de contas, o direito deve ser idêntico para as pessoas que estão na mesma situação de fato e de direito, caso contrário, o direito seria uma loteria. Não preciso meditar muito para se concluir que casos tais devem ser objeto de um único processo de conhecimento. Não é razoável que existam milhares (ou milhões) de processos de conhecimento para se decidir uma mesma questão jurídica. É preciso que questões “repetidas” (na realidade, a questão é uma só) sejam objeto de um único processo de conhecimento, que deve produzir efeitos para todas as pessoas. É, no mínimo, razoável que um juiz não julgue uma mesma questão jurídica, presente uma mesma situação de fato, de forma diversa da que julga o tribunal superior. Ainda que “julgue” o juiz ser a orientação do tribunal injusta, ou que seja a lei injusta, não deve ele proferir uma decisão que sabe ou deva saber que será reformada em grau de recurso. Salvo nas ditaduras, não pode um órgão do Estado – e o juiz e administrador público são órgãos do Estado –, sujeito às leis, fazer prevalecer suas convicções pessoais em detrimento da lei (esse é o tão falado princípio da legalidade). Embora muitas vezes o ato de julgar contra a lei ou contra a orientação do STF possa materializar um verdadeiro sentimento de boas intenções por parte do juiz prolator da decisão, é certo que os danos causados por milhares de sentenças ou acórdãos em desconformidade com a orientação jurisprudencial das cortes supremas são gigantescos, pois essas sentenças e acórdãos abarrotam o STF e os tribunais superiores, tornando a Justiça mais lenta e reduzindo drasticamente a qualidade da prestação jurisdicional. E não se diga que isso inócorre: confira-se apenas o percentual de recursos especiais e extraordinários julgados procedentes em questões já pacificadas para se ter uma exata noção da quantidade de decisões proferidas em desconformidade com a jurisprudência dominante! Mesmo que possa em alguns casos concretos existir “injustiça” (no juízo de quem?) na aplicação da orientação pacificada das cortes supremas, é preciso notar que hoje milhares (ou talvez milhões) de injustiças ocorrem em razão da demora e em razão da relativamente baixa qualidade (de técnica e de justiça) de muitos julgamentos, causadas pelo excesso de processos a julgar: é humanamente impossível possa um juiz, por mais culto e trabalhador que seja, dar vazão com rapidez, eficiência e qualidade ao número absurdamente elevado de processos que abarrotam o Judiciário. A falta de segurança jurídica (dentre as quais a morosidade do Judiciário e a imprevisibilidade das decisões judiciais são fatores importantes) é um dos entraves ao crescimento sócio-econômico do país”. d) Em trabalho intitulado “A Justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas”, elaborado em 2003, publicado no site <http://www.globalnoticias.pt>, da autoria de Célia Costa, investigadora da Faculdade de Ciências e tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, há conclusões afirmando que “ Se a justiça não fosse tão lenta, o Produto Interno Bruto (PIB) poderia crescer 11%. Os empresários investiriam mais,

arriscariam mais emprego e baixariam os preços das transações. Tendo em conta que o PIB vale hoje cerca de 130 mil milhões de euros, uma justiça mais célere poderia somar cerca de 13 mil milhões de euros à riqueza produzida pelo País”. Acrescenta a autora que “Sabendo, de antemão, que uma decisão judicial poderá levar anos a sair, os empresários não arriscam investimentos, se não estiverem absolutamente seguros do cumprimento dos contratos. Cobram preços mais caros nas transações, precavendo eventuais incumprimentos. Os spreads bancários são a prova disso mesmo uma espécie de ‘prêmio de risco judicial’, que as instituições cobram seus preços de forma a incorporar o custo do tempo necessário a recuperar judicialmente as quantias que os seus devedores não pagam pontualmente”. A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições. Nesse patamar de idéias, abre-se espaço para se trabalhar com o conceito de segurança jurídica, que, necessariamente, deve ser examinado quando há interesse em serem discutidos os reflexos da sua apreciação nas decisões judiciais que solucionam conflitos, especialmente, os de características tributárias. [...] Não devemos nos afastar da concepção de que a segurança jurídica tem por objetivo fundamental gerar a estabilidade dos postulados, dos princípios e das regras constitucionais e infraconstitucionais quando aplicadas nas relações jurídicas em situações de conflitos.²⁹⁴

