

## 2.

# O método judicial e o precedente no common law e na tradição jurídica continental: a convergência de perspectivas teóricas

## 2.1

### Introdução

Neste capítulo introdutório, procuraremos verificar a possibilidade de uma teoria geral dos precedentes que atenda à demanda de estabelecer critérios normativos para a reconstrução racional e a fundamentação da decisão jurídica que aplica precedentes como um elemento de sua motivação. Por meio de um estudo histórico-comparativo procurarei, após revisar algumas semelhanças entre o método judicial e o emprego de precedentes no *common law* e no direito romano do período clássico (1.2), demonstrar a incorreção da tese da autonomia metodológica do *common law* (1.3). Uma análise mais aprofundada do *style* judicial da Inglaterra e da França, que representam os exemplos mais puros de sistemas jurídicos que podem ser caracterizados como provenientes da tradição do *common law* e do *direito continental (civil law)*, nos leva à conclusão de que a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial, embora cada uma das tradições possua mecanismos intraprocessuais e extraprocessuais diferentes para justificar o seu *case-law* (1.4). Em linhas gerais, o que pretendemos deixar claro é que o fundamento do direito jurisprudencial no *common law* e no *civil law* é em grandes linhas o mesmo, sendo que a única diferença entre o desenvolvimento do direito judicial *common law* e o *civil law* que se pode ainda encontrar é uma diferença de grau (1.5). De um lado, a tese positivista da discricionariedade judicial – exemplificada por meio da teoria pura do direito de Hans Kelsen – inevitavelmente conduz a uma diferença meramente de grau de vinculatividade do juiz à lei nos dois sistemas, mas o fundamento do *case law* é o mesmo independentemente do sistema jurídico em questão: o não

cognitivismo positivista vê sempre as decisões judiciais como mero ato de vontade, não de conhecimento (1.5.1). De outro lado, as teorias contemporâneas da justificação jurídica, em especial as de orientação kantiana, como a que adotaremos no capítulo II, revelam que o princípio da *universalizabilidade* e a necessidade de reconstruir os precedentes por meio de enunciados universais expressos em silogismos têm validade universal, o que desmonta a tese de que o *common law* seria avesso ao método dedutivo dominante no *civil law* (1.5.2). Finalmente, terminamos por desnudar a tensão entre *facticidade* e *validade*, entre *razão* e *autoridade*, que é imanente ao direito em si mesmo considerado e que constitui um elemento estrutural do direito jurisprudencial. Uma teoria dos precedentes deve ser capaz de estabilizar essa tensão.

## 2.2.

### **A semelhança estrutural entre o *common law* e o direito romano do período clássico**

Costuma-se afirmar que o direito romano, especialmente no período clássico (e pré-clássico), que grosso modo começa na metade do século II a.c. e se estende até meados do século III d.c., apresenta mais semelhanças com o *common law* inglês do que com os sistemas jurídicos que se constituíram sob a sua influência direta, como os da França, da Itália e da Alemanha, onde se pode falar de uma “recepção expressa” do direito romano<sup>3</sup>. Há um senso comum entre os juscomparatistas em que os sistemas jurídicos da Roma antiga e da Inglaterra contemporânea apresentam notáveis semelhanças quanto à estrutura, as quais

---

<sup>3</sup> De fato, se, por um lado, a influência do direito romano na Alemanha pode ser considerada relativamente tardia, pois só veio a acontecer após a metade do Século XVI – ou seja, séculos após a descoberta do direito romano em Bologna, por volta do Século XI, e os comentários deixados pelos glosadores nos séculos XIII e XIV –, por outro lado em nenhum outro lugar do mundo foram encontradas condições históricas tão favoráveis à incorporação das normas e categorias do direito romano ao direito positivo. Como explicam Zweigert e Kötz (1998, p. 132-s), pode-se falar em uma verdadeira “recepção do direito romano” na Alemanha deste período (Século XVI), a qual repercutiu significativamente na metodologia da ciência do direito daquele país, notadamente através dos *pandectistas* do Século XIX, que desenvolveram suas teorias conceptualistas a partir de comentários literais e da análise conceitual do *Digesto* ou *Pandectas* (Van Caenegem, 1987, p. 12) e abriram o caminho para uma série de outras teorias sobre a interpretação, aplicação e desenvolvimento do direito. Para uma síntese histórica das principais vertentes jurídico-metodológicas na Alemanha, ver Larenz (1997, Parte I).

repercutem, direta ou indiretamente, sobre o método judicial e o estilo da argumentação que os juizes adotam para fundamentar suas decisões.

O *common law* inglês é descrito como um sistema jurídico fragmentado, não codificado e ancorado profundamente na tradição, cuja principal fonte – embora não a que possui maior hierarquia no sentido formal a que estamos acostumados nos sistemas jurídicos de tradição continental – é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o direito. Quando se fala em “costume reconhecido”, remete-se o leitor necessariamente à idéia de *precedente*, e não ao *costume em si mesmo* considerado, ou seja, independente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias. O direito há de ser buscado em um precedente que tenha resolvido um caso semelhante em termos “relevantes” ao que se coloca para o intérprete; há de ser normalmente encontrado em uma *regula* estabelecida pelo juiz em um caso particular anterior, e não em uma máxima abstrata da qual possam ser deduzidas regras mais específicas para cada nova situação. A *ratio* para decidir não está em uma decisão tomada por um ente externo à prática pragmática de observar casos/regularidades e decidir questões particulares, mas na autoridade da mesma pessoa que observa essas regularidades e deve impor *standards* de comportamento para o caso concreto: não há uma distinção clara entre criação e aplicação do direito. Quando não houver um “caso” idêntico ao precedente particular que possa ser rigorosamente reproduzido pelo juiz, abrem-se as portas para o *distinguish* e a analogia, que são típicos métodos de criação do direito.

Quando se olha para o *common law* da perspectiva de um observador parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambos se pode notar não apenas a ausência de um *corpus* de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a *construção* do sistema jurídico a uma casta de “intérpretes autorizados” – em Roma, os jurisconsultos, na Inglaterra, os juizes – que possuem a prerrogativa de dizer o que vale e o que não vale como norma jurídica. A seguinte descrição de Stein (1979, p. 438) parece fornecer uma boa imagem dessa relação:

Quando pensamos nos sistemas de *civil law* de hoje, pensamos em um *corpus* de regras cujo significado é deduzido de princípios gerais e estão ordenadas sistematicamente em códigos que possuem textos fixos e dotados de autoridade. Esses textos podem ser interpretados de novas maneiras, mas a formulação lingüística permanece a mesma. Diferentemente, o *common law* aparece mais como um conjunto de regras inferidas de decisões de casos particulares. Os enunciados jurídicos são sempre provisórios, pois continuamente são reformulados através de alargamentos e estreitamentos dos seus termos à medida que surgem novos casos. Essas regras são hipóteses que esperam ser testadas pelas cortes de justiça. Nesse ponto, o antigo direito romano parece muito mais com o *common law* do que com o *civil law* moderno. Para o observador continental, o antigo direito romano e o *common law* moderno compartilham a mesma aparência barroca e desordenada.

Em decorrência dessas identidades estruturais entre o *common law* e o direito romano, é comum encontrar também certas identidades metodológicas entre os dois sistemas jurídicos. Costuma-se argumentar nesse sentido da seguinte maneira: quando se reconhece expressamente a uma mesma entidade a autoridade para, de um lado, originariamente produzir o direito positivo e, de outro, resolver os conflitos que surgem ao aplicá-lo a cada novo caso particular que se apresenta, desenvolve-se uma metodologia jurídica significativamente diferente da que o jurista continental está acostumado, pois os juízes do *common law* adotam mecanismos de desenvolvimento do direito e de solução de problemas jurídicos muito mais próximos aos do período clássico do direito romano do que os existentes nos sistemas de direito continental. 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*<sup>4</sup> que podem ser livremente empregados

---

<sup>4</sup> Topoi, na linguagem aristotélica, são “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (Viehweg, 1979, p. 26-7). Sobre a tópica na aplicação jurisprudencial do direito, cujo principal expoente é Viehweg, ver, além da obra citada logo atrás, García Amado (1987), Bustamante (2004) e Larenz (1997, p. 201-s).

pelo aplicador do direito: no *common law*, os precedentes; em Roma, as *responsa* dos juristas autorizados<sup>5</sup>.