Obviamente, um sistema processual pautado nos cânones mais rígidos do *civil law*, em que a própria Corte Superior desrespeita seus precedentes, influi diretamente sobre a postura dos magistrados que nele estão inseridos, na medida em que estes se identificam como corresponsáveis por garantir a liberdade, a igualdade e a propriedade, por intermédio de uma atuação estanque e equidistante, garantindo a tutela das pretensões por meio da vontade operativa da lei editada pelo legislativo. Num sistema tal – acredita-se –, bastaria ao Judiciário aplicar a lei ao caso concreto por intermédio de simples raciocínio lógico dedutivo, na premissa de que o ordenamento jurídico seria constituído por normas claras e suficientes para tutelas quaisquer pretensões.

Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues destaca que justamente a atuação do juiz apresenta-se como “um dos aspectos mais afetados pelo Estado liberal, pois, sendo o magistrado um representante do Estado, sua voz e sua razão, certamente deve ser uma extensão do próprio perfil estatal”.²⁹⁵ Como soa evidente, essa filosofia, postura, ou ideal de atuação serviu de

²⁹⁴ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc, acesso em 19.03.2015.

²⁹⁵ “Por isso, quanto menos ativista, participativo e atuante fosse o juiz, mais estaria cumprindo o seu papel. Só poderia se manifestar se fosse provocado nos casos e nas formas legais (dispositivo), pois se entendia que dessa forma estaria resguardada a igualdade formalmente prevista na lei, estaria protegida a propriedade, pois cada um

esteio à formação do pensamento jurídico que guarneceu os Ministros do Superior Tribunal de Justiça nas duas décadas subseqüentes à criação da Corte.

Tanto o é, que a Corte Superior ainda não despertou para o caráter normativo de seus precedentes, enquanto dispositivos não apenas incidentes sobre o caso concreto – a relação jurídica subjacente –, mas dotados de caráter universal, isto é, como normas jurídicas abstratas que se aglutinam no ordenamento para o fim de definir o sentido do direito infraconstitucional e, desse modo, conferir-lhe previsibilidade, unidade, e continuidade.

Consoante enfatiza Luiz Guilherme Marinoni, embora no contexto do constitucionalismo, a configuração das atribuições e competências do juiz brasileiro o aproximasse sobremaneira dos juízes do *common law*, a doutrina – que deveria se posicionar na vanguarda do desenvolvimento do pensamento jurídico – concentrou seus esforços em justificar racionalmente que o novo papel dos magistrados no Estado Democrático Constitucional se amolda ao modelo do princípio da separação dos poderes.²⁹⁶

Eis, portanto, o panorama que se desenhou desde a promulgação da Constituição de 1988: a Carta Republicana enxertou no seio da tradição liberal processualista (então hegemônica) a revitalização dos valores morais como conteúdos subjacentes às normas, que deveriam ser novamente trazidos ao embate argumentativo, como método necessário para se definir o conteúdo dos princípios jurídicos. Além disso, dotou os magistrados com a atribuição de proteger os direitos fundamentais extraídos da deliberação política e, a um só tempo, investi-

era livre para dispor dos seus próprios interesses. Mais que isso, os pedidos e provocações deveriam ser interpretados restritivamente (art. 293), com estrita observância e correspondência entre o que foi pedido e o que poderia ser dado (art. 460). Em matéria de provas, por exemplo, o juiz não deveria, senão subsidiariamente, buscar esclarecimentos probatórios, pois se entendia que as ‘provas’ eram figuras atinentes e à livre disposição das partes, daí por que vêm incrustadas dentro de um dispositivo que as coloca como regidas pelo ônus processual. Do ponto de vista da atividade jurisdicional executiva, as restrições à ‘liberdade’ e ‘ativismo’ judicial são ainda mais visíveis, porque tal atividade significava, antes de tudo, uma permissão de invasão estatal no patrimônio das pessoas, e, por isso mesmo, toda cautela e rigidez deveriam ser tomadas para evitar o retorno de um Estado absolutista. Assim, na tutela executiva do CPC, as regras ali previstas emprestam ao juiz uma função muito próxima de um autômato, em um método de trabalho minudente, rígido e sem poucas variações; enfim, com margem de liberdade quase nenhuma”. In RODRIGUES, Marcelo Abelha. 2009, p. 19-20

²⁹⁶ “A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição jurídica do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. Na verdade, a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura”. In MARINONI, Luiz Guilherme. 2013, p. 98.

lhes de autoridade para promover o controle da constitucionalidade dos atos estatais, tornando forçosa a reconfiguração do esquema de tripartição dos poderes. Essa nova configuração, implicou o abandono da rigidez teórica concebida por Montesquieu, para aproximar-se dos lindes praticados no direito norte americano, o *check and balances*.