Como salienta Vacca (1998, p. 40), há, apesar das importantes diferenças entre os dois sistemas jurídicos – principalmente no plano institucional e na autoridade que se atribui às decisões judiciais –, uma indiscutível proximidade entre os dois no que se refere aos procedimentos de desenvolvimento e, quando necessário, modificação do direito a partir da experiência obtida por via da análise de casos individuais e da aplicação do método indutivo: “o jurista romano raciocina (...) efetivamente «from case to case»”; trata-se de um *case-law* que se desenvolve não apenas “subsumindo o novo caso em uma regra derivada de um caso anterior”, mas buscando (indutivamente) extrair da solução precedente a “*ratio decidendi* que a justifica” e pode servir de padrão para a solução do caso ainda pendente (Idem, p. 46). Para demonstrar essa semelhança metodológica com o *common law*, Vacca cita alguns exemplos de aplicação das técnicas do *distinguish* e da aplicação analógica que podem ser encontrados no Digesto. Num desses exemplos, a autora parte do seguinte verbete:

D.41,2,21,1 (Iav. 7 ex Cassio): *quod ex naufrágio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto sed in deperdito. 2. Idem iuris esse existimo in rebus quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est*<sup>6</sup>.

No trecho transcrito, Giavoleno “estende por analogia” a solução de Cássio, para compreender não apenas as coisas “restituídas de um naufrágio”, mas também as temporariamente atiradas da embarcação para evitar o naufrágio, por encontrar nas duas hipóteses a mesma *ratio decidendi* (Idem, p. 43-4).

<sup>5</sup> A leitura tópica dos mecanismos de desenvolvimento do direito inglês e do direito romano não pode ser aceita incondicionalmente. É necessário ressaltar que tanto os *precedentes* quando as *responsa* têm autoridade vinculante em relação ao juiz, e deles não se pode afastar senão pela técnica do *distinguish* ou, em casos mais raros, do *overruling*. Não se tratam, portanto, de *topoi* que podem ser afastados aleatoriamente pelo aplicador do direito. A comparação é válida, no entanto, para aqueles casos em que ainda não há uma regulação jurídica precisa e o intérprete deve, ele próprio, elaborar, a partir das *authorities* existentes, a regra jurídica que servirá como padrão para solução dos problemas jurídicos concretos.

<sup>6</sup> “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” (tradução ao português a partir da tradução italiana de Vacca, 1998, p. 43).

Por outro lado, Ulpiano, em D.47,2,43,11 (Ulp. 41 *ad Sab*)<sup>7</sup> (Cfr. Vacca, 1998, p. 44), introduz um novo elemento (a intenção do possuidor que se desfaz da coisa) que, se levado em consideração, pode levar a soluções diferentes das anteriores. Trata-se, para Vacca, de um típico caso de aplicação da técnica que os juristas do *common law* denominam “distinguishing”. Veja-se (Idem, p. 44-5):

Uma questão diversa é posta neste texto de Ulpiano, em que o jurista, com o fim de resolver o problema (de saber) se aquele que leva consigo uma coisa *iacta ex nave* deve ser compreendido pela *actio furti*, introduz a relevância de uma circunstância ulterior: o *animus* daquele que atira a coisa da embarcação; se este está convencido de que a coisa estará definitivamente perdida, a coisa pode ser considerada “derelicta” e neste caso aquele que a encontra pode adquiri-la. A *ratio decidendi* da solução de Ulpiano não é diferente daquela utilizada para a solução de Cássio e Giavoleno: o terceiro pode adquirir somente aquilo que, em relação aos elementos de fato relevantes para a diagnose do caso, deve ser considerado ‘tipicamente’ perdido definitivamente pelo proprietário, e não aquilo que deve ser tido como perdido apenas temporariamente. Mas Ulpiano introduz um *distinguish* que modifica o âmbito da “rule of law” que derivava daquela *ratio decidendi*: enquanto Cássio e Giavoleno pensavam que todas as circunstâncias de fato a serem consideradas relevantes na perda por naufrágio e, por analogia, na perda por ter sido jogada da embarcação para evitar um naufrágio, estariam consideradas na solução que – distinguindo esses casos dos de *derelictio* – negavam a aquisição pelo terceiro, Ulpiano, pondo ênfase na relevância do convencimento daquele que se desfaz da coisa, elemento que não tinha sido considerado nas soluções precedentes, restringe a aplicação da regra aos casos em que efetivamente o *dominus* acredita poder recuperar a coisa. Os demais casos, na aplicação da mesma *ratio decidendi*, devem ser portanto decididos no sentido oposto.

Como se pôde notar no exemplo acima, construído a partir de diferentes passagens do Digesto, em que juristas distintos tratam de novos aspectos de um problema que cresce de complexidade à luz de casos cada vez mais concretos, as

<sup>7</sup> D.47,2,43,11 (Ulp. 41 *ad Sab*): *Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, cum sciat periturum, qui invenit suum fecit nec furti tenetur. si vero non hoc animo, sed hoc, ut, si salvum fuerit, haberet: ei qui invenit auferendum est, et si hoc qui invenit et animo furandi tenet furti tenetur. enumeratio si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur. quod si putans simpliciter iactatum, furti similiter non tenetur.* (“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 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 tiver convencido de que a coisa tenha sido simplesmente jogada da embarcação, não a terá tido por furto”) (tradução livre a partir da tradução italiana de Vacca, 1998, p. 44).

técnicas do *distinguish* e da extensão por analogia, que constituem ainda hoje os elementos mais importantes do método jurídico do *common law*, faziam parte da rotina dos juristas romanos no desenvolvimento do direito e na elaboração de soluções para os problemas concretos que se colocavam diante deles. De modo semelhante, é perceptível no exemplo acima a mesma estrutura tópica descrita para retratar o *common law*. Do ponto de vista metodológico, pode-se falar portanto em certa identidade entre o pensamento jurídico romano e o típico dos atuais juízes do *common law*. Com efeito, a atividade do jurista inglês, seja quando está diante de um caso não exaustivamente regulado por um precedente judicial ou quando ele considera conveniente diferenciar (*distinguish*) os precedentes existentes tendo em vista o surgimento de novas características “relevantes” para o caso *sub judice*, guarda nítida semelhança com a *interpretatio* exercida pelos juristas romanos do período clássico<sup>8</sup>.

Como explica Schiller, “o cenário romano era dinâmico, e (muitas vezes) novas circunstâncias demandavam novas regras. E eram primeiramente os juristas (jurisconsultos) que proviam as novas normas para a sociedade cambiante”. A *interpretatio* era o procedimento por meio do qual essas novas regras eram inseridas pela doutrina: “não se tratava, como alguns poderiam imaginar, da reconstrução de enunciados normativos para determinar a intenção do legislador, mas de um mecanismo através do qual (novos) princípios jurídicos poderiam ser introduzidos no *corpus* do direito romano” (Schiller, 1958, p. 1.227).