Enquanto o constitucionalismo irradiava a oxigenação sistêmica ao direito, fomentando a redefinição de antigos institutos de direito material nos mais diversos ramos jurídicos, o processo civil manteve-se recalcitrante. Escondido sob a bandeira da autonomia metodológica, insistiu na preservação de seu epistema liberal.

Como resultado, o processo civil, meio de atuação estatal da jurisdição civil, tornou-se o palco de um drama. Contracenam nessa peça dois atores que, com a pretensão do protagonismo, não se alinham, se esbarram e prosseguem com a encenação como se o outro não existisse no palco. De um lado, o obsoleto. De outro, o vanguardista. Aquele o acusa de aventureiro e irresponsável. Este afirma sua destreza e potencialidade para conduzir ao novo. E o Superior Tribunal de Justiça, nesse contexto, em sua atuação, ora aplaude o primeiro, ora ovaciona o segundo.

Todavia, já é tempo de desmascarar o impostor. O cenário jurídico pertence ao constituinte. A Constituição é soberana sobre todos os poderes estatais. Ela os constituiu e sobre ela repousa toda a autoridade no Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, o processo civil não pode pretender se afirmar em face da Constituição da República, mas ser redefinido, reestruturado e repensado, para o fim de atender à nova ordem jurídica que se apresenta.

Portanto, é necessário estabelecer uma adequada teoria dos precedentes judiciais para que, primeiramente, o próprio STJ possa respeitar seus próprios precedentes, criando-se, então, a cultura de respeito aos precedentes por partes das instâncias ordinárias.

5.2 - A JURISPRUDÊNCIA LOTÉRICA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANÁLISE DAS POSIÇÕES JURÍDICAS DAS TURMAS DO STJ ACERCA DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Passa-se, agora, a analisar as divergências instauradas entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça em relação aos requisitos para a configuração do ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública. Dispõe o art. 11 da Lei Federal n.º 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Essa matéria – configuração do *ato ímprobo* que atente contra os princípios da administração pública – é representativa de como o Superior Tribunal de Justiça ainda se mantém em um modelo de Corte Superior (não consentânea ao Estado Democrático Constitucional).

Além da coexistência de entendimentos completamente antagônicos entre a Primeira e a Segunda Turma, a própria orientação da Segunda Turma sofreu abruptas alterações em um curto *lapsum temporis*. Os acórdãos utilizados não demarcam os posicionamentos iniciais acerca das respectivas matérias. Buscou-se como método de escolha dos julgados a proximidade em relação às suas respectivas datas.

O primeiro entendimento, de lavra da Primeira Turma (*ex vi* do REsp. n.º 758639/PB, julgado em 28/03/2006), afirmou ser necessária a ocorrência de prejuízo ao erário para a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública. No julgamento do aludido recurso, o então relator ex-Ministro José Delgado destacou que “*só há o ato ilícito previsto na lei de improbidade administrativa quando ficar comprovado que o*

agente público enriqueceu-se ilicitamente, provocando dano material ao erário público”, no que foi acompanhado à unanimidade pelos pares:

O art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa tem recebido interpretação doutrinária e jurisprudencial de acordo com o objetivo finalístico da referida legislação, que, na lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos (O Limite da Improbidade Administrativa, Editora América Jurídica, pp. 7 e 8), "... é punir o administrador desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e oprejuízo, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público". Essa linha de pensar é seguida por Alexandre de Moraes (Constituição Interpretada e Legislação Constitucional, Atlas, 2002, p. 2.611, citado por Mauro Roberto Gomes de Mattos, obra indicada, p. 8), ao afirmar: "A Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie voltada para a corrupção. O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um desvio de conduta do agente público que no exercício indevido de suas funções afasta-se dos padrões éticos morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei." Em suma, só há o ato ilícito previsto na lei de improbidade administrativa quando ficar comprovado que o agente público enriqueceu-se ilicitamente, provocando dano material ao erário público. Este é o pensamento exposto no REsp nº 213.994-0/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, DOU de 27.9.99: "Não havendo enriquecimento ilícito e nem dano ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil." Em conclusão, "... não havendo desonestidade por parte do administrador, mas mero equívoco, sem que ocorram o dolo e o prejuízo, para o Poder Público, não há que falar em improbidade administrativa". (Mauro Roberto Gomes de Mattos, ob. cit. p. 11). No REsp nº 480.387/SP, relatado pelo Min. Luís Fux, 1ª Turma, STJ, está confirmado o entendimento acima enfocado, isto é, não demonstrado o prejuízo ao patrimônio público não há improbidade administrativa. A caracterização da improbidade administrativa exige prática de ato que, além de ser ilegal, provoque evidente prejuízo ao ente público ou enriquecimento ilícito do agente público. No recurso ora examinado, está comprovado que o recorrente José Francisco Régis, na qualidade de Prefeito, sancionou lei oriunda da Câmara dos Vereadores que deu nome de pessoa viva a prédio público. Nada mais. Resume-se, simplesmente, neste ato, o alegado cometimento de violação do art. 11, I, da Lei 8.429/92. Ora, como demonstrado, sem a ausência de lesão ao patrimônio público, não há que se aplicar a lei de improbidade administrativa. Aos recorrentes, por terem sancionado a lei em questão, teve-lhe aplicada, sem nenhuma fundamentação, a pena de cassação de seus direitos políticos pelo prazo de 4 (quatro) anos. Além de os recorrentes não estarem enquadrados na infração que lhes foi apontada, há que se considerar a gravidade da pena que foi aplicada sem nenhuma motivação. Não está visualizado o dolo no ato de sanção da lei praticado pelo recorrente, para que se tenha como violado o art. 11, conforme afirmado na decisão recorrida. Certo é que, conforme adverte Sérgio Monteiro Medeiros (Lei de Improbidade Administrativa, SP, Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 101) "... que não será todas e qualquer lesão ao princípio da Administração Pública, segundo nos parece, idônea a configurar ato de improbidade administrativa, ou, pelo menos, bastante à propositura de ação de improbidade. É que a ação de improbidade administrativa é ação grave, eventualmente estrepitosa e marcante na vida de uma pessoa, assemelhando-se, sob esse prisma, à ação penal, pelo que deve ser manejada com desassombro, sobremodo no que se refere aos membros do Ministério Público (não podendo assim, viver sob a ameaça de multas vultosas e de passar à condição de réus em ação de improbidade, como resultado do insucesso da ação proposta, salvo a manifesta ocorrência de má-fé), mas também com prudência". Não se deve confundir, para a aplicação de Lei nº 8.429, de 1992 ilegalidade administrativa como improbidade. Esta só se consuma quando o agente público, no

seu agir, é devasso, provocando dano ao erário e recebendo correspondente vantagem. Em face do exposto, estou convencido de que o recorrente não praticou ato de improbidade administrativa.

No mesmo dia, a própria Primeira Turma adotou orientação diametralmente oposta no julgamento do REsp n.º 711732/SP. Em seu voto, o então Ministro Luiz Fux, aplicando à espécie o disposto no art. 21 da LIA, afirmou que a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública prescinde da comprovação da ocorrência de prejuízo ao erário:

Deveras, na presente demanda, restou amplamente provado que a conduta dos agentes públicos não resultou em lesão ao erário público, nem configurou enriquecimento ilícito dos mesmos, conforme os trechos da decisão objurgada acima reproduzidos. É certo que este ato ímprobo nos conduz a concluir pela inaplicação dos arts. 9º e 10, da Lei 8.429/92. Na hipótese dos autos, o ato de improbidade se amolda à conduta prevista no art. 11, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de Celso Luiz Santana e José Antônio Borges, o primeiro parente e o segundo amigo do ex-prefeito, para exercerem cargos públicos sem a realização de concurso público. Destaque-se que, nos termos do art. 21, da Lei de Improbidade, a aplicação das sanções independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora prevista nas hipóteses de lesão à moralidade administrativa, verbis : "Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas."