---

<sup>8</sup> A palavra *interpretatio* não possui significado idêntico ao longo de todo o período de vigência do direito romano. Em uma acepção relativamente ampla, *interpretatio* é entendida em um sentido equivalente ao de *ius civile*, ou seja, a significar “o direito desenvolvido através da atividade dos juristas, i. e., dos experts jurídicos do denominado período clássico de Roma” (Schiller, 1941, p. 734). Como salienta Schiller, esse sentido não prevaleceu nem durante o período “pré-clássico” – no qual a expressão era entendida em um sentido estrito, como “interpretação literal” (Idem, p. 737) – nem no período “pós-clássico”, em que a expressão é entendida como uma atividade de mediação entre o direito (*ius*) e a “equity” (*aequitas*), a ser exercida exclusivamente pelo imperador (Idem, p. 744). É importante frisar, portanto, que a comparação que desenvolvo nos próximos parágrafos leva em consideração o sentido em que a expressão foi utilizada no período clássico do direito romano, ou seja, nos dois primeiros séculos da Era Cristã.

### 2.3.

#### **A questão da autonomia metodológica do common law em relação ao direito continental-europeu**

Mas essas identidades estruturais e metodológicas entre o direito romano e o *common law* implicam uma “autonomia metodológica” deste último em relação ao direito continental-europeu? Em especial, quando o jurista do *common law* e o jurista da tradição romano-germânica aplicam um precedente judicial eles adotam técnicas interpretativas e métodos de aplicação do direito substancialmente diferentes?

Costuma-se a dar uma resposta afirmativa a essas perguntas. Nesse sentido, quando Buckland e McNair comparam o *common law* ao direito romano clássico, eles afirmam que “tanto o jurista do *common law* quanto o romano evitam generalizações e, tanto quanto possível, definições. O método desses juristas é intensamente casuístico. (...) Nos seus grandes períodos de formação, nem os juristas romanos nem os nossos foram grandes teóricos: eles raramente retornam até os princípios mais abstratos” (Buckland; McNair, 1936, p. xii et 8-9). Enquanto nos sistemas contemporâneos do continente europeu os oráculos do direito seriam os juristas e a fonte da autoridade das decisões jurídicas estaria nos códigos, em contraste o jurista do *common law* teria sua pior performance quando se confronta com um texto legislativo: “sua técnica é a de desenvolver e aplicar a *experiência judicial*” (Pound, 1937, p. 186). Pound, por exemplo, chega a advogar um “modo de pensar” específico do *common law*, que refletiria um aparato metodológico independente daquele utilizado pelos juristas do *civil law*:

(O método do *common law*) é um modo de pensar que habitualmente olha as coisas nos seus aspectos concretos, não abstratos; que põe fé na experiência ao invés de em abstrações. É um modo de pensar que prefere ir adiante com cuidado, sobre a base da experiência deste ou daquele caso (...), como a justiça de cada caso requer, ao invés de procurar reconduzir tudo de volta a certos universais pressupostos desde o início. É um modo de pensar que não tem a ambição de deduzir a decisão para o caso em questão de uma proposição formulada universalmente, assim como que por alguém que nunca tenha imaginado o problema com o qual o tribunal se confronta. É um modo de pensar por detrás do velho hábito anglo-saxão de lidar com os problemas como eles se apresentam ao invés de antecipá-los por meio de fórmulas abstratas (Pound, 1937, p. 187).

Da mesma forma, Lord Cooper, um importante juiz escocês, acredita que “um sistema jurídico de *civil law* difere de um de *common law* tanto quanto o racionalismo difere do empirismo ou a dedução da indução. O jurista do *civil law* naturalmente raciocina de princípios a instâncias (*instances*), ao passo que o do *common law* de instâncias a princípios. O jurista do *civil law* põe fé em silogismos, o do *common law* em precedentes; o primeiro silenciosamente pergunta a si mesmo cada vez que surge um novo problema: «O que devemos fazer desta vez?», enquanto o segundo indaga em voz alta na mesma situação: «O que nós fizemos da última vez?»” (Cooper, 1950, p. 470-1).

Essa forma de ver o raciocínio jurídico no *common law* (casuístico, indutivo, particularista, um raciocínio “*from case to case*”) é hoje aceita pela maior parte dos juristas e pode gerar conseqüências extremamente relevantes para a teoria dos precedentes judiciais de modo geral.

Do ponto de vista institucional, várias diferenças e semelhanças poderiam ser buscadas entre o *common law*, o direito romano e os sistemas jurídicos da tradição continental. O tipo de raciocínio descrito no item anterior desse trabalho, por exemplo, que constitui um modo de pensar o direito relativamente próximo do pensamento tópico descrito por Viehweg (1979), pode ter sua maior freqüência explicada a partir do fato de que tanto o *common law* inglês quanto o direito romano *clássico* são sistemas não codificados, de modo que as soluções para os casos particulares devem ser buscadas em normas relativamente concretas (em Westminster, os *rulings* judiciais; em Roma, as *regulae* que decorriam da *interpretatio* dos jurisconsultos), o que faz com que os argumentos por analogia e por *distinguishing* se tornem recursos sempre freqüentes.

Mas a questão metodológica que releva para a presente tese de doutoramento, que é a posta pelo jurista prático que se aproxima do direito judicial, é “qual o método para extrair regras de precedentes ou, mais genericamente, da jurisprudência?”. Quanto a esse ponto crucial, que é de interesse para nós porque abarca a *interpretação dos precedentes*, Zweigert e Kötz, por exemplo, acreditam que “ainda há diferenças muito consideráveis entre o *common law* e o *civil law*”:

A técnica do juiz do *common law* de se aproximar do *case law* e extrair dele regras e princípios é o produto de uma tradição madura e experimental de *reasoning from*

*case to case*. O juiz anglo-americano inicia seu processo de decisão com precedentes individuais que os advogados das partes tenham aduzido ser os mais diretamente aplicáveis (*in point*). Nesses precedentes ele reconhece certas ‘regras’, ou seja, soluções de problemas particulares e concretos. Ele observa como essas ‘regras’ foram historicamente limitadas, estendidas e refinadas por outros ‘precedentes’ e então, mantendo constantemente esses problemas práticos em mente, gradualmente extrai deles os ‘princípios’ e ‘standards’ de nível superior que ele usa para construir e testar hipóteses de resolução dos casos com que se depara (Zweigert; Kötz, 1998, p. 263).

Para os professores alemães “esse modo indutivo de pensamento, baseado no problema fático particular de cada caso e na discussão intensiva dos precedentes associados a ele, não é encontrado no direito continental” (Idem, p. 263-4). Essa compreensão encontra eco inclusive na House of Lords dos dias de hoje.

Se concordarmos com essas descrições, seremos forçados a admitir que há *métodos de raciocínio*<sup>9</sup> – e não apenas de *justificação e redação* das decisões – diferentes no *common law* e no *civil law*, os quais repercutirão sobre o tema central desta tese de doutoramento. No entanto, antes de simplesmente aceitarmos que os *modos de pensar* – especialmente quando se enfrenta um precedente judicial – das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental são diferentes e, em grande medida, antagônicos, cumpre analisar um importante fenômeno empírico que é reconhecido pela maior parte dos juristas contemporâneos no mundo do *common law*: o da relativa identidade de problemas e de soluções encontrados na sua tradição jurídica e no direito continental.

Como anota Lord Bingham (2000-b, p. 100), o trabalho dos comparatistas, ao longo dos anos, demonstrou que quaisquer que sejam as diferenças de “nomenclatura, procedimento e raciocínio”, os conteúdos das decisões jurídicas nos dois sistemas normalmente são similares: “desde que os Estados da Europa ocidental alcançaram aproximadamente o mesmo estágio de desenvolvimento econômico e social, nós vemos – sem surpresa – as cortes desses países

<sup>9</sup> Nesse sentido, apesar de reconhecerem que a oposição entre “common law” e “civil law” enfrenta um processo de enfraquecimento (seria uma “*opposition à nuancer*”), Fairgrieve e Muir Watt (2006, p. 24-s) sustentam duas importantes diferenças entre as duas tradições jurídicas na dimensão epistemológica: De uma parte, quanto aos “métodos de raciocínio judiciário”, o “silogismo dedutivo da tradição francesa se opõe à metodologia indutiva do *common law*”; de outra, quando observamos as “categorias estruturantes” do direito, “o lugar central que a tradição civilista francesa dá tanto à distinção entre direito público e direito privado quanto aos direitos subjetivos contrasta com a ausência de tal *summa divisio* e com todo o tipo de discurso sobre direitos (*rights talk*) no *common law*”.

confrontando em grande medida os mesmos problemas e (observamos) que, apesar de as regras jurídicas usadas para resolver esses problemas poderem ser bem diferentes, as soluções são freqüentemente muito semelhantes” (Bingham, 2000-c, p. 28)<sup>10</sup>.

Um olhar histórico revela também um intercâmbio entre o *common law* e o direito continental que não pode ser desprezado. Desde muito cedo – Séculos XI e XII – os *common lawyers* conheciam em grande medida o direito continental e não eram os “*practitioners* insulares” que Maitland imaginou. “O *common law* que Maitland descreveu (se é que existiu)” – argumenta Helmholz – “foi uma inovação do Século XIX, algo como uma exceção (se considerarmos a história do direito inglês) ao invés de uma regra” (1990, p. 1.226-7). Para Helmholz, o isolacionismo do *common law* em relação ao direito continental é o resultado das idéias decimonônicas sobre o direito: “antes do século XIX, barreiras absolutas entre o direito continental e o *common law* não existiam” (Idem, p. 1.208), e as “mudanças jurídicas no alvorecer de 1992 (refere-se o autor à unificação dos mercados europeus no ano de 1992, que impulsionou em grande velocidade um amadurecimento institucional da Comunidade Européia) podem muito bem representar algo como uma restauração do *status quo ante*” (Idem, p. 1.227).

Ainda assim, o pensamento majoritário é de que mesmo no contexto contemporâneo, em que as Cortes Europeias de Luxemburgo e *Strasbourg* produzem jurisprudência vinculante para todos os Estados europeus, unificando em larga medida o direito dos Estados que integram a comunidade européia, e portanto afetando a própria *substância* do direito dos Estados Nacionais, permanecem sérias diferenças quanto ao “*processo de raciocínio* através do qual o resultado (i. e. solução de um problema jurídico) é obtido” (Markesinis, 2001, p. 305).

É claro que basta comparar, por exemplo, o *stylus curiae* de uma sentença da *Cour de Cassation* francesa e de uma decisão judicial da *House of Lords* para se perceber diferenças muito significativas quanto aos usos da linguagem (cf. Markesinis, 1994, p. 608) e quanto à forma como os fatos e as normas jurídicas

---

<sup>10</sup> Para um estudo comparativo retratando o desenvolvimento do direito em matérias como propriedade, responsabilidade civil, contrato e enriquecimento ilícito, onde são analisadas topicamente as principais regras e princípios (assim como o aparato conceitual) das tradições do *common law* e do direito continental, e verificadas mais semelhanças do que diferenças nas soluções apresentadas pelas diferentes culturas jurídicas para os mesmos problemas, ver em especial Gordley (2006).

são enunciados e relacionados entre si. Mas voltemos às perguntas formuladas no início desta seção: será que as diferenças de estilo implicam necessariamente que os juízes do *common law* e da tradição jurídica continental-européia adotam métodos de raciocínio diferentes, especialmente quando lidam com precedentes judiciais? Será que, para além disso, os tipos de argumento que possuem maior ou menor força para fundamentar (racionalmente) as decisões judiciais variam tanto nessas diferentes tradições jurídicas?

Se respondermos negativamente a essas duas últimas perguntas, e portanto compreendermos o raciocínio jurídico como um *único processo hermenêutico* e a argumentação jurídica como um *único tipo de discurso de justificação de decisões*, então será possível cogitar de uma *única teoria dos precedentes judiciais*, que poderá vir a ser universalmente empregada para o fim de verificar a racionalidade dos discursos de justificação e de aplicação de regras jurisprudenciais em geral, ainda que permaneçam sérias diferenças de *style juridique* entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais. Ao final deste capítulo, analisarei a plausibilidade da tese hermenêutica da autonomia metodológica do *common law*, em especial no que se refere à interpretação e aplicação de precedentes judiciais. Antes de verificar a plausibilidade dessa hipótese, cumpre porém uma análise mais aprofundada do *stylus curiae* do *common law* e dos sistemas jurídicos continentais. Por isso na seção seguinte tentarei fazer uma análise desse tipo ao comparar o *style* judicial de dois Estados nacionais que se situam em extremidades opostas quando se leva em consideração dicotomias consagradas como *common law/civil law*, direito codificado/*case law*; *jurisprudence constante/binding precedent* etc.

Busco, com a comparação entre a França e a Inglaterra, logo a seguir, reconstituir o “modo de construir” e estruturar lingüisticamente as decisões judiciais dominante em cada um dos países e elucidar como cada um dos sistemas jurídicos reconhece e legitima o poder normativo das altas cortes do judiciário. Essa reconstrução, aliada a uma descrição da forma como o positivismo do Século XIX repercutiu sobre as instituições jurídicas de cada um desses países, será útil para justificar as respostas que darei às perguntas formuladas no início dessa subseção.

## 2.4

### O *stylus curiae* (e suas implicações) nos sistemas jurídicos de common law e de civil law

#### 2.4.1

##### O *style* francês “*phrase unique*” e o seu contexto

Por estilo, *stile*, *stylus*, ou *style* judicial devemos entender “não apenas a linguagem, no sentido literário e lógico”, utilizada pelos juízes, mas “também e sobretudo o *stile* no sentido amplo de *modo de fazer (ou construir) a sentença*” (Gorla, 1999-a, p. 62). O *style* judicial pode variar desde o extremo do julgamento *phrase unique*, da Corte de Cassação Francesa, que apresenta a decisão como o resultado de um simples silogismo, até o estilo discursivo e quase-literário do Reino Unido, que utiliza uma narrativa detalhada dos fatos do caso, buscando reproduzir tanto o maior número de detalhes possíveis sobre os fatos que demandam uma solução jurídica quanto as impressões pessoais do juiz sobre eles.

Para iniciar nossa análise, tomemos o caso do direito francês, que é o que apresenta o contraste mais acentuado com o *common law* anglo-americano.

Em França, o estilo *phrase unique* exige que as decisões judiciais sejam estruturadas de uma forma comum, que em linhas gerais corresponde ao seguinte (Cf. Mimin, 1978, p. 186):

- a) O Tribunal, após haver deliberado,  
Considerando (attenu) que... ; que... ;  
Considerando que... ; que...;

Por esses *motifs*,

- b) Rejeita...;
- Condena...;
- E determina....

Esse estilo, de um ponto de vista gramatical, exige que as duas partes do julgamento (*a*, que se refere aos *motifs* da decisão; e *b*, que constitui a parte dispositiva) se achem compreendidas em uma *única frase*: “em *b* estão os verbos das proposições principais, e em *a* estão as proposições que completam esses

verbos” (Idem, p. 187). A relação entre *a* e *b* compreende uma estrutura gramatical que estabelece ser *b* uma consequência necessária de *a*:

Na sua forma tradicional, o julgamento francês não compreende estritamente mais do que uma única frase com um único sujeito (‘o Tribunal’) e um ou mais verbos (‘diz que’, ‘condena’, ‘dá ação a’, ‘reenvia’) que constituem na parte dispositiva uma ou mais proposições principais justapostas. Essa frase única recebe, sob o nome de ‘motifs’, uma multiplicidade de proposições subordinadas (proposições completivas, circunstanciais dos verbos contidos no dispositivo), introduzidas necessariamente por locuções conjuntivas (*attendu que, mais attendu que, considerant que...*) (Ibidem).