E não parou por aí. No que toca ao elemento volitivo da conduta ensejadora dessa modalidade específica de ato de improbidade, a Segunda Turma dispersou em curto período ao menos 03 (três) entendimentos. Primeiro, a Turma orientou entendimento no sentido de ser necessária a comprovação de dolo ou culpa do agente para a configuração do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (REsp 658415/RS, julgado em 27/06/2006). Eis os fundamentos utilizados pela Ministra Eliana Calmon, relatora do recurso:

A tese meritória situa-se na indagação seguinte: as infrações constantes dos artigos mencionados exigem a presença do elemento subjetivo, ou constituem-se em tipos cuja responsabilidade objetiva está configurada? [...]Os tipos caracterizadores do ato de improbidade estão nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92. O tipo do art. 9º não exige a prova da ocorrência do dano ao patrimônio, sendo suficiente que o sujeito ativo obtenha algum tipo de vantagem patrimonial – por exemplo: aquele que explora prestígio pessoal em função do cargo para obter vantagens pessoais, como favores e presentes, causa dano ao patrimônio, mas esse dano não é material. Nem por isso deixa de configurar-se o ato de improbidade. O mesmo se diga do art. 11 da

referida lei, no qual estão concentrados os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública inseridos nas Constituição. Diferentemente, o tipo do art. 10 exige para sua configuração a prova da lesão ao erário. Estabelecidas as premissas quanto ao tipo de lesão, é indispensável, para tanto, que se faça a distinção entre patrimônio e erário, vejamos o elemento subjetivo. O tipo do art. 10, por definição legal expressa, pode ser dolosa ou culposa. Pergunta-se então: e as modalidades dos demais arts. 9º e 11? Não há discrepância na doutrina quanto a só punição a título de dolo.

Quatro meses após, a Segunda Turma, negou o precedente para afirmar a desnecessidade da comprovação de dolo ou culpa do agente nos casos do art. 11 da Lei Federal n.º 8.429/92 (REsp. 826678/GO, julgado em 10/10/2006). Confira-se excerto do voto do Ministro Castro Meira:

A irrisignação do recorrente gravita em torno da necessidade de restar caracterizado, logo no despacho que determina o processamento da Ação Civil Pública, o elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa disposto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Não merece acolhimento a pretensão recursal. A lesão a princípios administrativos contida nesse dispositivo não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

No ano seguinte, no julgamento do REsp 842428/ES, em 24/04/2007, a mesma Segunda Turma revisitou seu entendimento, passando a afirmar que “*os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92*”.

Menos de um ano após, a Segunda Turma promove uma nova guinada abrupta do entendimento acerca do tema, para afirmar que “*o art. 11 elenca diversas infrações para cuja consecução, em tese, é desnecessário perquirir se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário*” (REsp. 728.341/SP, julgado em 06/03/2008).

Desde então, permaneceu por longo período a dispersão entre os entendimentos consolidados entre a Primeira e a Segunda Turma. Com efeito, desde 2006 (REsp. 604.151/RS), a Primeira Turma havia sedimentado orientação no sentido de ser indispensável a demonstração do dolo para a configuração do ato ímprobo por violação aos princípios da administração pública. Para ilustrar essa dispersão, basta averiguar os julgamentos do REsp. 1036229/PR, da Primeira Turma, julgado em 17/12/2009 e o REsp. 246.746/MG, julgado apenas 03 (três) meses depois, em 02/02/2010, pela Segunda Turma.

Após exato um mês, em 02/03/2010, a mesma Segunda Turma alterou novamente o entendimento para afirmar que a caracterização do ato de improbidade por violação aos princípios da administração exige a demonstração de um “dolo genérico” (REsp. 765.212/AC, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010).

Apenas no final de 2011 a Primeira Turma perfilhou de modo claro a jurisprudência que vinha sendo consolidada na Segunda Turma, quando passou a afirmar que o dolo genérico poderia caracterizar o ato ímprobo, conforme o art. 11 da Lei de Improbidade (AgRg. no AREsp. 20.747/SP, julgado em 17/11/2011).