Essa fórmula é empregada em praticamente todos os julgamentos realizados em França. Apenas a título de exemplo, transcrevemos abaixo a decisão do caso *Perruche*, um dos mais importantes e comentados julgados da *Cour de Cassation* nas últimas décadas, que possuiu significativa relevância como precedente para a fixação de danos morais naquele país<sup>11</sup>:

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS,

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que " l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises " par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché

<sup>11</sup> O valor de *Perruche* como precedente judicial foi tão elevado que pouco mais de um ano após a decisão do caso, o Parlamento Francês aprovou uma “lei anti-Perruche” para reverter o posicionamento da *Cour de Cassation* (Loi n. 2002-303, du 4 mars 2002), cujo artigo primeiro dispõe: “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance”. Ver em: « <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MESX0100092L>». Consulta em 02.04.2007.

celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois:

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993<sup>12</sup>.

Uma das principais características do sistema judicial francês é que a corte mais alta (a *Cour de Cassation* ou o *Conseil d'État*) não examina os fatos do caso, ou seja, são as cortes inferiores que decidem a questão da “existência material dos fatos”. No modelo de *cassação*, sempre que uma decisão da corte de apelação tenha sido invalidada pela Corte superior, a matéria é “enviada para uma outra corte de apelação, que irá tomar uma nova decisão, tanto sobre a questão de direito quanto sobre a questão de fato” (Troper; Grzegorzcyk, 1997, p. 104). O *style* dos julgamentos da corte 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, p. 448-9) 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, 1997, p. 110). Ademais, as decisões são “extremamente breves, às vezes com não mais do que poucas linhas” (Idem, p. 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, p. 45). O tribunal, apesar de em grande medida seguir a jurisprudência dominante, não faz referências a casos anteriores: “há um grande fosso entre *saying* e *doing* no sistema francês, pelo menos na sua versão oficial legalista, que ainda não admite o real papel dos precedentes na justificação das decisões judiciais”

<sup>12</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière. Audience publique du 17 novembre 2000, n° du purvoi 99-13701. Publication au Bulletin 2000, A. P. N. 9, p. 15. Disponível também na página da internet

«<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX2000X11X0PX00009X000>», consulta realizada em 02.04.2007.

(Troper; Grzegorzcyk, 1997, p. 137). Como descrevem – em tom extremamente crítico – Touffait e Tunc, a Corte de Cassação, em relação a questões de direito, procede por afirmação de princípios que ela não faz nada para esclarecer o conteúdo<sup>13</sup> e, em relação a questões de fato, “encontramos correntemente afirmações peremptórias, que não convencem porque elas escondem toda a discussão possível” (Touffait; Tunc, 1974, p. 489-90).

Com base em uma análise semelhante, anota Muir Watt (2004-a, p. 59) que a verdadeira chave da diferença entre o *style* do *common law* e o da *cassation* francesa se encontra no terreno da *epistemologia* jurídica. “O estilo judiciário é evidentemente revelador de uma determinada forma de aprender o próprio direito, de uma *ideologia do processo judiciário*”. Diferentemente do que ocorre no *common law*, “desde o momento em que se passa a conceber a ordem jurídica como um sistema de regras hierarquizadas e fechadas, onde a interpretação corresponde por conseqüência a uma racionalidade dedutiva, a pesagem dos valores é relegada à periferia; as escolhas ideológicas, sociais ou econômicas, pertencem nessa ótica apenas ao domínio político, ou seja, do legislador” (Ibidem)<sup>14</sup>. 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 do que em uma *escolha* ou *decisão* em sentido mais amplo. Em uma fórmula simples pode-se dizer o seguinte: “O simples fato de se tomar uma decisão implica uma escolha; mas a técnica gramatical francesa torna o juiz capaz de esconder isso” (Rudden, 1974, p. 1.022).

No modelo judicial “*phrase unique*”, se quisermos encontrar as razões interpretativas (das normas) ou classificatórias (dos fatos jurídicos relevantes) adotadas pela Corte francesa em um determinado julgado, não é no texto das decisões judiciais que devemos buscar; devemos ou recorrer às “*conclusions*” do *Avocat Général* (que são publicadas apenas nos casos mais importantes) ou então

---

<sup>13</sup> Afirnam Touffait, que exerceu por anos a função de “Procureur général près la Cour de cassation”, e Tunc, professor na Université de Paris II, que “esses princípios, a Corte de cassação os estabelece por razões que ela não explicita, o que é contrário às idéias que fundamentam a obrigação de motivar, e sem sequer precisar o seu âmbito, o que é mais grave ainda” (Touffait; Tunc, 1974, p. 492).

<sup>14</sup> Em sentido parecido, a opinião de Rudden (1974, p. 1.022): “Esse estilo verbal é ao mesmo tempo um sintoma e uma técnica. É o reflexo do preceito do artigo 5º (do Código Civil), que proíbe o juiz de estabelecer regras gerais, e de toda a tradição de que é a legislatura e não os tribunais quem devem criar o direito; assim, ao expressar o julgamento nessa forma gramatical particular, é dada uma impressão de que tudo não passa de uma fácil dedução a partir de princípios de direito positivo”.

aguardar os ricos comentários que a doutrina francesa faz para o fim de racionalizar *ex post* a jurisprudência de seus próprios tribunais. Destarte, costuma-se dizer que a *doutrina* em França exerce a mesma função que os *juízes* exercem na Inglaterra de expor o direito, desenvolvê-lo, criticá-lo, comentá-lo, propor ajustes, correções, analogias, o uso do *distinguish* etc. Em França, é na doutrina que se encontra o direito sendo exposto, racionalizado, formatado: “a influência da *Chronique Dalloz*, das notas da *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, da *Clunet* no desenvolvimento do *case-law* é dramática. Acadêmicos de destaque fazem em França o que juízes fazem na Inglaterra, e os padrões de raciocínio e extensão (dos comentários) apresentam importante semelhança; as ‘notas’ francesas estão muito mais próximas dos julgamentos ingleses do que os julgamentos franceses estão” (Goutal, 1976, p. 64).

#### 2.4.1.1

##### **O style “*phrase unique*” e a “Escola da Exegese”**

O *style phrase unique* é uma manifestação particular da influência que o positivismo formalista do século XIX exerceu em França. Durante o período compreendido entre a data da entrada em vigor do Código Napoleônico, em 1804, e o lançamento da obra de François Géný intitulada “*Méthodes d’interprétation et sources en droit privé positif*”, em 1899, foi hegemônica em solo francês a denominada “escola da exegese”, que pretendia, consoante as idéias fundamentais acerca do direito dominantes na Revolução Francesa, “reduzir o direito à lei” e, de modo mais particular, “o direito civil ao Código de Napoleão” (Perelman, 2000-a, p. 31).

O positivismo empirista e o formalismo lingüístico que subjazem à “Escola da Exegese”, no direito, e à Filologia, na literatura e na análise de documentos religiosos, estão ligados de forma íntima ao “impressionante trabalho de codificação” que substituiu as diversas fontes do direito pré-revolucionário (uma ampla variedade de costumes, *ordonnances*, editos reais e fórmulas vagas de direito natural) pelo “texto certo, único e estável da lei” (Frydman, 1994, p. 62).

Identificar o todo o direito com uma legislação que possui um conteúdo certo e determinável implicava, como explica Perelman, uma “doutrina da

separação dos poderes ligada a uma psicologia das faculdades em que *vontade* e *razão* constituíam faculdades separadas”: o poder legislativo, e só ele, “fixa por sua vontade o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo” (Perelman, 2000-a, p. 32). Por outro lado, de acordo com essa concepção legalista o judiciário “diz o direito, mas não o elabora”; “é necessário que a justiça tenha os olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: *dura lex, sed lex*” (Idem, p. 33). A atividade judicial restringe-se a estabelecer os fatos da causa e subsumi-los em nas normas produzidas pelo legislador. “Interpretar – afirmam categoricamente Boileux e Demolombe (Cf. Frydman, 1994, p. 64) – *não é modificar, inovar*, é fixar o sentido exato, verdadeiro, de uma disposição”. Numa palavra, a premissa fundamental da denominada “escola da exegese” é de que “o texto (da lei) possui um e apenas um significado verdadeiro”, e portanto 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, p. 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” (Idem, p. 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 possui as características da *univocidade* dos seus signos lingüísticos (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, p. 34)<sup>15</sup>.

É nesse contexto, o qual na verdade constitui a expressão justeorética da ideologia do juiz “*bouche de la loi*”, que foi considerada plausível a premissa fundamental do *style “phrase unique”*: a idéia de que toda a atividade judicial não passa de um processo de dedução, da construção de um simples silogismo. É claro, no entanto, que o jurista francês contemporâneo tem consciência de que

<sup>15</sup> Em sentido análogo, Dawson entende as premissas de fundo da escola da exegese seriam as seguintes: (1) “o legislador possui o monopólio do poder de produzir o direito”, (2) “o legislador realizou um trabalho completo” e (3) o legislador é internamente consistente (Dawson, 1986, p. 393).

esse formalismo jurídico não tem mais condições de subsistir na prática jurídica em geral, e a França não é exceção a essa regra. A técnica do julgamento *phrase unique* persiste unicamente por força da tradição. Já é de modo geral reconhecida, especialmente pela doutrina, mas também em importante medida nos documentos internos da própria *Cour de cassation*, a atividade de criação do direito desempenhada pelo juiz. Como explica Gérard Cornu, as grandes criações pretorianas da jurisprudência civil francesa “entraram, conforme opinião unânime, no direito positivo”: algumas valem até hoje por sua força própria (a teoria do enriquecimento sem causa, os *inconvenients* de vizinhança etc.); enquanto outras – a maior parte – foram consagradas pela própria lei (*responsabilité générale du fait des choses*, *abus de droit* etc.) (Cornu, 1992, p. 342).

#### 2.4.1.2

#### Jurisprudência e criação do direito em França

Ao invés de afirmar aprioristicamente que todo o direito está contido na lei positiva, que seria um sistema unívoco, completo e coerente, 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, e portanto mais um processo construtivo de significado do que um ato de puro conhecimento: “quem diz ‘interpretação’ diz criação”, e não há dúvida de que a Corte de cassação em certas situações faz de sua jurisprudência “uma fonte do direito tão importante quanto a lei” (Gobert, 1992, p. 345).

Há de modo geral a consciência de que a divisão do trabalho entre a Corte de cassação e o legislador vai bem além da tese da escola da exegese de que “o legislador decide” enquanto o juiz meramente “aplica”, através de um ato de conhecimento – e não de vontade –, o direito pré-estabelecido. No criterioso estudo de Louis Bach sobre a jurisprudência francesa, por exemplo, sustenta-se, sob premissas kelsenianas seguidas de dezenas de exemplos da jurisprudência da *Cour de cassation*, que “a interpretação é ato de conhecimento, mas *também um ato de vontade*”:

Com efeito, se se admitir que o direito a ser aplicado é mais freqüentemente um quadro no interior do qual há diferentes possibilidades de aplicação, convém reconhecer que a interpretação enquanto meio de conhecimento permite somente determinar o quadro que o direito a ser interpretado representa e, desse modo, as diversas possibilidades que existem no interior desse quadro. Mas, como acontece com mais freqüência (...), a interpretação enquanto meio de conhecimento conduz a uma pluralidade de soluções possíveis (Bach, 2000, p. 15).

Embora ainda persistam na jurisprudência da Corte de cassação certos *arrêts* em que se mantém a “ficção do caráter declaratório das decisões jurídicas”, i. e., 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 nesta regra” (Cf. Molfessis *et alli*, 2005, p. 11) –, a sobrevivência desse mito no discurso oficial do judiciário é vista como um anacronismo e como um inconveniente (para não dizer um *mal*) tanto pela doutrina como pelos *juristas práticos* de maior projeção nacional e internacional, entre os quais Adolphe Touffait (1978, p. 485), que exerceu por anos os cargos de *Procureur générale près la Cour de Cassation* e de Juiz da Corte de Justiça da Comunidade Européia, Guy Canivet (2005-a, p. 15), atual Primeiro Presidente da *Cour de Cassation*, e o grandioso grupo de trabalho composto por Valérie Amand (*Auditeur à la Cour de Cassation*), Denys de Béchillon (Prof. na *Université de Pau et des pays de l'Audour*), Louis Boré (*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*), Emmanuel Lesueur de Givry (*Conseiller à la Cour de Cassation*), Didier Martin (*Avocat à la Cour de Cassation*), Nicolas Molfessis (Prof. na *Université Panthéon-Assas – Paris II*), Horatia Muir-Watt (Prof. na *Université Panthéon-Sorbonne – Paris II*), André Potocki (*Magistrat*, presidente da *chambre à la Cour d'Apel de Paris*) e Marie-Aleh Trapet (*Auditeur à la Cour de Cassation*), que fora composto a pedido do Primeiro Presidente da Corte de Cassação, Monsieur Guy Canivet, para refletir sobre a viabilidade da manipulação da eficácia temporal dos *revirements de jurisprudence* (ou seja, *overruling*) no direito francês (Molfessis *et alli*, 2005 p. 10-s)<sup>16</sup>.

Ademais, há inclusive um instrumento processual por meio do qual a *Cour de cassation* pode ser invocada, por uma parte no processo judicial, com

---

<sup>16</sup> Conclui o grupo de trabalho, após analisar um grande número de *arrêts* da Corte da Cassação que ilustram o seu argumento : “porque o juiz não é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, não é admissível que o sistema jurídico como um todo se comporte, sempre e sem qualquer flexibilização, como se ele o fosse” (Molfessis *et alli*, 2005, p. 13).

fundamento na “*défaut de base légale*”. Embora em teoria ainda exista uma certa indefinição da extensão desse poder de se invocar a corte de cassação em caso de *défaut*, *manque* ou ausência de “base legal” para decidir o caso em questão, “a história ensina que o *défaut de base légale* sempre foi um instrumento de criação (do direito)”. Explica Foussard, citando a doutrina da “*obligation non sérieusement contestable*”<sup>17</sup> e outros exemplos, que a *ouverture à cassation* com fundamento no *moyen de défaut de base légale* é não apenas um instrumento de controle das decisões *a quo*, mas também um autêntico instrumento processual de elaboração de normas gerais pela Corte de Cassação (Foussard, 2004, p. 73).

Tal instrumento somente pode encontrar razão de ser em uma *auto-compreensão judicial* segundo a qual o juiz *não é mais considerado* (“se é que um dia foi”) *bouche de la loi*, mas em que o juiz reconhece para si mesmo o *dever* de “ajustar o direito aos valores da sociedade”. O Presidente Guy Canivet, por exemplo, enxerga uma bipolaridade no exercício da função judicial em geral que – segundo afirma – é válida para as Cortes Francesas de direito privado: o primeiro pólo, de *fluidéz* (no raciocínio judicial), é representado pelos progressos científicos e tecnológicos: “a abertura das cortes de justiça aos progressos e inovações científicas é um dos maiores fatores de desenvolvimento de novo *case-law*. Novas tendências na ciência (...) inevitavelmente ampliam o horizonte do juiz ao induzir um raciocínio jurídico do tipo criativo” (Canivet, 2004, p. 182).