Veja-se, portanto, o longo período de insegurança com relação à posição da Corte Superior em relação a uma matéria tão relevante. Como sobredito, é imperiosa a alteração da postura do STJ, para que, abandonando o modelo de Corte Superior, assuma papel de Corte Suprema, com o objetivo constitucional de conferir sentido e unidade ao direito infraconstitucional, por intermédio do respeito aos seus próprios precedentes.

6 - BREVES ANOTAÇÕES ACERCA DA ABORDAGEM DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Em 16 de março de 2015 foi finalmente publicado o Novo Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.015/2015), que passará a vigor a partir de 16 de março de 2016 (cf. art. 1.045).

No relatório do projeto do Novo Código de Processo Civil (Projetos de Lei n.ºs 6.014/2005 e 8.046/2010), aprovado pela Câmara dos Deputados em 26 de março do ano de 2014, a aludida Casa, reafirmando a orientação que já era adotada pelo Senado Federal, atribuiu “eficácia vinculante aos precedentes judiciais”.²⁹⁷

²⁹⁷ O texto encontra-se inserido na parte que trata das “modificações do PL 8.046, de 2010 realizadas na Câmara dos Deputados” e possui o seguinte teor: “Eficácia do precedente judicial: O relatório manteve o sistema, acolhido no projeto aprovado pelo Senado Federal, de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Busca-se aperfeiçoá-lo, porém. Em primeiro lugar, modifica-se topologicamente o trato do tema, levando-o para o capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, de modo a deixar claro que se trata de atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais. Aperfeiçoa-se a terminologia do projeto, de modo a deixar clara a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, regulamentando-se, também, a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia.

Mais à frente, extrai-se do voto do relator geral, na análise do Projeto de Lei n.º 8.046/2010 (especificamente na parte do processo de conhecimento e cumprimento de sentença), que “o projeto está estruturado a partir da força dos precedentes. É preciso redimensionar, assim, a regra da motivação da decisão judicial a um sistema como este”.

Como resultado, tem-se que, segundo a redação conferida ao art. 489, § 1º, incs. V e VI, do NCPC²⁹⁸, haverá ausência de fundamentação na decisão judicial que se “*limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*” ou “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. Tal disposição certamente implica relevante avenço para a teoria dos precedentes no ordenamento jurídico.

Todavia, o legislador perdeu a oportunidade de consagrar expressamente o precedente judicial como fonte normativa do direito. É que, em nosso sentir, o texto final do NCPC subtraiu relevantíssimo excerto do relatório aprovado pela Câmara dos Deputados em 26 de março de 2014. O relatório objetivava expressamente atribuir “eficácia vinculante aos precedentes judiciais”.²⁹⁹ Com efeito, no relatório da Câmara dos Deputados estava separado todo um

Busca-se, ainda, regular os casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira”.

²⁹⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²⁹⁹ O texto encontrava-se inserido na parte que tratava das “modificações do PL 8.046, de 2010 realizadas na Câmara dos Deputados” e possuía o seguinte teor: “Eficácia do precedente judicial: O relatório manteve o sistema, acolhido no projeto aprovado pelo Senado Federal, de atribuir eficácia vinculante aos precedentes judiciais. Busca-se aperfeiçoá-lo, porém. Em primeiro lugar, modifica-se topologicamente o trato do tema, levando-o para o capítulo que trata da sentença e da coisa julgada, de modo a deixar claro que se trata de atribuir eficácia vinculante aos provimentos judiciais finais. Aperfeiçoa-se a terminologia do projeto, de modo a deixar clara a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, regulamentando-se, também, a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia. Busca-se, ainda, regular os casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele, não deva ser julgado da mesma maneira”.

capítulo para tratar acerca dos precedentes judiciais. Tal capítulo infelizmente foi suprimido da redação final da codificação (mantendo-se apenas algumas de suas disposições).