O segundo pólo, prossegue o Primeiro Presidente da Corte de Cassação, é um “pólo de *estabilidade*”, representado pelos valores fundacionais de uma sociedade: “o juiz é sempre guiado pela proteção de valores sociais. Sua tarefa é criar constantemente uma ponte entre o direito e os valores da sociedade em que ele vive”, seja através do material jurídico extraído de sua própria “cultura jurídica” ou com a ajuda do “direito comparado” (Idem, p. 181). Canivet chega, inclusive, a utilizar a metáfora da “*chain novel*”, proposta por Ronald Dworkin (2000, p. 229) para descrever a atividade judicial (*adjudication*) de acordo com o modelo *law as integrity*:

O direito não apenas regula relações sociais. Ele também reflete valores sociais amplamente compartilhados. O juiz compreende o direito de sua sociedade como um conjunto coerente que interage com uma realidade social em movimento

<sup>17</sup> Cour de cassation, Ass. Plén., 16 novembre 2001, BICC, n. 541 du 15 décembre 2001, p3 et s, avec les conclusions de M. D. Goutes ; Bull. Ass. Plén. , n. 13, p. 19 (Cf. Foussard, 2004, p. 73).

perpétuo. Esse é claramente o caso nos países de *common law*. (...) Mas é também o caso nos países de *civil law* como o meu, onde os tribunais completam e dão sentido às mudanças na lei através do seu trabalho de interpretação. (...) Cada juiz deve, em certo sentido, contribuir para a ‘chain novel’ do direito que está constantemente sendo escrita, de acordo com a célebre analogia do filósofo do direito Ronald Dworkin. (Canivet, 2004, p. 182-3).

A criatividade e a riqueza da jurisprudência francesa foram também capturadas com especial precisão pelo estudo de Mitchel Lasser sobre os dois *portraits* do discurso judiciário dos tribunais daquele país. Amparado por uma análise – feita em um grau de detalhe e com uma riqueza de fontes jamais vistos antes em um estudo comparatista sobre o direito francês contemporâneo – não apenas dos sucintos e lacônicos *arrêts* que representam a decisão judicial como o resultado de um simples processo dedutivo, mas principalmente dos documentos *internos* da Corte de cassação, como as *conclusions* dos *Avocats-générales* (membros do Ministério Público que atuam perante a *Cour de cassation* como *custos legis*) e os *rappports* dos juízes relatores naquele mesmo órgão jurisdicional, Lasser distingue o denominado *official French portrait* produzido por certos enunciados legislativos e pela interpretação doutrinária desses documentos, dos *unofficial portraits* dominantes entre os teóricos do direito e nos *discursos* que se verificam nos documentos ocultos do judiciário civil (*conclusions*, *rappports* e documentos outros não geralmente publicados). Para o comparatista, é nesse *unofficial discourse* que radica a autocompreensão que o sistema jurídico, desde uma perspectiva *interna*, possui acerca do seu próprio funcionamento (Lasser, 1995, p. 1.327). O direito francês é marcado por uma tensão estrutural entre esses dois estereótipos: de um lado, o *judicial portrait* oficial, cujo elemento nuclear é a *gramática* e representa a ideologia interpretativa que visualiza um modo perfeitamente gramatical de ler o código; de outro, o *unofficial portrait*, que reconhece a multiplicidade de escolhas interpretativas compreendidas no processo decisório, representa uma autoleitura do judiciário cujo elemento central é uma ideologia interpretativa que busca gerar sentido (para os textos produzidos pelo legislador e para as decisões concretas que se tomam com fundamento neles) através da *hermenêutica*. (Idem, p. 1.327-8).

Uma análise da perspectiva interna à prática decisória da *Cour de cassation* revela o caráter *naïve* de toda teoria do direito comparado segundo a qual o jurista prático francês não tem consciência seja da função normativa de suas decisões ou

da complexidade do processo hermenêutico de construção de sentido para os textos legislativos em geral. Após citar um longo trecho de uma *conclusions* do *Avocat Général* Lindon (Cf. Lasser, 1995, p. 1.360), que serviu de exemplo para demonstrar o contraste entre a ideologia “oficial” e a que permeia os discursos internos de justificação das decisões da Corte de Cassação, Lasser observa com surpresa:

A argumentação de Lindon apresenta um *portrait* da função judicial que é difícil conciliar com o *portrait* oficial francês acerca do juiz civil. Lindon claramente desaprova o artigo 2.053 do Código Civil. Ele argúi que a Corte poderia e talvez deveria, na ausência de ação legislativa, unilateralmente estabelecer uma exceção ao dispositivo do código aplicável. Lindon propõe que a Corte modifique a dicção aparente do Código por meio da modificação de sua própria jurisprudência. Apesar de Lindon considerar essa inovação judicial desnecessária no caso em julgamento, ele por outro lado insiste que essa modificação seja feita o mais rápido possível. Isso implica que a jurisprudência da *Cour* possui uma força normativa em certo sentido comparável à do Código. Juízes e sua jurisprudência podem legítima e intencionalmente modificar regras legislativas. (...) Lindon entende a jurisprudência como constituindo parte do direito positivo francês. Ele descreve o legislador e o juiz franceses como operando na mesma esfera. (...) O argumento com fundamento na letra da lei completamente desapareceu [em parte de seu raciocínio]. A força do precedente judicial, ao contrário da vinculação ao Código, regula o processo argumentativo. (...) A diferença de tom entre o discurso de Lindon e o contido na decisão judicial paradigmática francesa é também digna de nota. Lindon argumenta em um estilo discursivo. Além de ele iniciar várias sentenças com a expressão familiar *et bien*, seus argumentos refletem a sua experiência pessoal perante os mesmos juízes: ‘Os senhores sabem, e eu com freqüência tive oportunidade de notar perante os senhores, que...’. Ele não evita falar na primeira pessoa, nem expressar sua própria opinião pessoal sobre as questões jurídicas. Seu estilo argumentativo, em contraste com o dos pronunciamentos judiciais oficiais, leva à impressão de que há espaço para a discussão entre os juízes franceses (Lasser, 1995, p. 1.361-2).

Fica claro nesse trecho – conclusão que foi corroborada por dezenas de outros exemplos citados e analisados com invejável riqueza de detalhe por Lasser – que os *magistrats* franceses vêm a si mesmos como titulares de um “papel normativo crucial para o desenvolvimento e a aplicação de regras jurídicas”. A atividade judicial não é compreendida como uma aplicação mecânica de provisões legislativas, mas uma elaboração intencional de princípios pragmáticos consagrados em precedentes judiciais que constituem direito positivo e levam em

conta *policy reasons* que jamais poderia perceber quem se mantivesse apenas na esfera do observador externo dos *arrêts* publicados pela *Cour* (Idem, p. 1.363)<sup>18</sup>.

A *Cour*, ao decidir uma determinada questão jurídica, é plenamente informada – seja pelo *Avocat Général* ou pelo *Magistrat Rapporteur* – acerca de todas as lacunas, conflitos, ambigüidades e insuficiências porventura existentes no Código (Idem, p. 1.369). Além de ouvir uma série de argumentos pragmáticos e *polícies* que justificam tanto uma decisão como a sua negação, a corte é minuciosamente alertada dos precedentes existentes sobre o tema e do significado normativo que a decisão a ser tomada terá para o sistema jurídico. A decisão, neste processo, é claramente apresentada como uma *escolha* fruto de um processo interpretativo: as *conclusions* dos *Avocats* e os *rappports* do juiz relator são apresentados como uma simples opinião, uma sugestão para que se tome determinada posição, a qual muitas vezes vem inclusive indeterminada.