Eis, portanto, o quadro comparativo entre a redação contida no último relatório da Câmara dos Deputados e a versão final do NCPC:

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO XV DO PRECEDENTE JUDICIAL</p> <p>Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.</p> <p>Parágrafo único. Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante.</p> <p>Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:</p> <p>I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;</p> <p>II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;</p> <p>III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;</p> <p>IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:</p> <p>a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional;</p> <p>b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional;</p> <p>V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem;</p> <p>VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.</p> <p>§ 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:</p> <p>I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;</p> <p>II – por meio do procedimento previsto no regimento</p>	<p style="text-align: center;">LIVRO III DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS TÍTULO I DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS</p> <p>Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.</p> <p>§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.</p> <p>§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.</p> <p>Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:</p> <p>I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;</p> <p>II - os enunciados de súmula vinculante;</p> <p>III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;</p> <p>IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;</p> <p>V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.</p> <p>§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.</p> <p>§ 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.</p> <p>§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.</p> <p>§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;</p> <p>III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a VI do caput deste artigo.</p> <p>§ 2º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.</p> <p>§ 3º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.</p> <p>§ 4º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.</p> <p>§ 5º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.</p> <p>§ 6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.</p> <p>§ 7º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.</p> <p>§ 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:</p> <p>I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;</p> <p>II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.</p> <p>§ 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.</p> <p>§ 10. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.</p> <p>Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos o:</p> <p>I – do incidente de resolução de demandas repetitivas;</p> <p>II – dos recursos especial e extraordinário repetitivos.</p> <p>Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos</p>	<p>julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.</p> <p>§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.</p> <p>Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:</p> <p>I - incidente de resolução de demandas repetitivas;</p> <p>II - recursos especial e extraordinário repetitivos.</p> <p>Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

tem por objeto questão de direito material ou processual.	
-----------------------------------------------------------	--

Como se nota, é enorme a diferença de disposições. Antes, dispunha o art. 521, inc. IV, alínea “b”, que “*não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes [...] da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional.*” Mais do que isso, o § 9º reforçava a força normativa dos precedentes ao estabelecer os critérios racionais de superação.

Agora, todavia, consta na redação do art. 927 que os juízes e os tribunais observarão decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, enunciados de súmulas vinculantes, julgados decorrentes de demandas repetitivas, enunciados de súmulas do STF e do STJ e “*orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*”.

Em nosso sentir, a disciplina do NCPC não auxilia a implementar no direito brasileiro verdadeira cultura de precedentes. É necessário que a doutrina insista e que os Tribunais (sobretudo os de Vértice) adotem posturas consentâneas ao modelo Constitucional de Estado, pois, independente do regramento disposto no diploma processual, a força normativa do precedente, como visto, é ínsita à atividade jurisdicional.

7 - CONCLUSÕES.

O caráter normativo dos precedentes em determinada ordem jurídica está correlacionado primordialmente às bases políticas, sendo relevante o prestígio e a relevância social da qual goza o poder judiciário.

A tradição jurídica do civil law, a despeito de sua origem alicerçada nas bases do direito romano do período Justiniano, do Direito Canônico, do Direito Comercial, e dos influxos do cientificismo oitocentista, apresenta em sua conformação de fundo uma matriz política oriunda dos ideários das revoluções liberais.

O direito brasileiro possui uma conformação híbrida, conformado por um direito infraconstitucional orientado segundo a tradição *civil law* e um direito constitucional,

recepcionado do *rule of law* escrito, isto é, do modelo norte americano. O *common law* norte americano foi recepcionado no direito brasileiro a partir da Constituição da República de 1891 e desenvolvido por intermédio das doutrinas de controle dos atos dos poderes públicos (*judicial review*). De outro giro, a prática jurídica infraconstitucional brasileira apresentou influências da Europa continental desde seus primórdios, em vista da formação dos nossos juristas sobretudo em Portugal, França, Alemanha e Itália. O ápice das influências do *civil law* se dá na codificação processual civil de 1973.

Dessa fusão exsurge um paradoxo metodológico, na medida em que ambas as tradições determinaram modelos completamente antagônicos em relação à Corte de Vértice: no *civil law* atuam as Cortes Superiores, ao passo em que no *common law* atuam as Cortes Supremas, em outras palavras, Cortes de Precedentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige que o Judiciário adote uma cultura precedentalista, por meio da prolação de decisões dotadas de fundamentos universalizáveis e do respeito aos seus próprios precedentes. Não obstante, a prática que se observa no Superior Tribunal de Justiça permanece conformada ao modelo de Cortes Superiores.

Por fim, o NCPC não consagra o precedente como fonte do direito. Determina apenas a obrigatoriedade de os tribunais velarem por sua uniformidade, subsistindo, portanto, a necessidade de desenvolvimento em âmbito acadêmico de obras que ofereçam material ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

8 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição Constitucional Brasileira.** São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

BRASIL JR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo.** São Paulo: Editora Atlas. 2007.

BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government.** Oxford: Clarendon Press. 1891. Disponível em <https://archive.org/details/afragmentongover00bentuoft>, acessado em 23/08/2014.

BENTHAM, Jeremy, ‘**Truth versus Ashhurst; or, law as it is, contrasted with what it is said to be**’ (1792). In *The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of his executor, John Bowring*, vol. V (Edinburgh, Tait; London, Simpkin, Marshall; 1843)

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica.** 2ª edição. Bauru, SP: EDIPRO. 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses. 2012.

CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interprétative.** Introduction générale in *la création du droit par le juge.* Archives de philosophie du droit, tome 50, Paris: Dalloz, 2007, p. 7-32. Article établi en collaboration avec M. Didier Boden, assistant de justice, actuellement Maître de conférence à la faculté de droit de Paris Panthéon-Sorbonne.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica.** In *Cidadania e Justiça: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros.* Ano 5. N.º 11. Rio de Janeiro: AMB, 2º semestre de 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **“General Report”.** In CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (orgs.). *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation.* Milano – New York: Giuffrè – Oceana. 1973.

CARNEIRO JÚNIOR. Almicar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais.** Coord. Adda Pellegrini Grinover, Petrónio Calmon. Brasília: Gazeta Jurídica. 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Noeses, 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005

COMOGLIO, Luigi Paolo. **“Il ‘giusto processo’ civile in Italia e in Europa”.** In *RePro* n.º 116. São Paulo: Editora RT. 2004.

COSTA, Thales Moraes da. **Conteúdo e Alcance da Decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130.** In Revista Direito GV. Vol. 10, n.º 01, jan-jun 2014. ISSN 1808-2432. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas.

COUTURE, Eduardo J. **Las garantías constitucionales del proceso civil.** In Estudios de derecho procesal civil. 3ª Ed. V.1. Buenos Aires: Depalma. 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio A. Carvalho. 2ª Edição. Lisboa: Editora Maridiano. 1972.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NASEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc, acesso em 19.03.2015.

DWORKING, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Editora Martins Fontes. 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Trad. Flávio Paulo Meurer. 3ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil.** Tese (livre-docência) – Faculdade de Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo. 1972.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Tradução: Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2010.

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

JEUVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1998

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Diritto costituzionale e processo civile.** In *Problemi del processo civile.* Napoli: Morano. 1962.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

LUCCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública.** Revista de Informação Legislativa. Ano 47. N.º 185. Brasília: SEPARATA (Senado Federal). Janeiro/março de 2010.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** (trad. Conrado Hübner Mendes). Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição Jurídica da Civil Law**: Uma Introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

_____. **Cortes Superiores e Cortes de Supremas**: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

MORAES, Filomeno. **Executivo e Legislativo no Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo Perspec. vol.15 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2001. ISSN 0102-8839, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400006>>, acesso em 18.03.2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O Espírito Das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia” Jurídica**. 3ª Ed. México, D.F: Distribuciones Fontamara. 1999.

_____. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud. **O Giro Lingüístico e a Autocompreensão da Dimensão Hermenêutico-Pragmática da Linguagem Jurídica**. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/download/2002/2173>.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2005.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico de trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-Positivismo sem Trauma**. In Revista de Direito e Estado. FELLET, André Luiz Fernandes [et. alii]. As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Editora JusPodvim. 2011.

RAMIREZ, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **A Influência do BGB e da Doutrina Alemã no Direito Civil Brasileiro do Século XX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 938, dez. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes. 1996.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª Ed. São Paulo: Editora RT. 2010.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione (problemi di diritto Tedesco e italiano)**. Milano: Guffrè. 1974.

WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e Sua Linguagem**. 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Safe, 1995, p. 37-80

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Jurisdição**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

_____. **O Valor Vinculante dos Precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionabilidade judicial. Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. Salvador: editora JusPodivm. 2015.