Nesse sentido, Lasser (Idem, p. 1.371) esclarece que “muito embora o juiz relator normalmente deixe bem claro, ao longo de sua análise, como ele pensa que o caso deva ser decidido, ele formula suas observações finais como uma mera sugestão, ou, como é ainda mais freqüente, não oferece quaisquer sugestões formais, esclarecendo que deixa à Corte a oportunidade para decidir como o caso deve ser tratado”.

O caráter genuinamente hermenêutico das decisões francesas fica evidenciado ainda mais em duas técnicas que são muito freqüentemente encontradas nos documentos internos da Corte de Cassação: (1) o uso, nas *conclusions* e nos *rappports*, de figuras de linguagem como a *prolepse* – que consiste em relatar o argumento do adversário: “Objetar-se-á que...” (Reboul, 2000, p. 251)<sup>19</sup> – e (2) a redação, pelo juiz *rapporteur*, de diferentes *projets d’arrêt* a fim de que a *Cour* possa, após deliberação de seus integrantes, escolher qual deles será adotado (Lasser, 1995, p. 1.372-3). A primeira técnica – argumentação por prolepses – encontra antecedente no *style* dos denominados

<sup>18</sup> Interessante exemplo do alcance desse fenômeno no judiciário francês é uma certa regra costumeira da Câmara Criminal da *Cour de Cassation* segundo a qual apenas os *arrêts* em matéria criminal publicados no Boletim oficial da Corte devem ser considerados como *autorités* nos seus julgamentos. Como explica David (1960, p. 164, nota 1; Gorla, 1999-b, p. 99-100, nota 11), “quando a Câmara criminal da corte toma uma decisão, os seus membros tomam uma deliberação especial para saber se o *arrêt* será ou não publicado no Boletim oficial”. Uma vez formada certa *jurisprudence* da corte, sua eficácia normativa para além do caso concreto é tão marcante que por vezes certos órgãos da Corte decidem, por si mesmos, limitar o seu poder normativo.

<sup>19</sup> Ver, por exemplo, Lasser, 1995, p. 1.366.

Grandes Tribunais dos Estados Pré-Unitários Italianos, em especial a *rota Romana* e as *rotae* de Florença e outras cidades do ducado da Toscana, que floresceram durante os séculos XVI e XVII e constituíram um importante fator para a unificação do direito e do próprio Estado Italiano no período de formação do Estado Moderno (Gorla, 1970; Gorla, 1981-a.) O estilo rotal, especialmente no século XVII, pode ser descrito como “disputativo”, “argumentativo” e “casuístico” (Gorla, 1970, p. 742), sendo que uma de suas características era que “a solução (do Tribunal) era seguida de uma crítica dos argumentos contrários, textos e *authorities*, usualmente introduzidos pela fórmula típica *nec obstat* (‘não se pode objetar que...’), e muito freqüentemente se seguia uma longa lista de citações de cada *nec obstat*” (Ibidem)<sup>20</sup>.

Embora a inclusão das prolepses seja um dado relativamente recente na história do judiciário francês, pois o próprio dever de motivação das decisões, enquanto princípio fundamental do direito em França, só veio a ser institucionalizado nas duas últimas décadas do Século XVIII, já por influência das idéias revolucionárias (Sauvel, 1955, p. 40-s), há forte indício que essa forma de argumentar tenha origem no *stile rotale* dos Séculos XVII-XVIII. Com efeito, como explica Gorla (1999-b, p. 115), “houve entre França e Itália, em um certo momento, um curso histórico comum quanto aos ‘problemas da jurisprudência’, determinado pelas relações entre Itália e França no período que vai desde o final do Século XVIII, passando por todo o Século XIX, até o início do Século XX”. As relações entre os dois países, apesar de nem sempre amistosas no período, especialmente se levarmos em conta a *dominação napoleônica*, influenciaram profundamente o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e das Cortes Supremas dos dois países. Do lado italiano, a influência é mais visível: basta se olhar para a estrutura da *Corte de Cassazione* e para o *stile dell’atteso che*, que constitui uma cópia do *attendu* de origem francesa (embora o estilo italiano tenha preservado em parte o *mos italicus*, o que explica que o “*attendu*” italiano seja muito menos conciso e reducionista que o francês) (Idem, p. 116). Do lado francês, porém, a

---

<sup>20</sup> Atualmente, no entanto, verifica-se na legislação italiana um “apelo à concisão”, que se explica como uma “reação aos excessos de prolixidade de nossas *Rotae*, (principalmente durante os séculos XVIII-XIX)”. Da mesma forma, explica Gorla, há regras jurídicas específicas que convidam o juiz a “não se por a refutar *todos* os argumentos opostos pelos defensores das partes”, as quais “representam uma reação à tendência das Rotas de levar em consideração específica cada um desses argumentos, mesmo os menos importantes, e de refutar todos pelos célebres *Nec obstat*” (Gorla, 1981-b, p. 389). Ver também, nesse mesmo sentido, Gorla, 1999-b, p. 104.

influência é latente, mas basta penetrar no discurso *interno* da *Cour de cassation* para sentir a sua presença. O argumento *nec obstat* é revelador de um caráter indiscutivelmente discursivo e aberto das argumentações que efetivamente ocorrem no interior das câmaras da Corte de Cassação (embora, por outro lado, a falta de publicidade dessas discussões comprometa em certa medida a legitimidade democrática das motivações) e vai de encontro à visão caricaturada do direito francês segundo a qual o *style phrase unique* seria representativo de um modo de pensar e argumentar puramente formalista e legalista, absolutamente distinto do método judicial do *common law*. Contra essa representação, pode-se dizer que com essa forma de “revitalização do *nec obstat*” a jurisprudência francesa leva mais a sério o dever de motivar as decisões do que a de muitos outros Estados democráticos, pois o dever de motivar normalmente não mais é interpretado como compreendendo o dever de refutar todos os possíveis argumentos utilizáveis para a tese contrária à que se propõe, inclusive na Itália (Cf. Gorla, 1981-b, p. 389).

Por outro lado, já em relação à segunda técnica, a confecção de diversos *projets d'arrêt* pelos *magistrats rapporteurs* revela não apenas o caráter fictício do formalismo francês *à la exégèse*, mas até mesmo uma certa proximidade com o realismo escandinavo ou americano. Os *projets d'arrêt* expressam, com mais força do qualquer outra instituição, a liberdade criativa do juiz francês, que na realidade é tão grande quanto a de qualquer outro juiz. Nas palavras de Lasser, “o *projet d'arrêt* representa a mais importante manifestação escrita da incerteza interpretativa do judiciário francês. Para cada decisão importante que a *Cour* toma, permanecem no *dossier* interno da corte uma ou mais decisões alternativas, cada uma delas tão formal, gramatical e silogística quanto à efetivamente tomada. Nos arquivos da *Cour de cassation* jazem os inumeráveis caminhos interpretativos não seguidos” (Lasser, 1995, p. 1.373).

### 2.4.1.3

#### As transformações na soberania e o problema da legitimação das decisões: um problema também francês

As críticas de Dawson (1986, p. 374-431), Rudden (1974) e tantos outros comparatistas ao *style phrase unique* da *Cour de Cassation*, em especial quanto à insuficiência da motivação efetivamente apresentada aos destinatários da decisão judicial, retratam um problema relevante para o judiciário francês, que pode afetar a própria legitimidade de seus *arrêts*. Esse problema, reconhecido no passado por Touffait e Tunc (1974), ocupa atualmente a atenção da Corte de Cassação. Diferentemente do que acontecia há duas décadas atrás<sup>21</sup>, hoje a própria *Cour* é cônica da necessidade de legitimar, por meio de argumentos que se exteriorizam 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 auto-reflexão:

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, p. 14-5).

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 *exégèse* 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?*

<sup>21</sup> Ver, em especial, Touffait, 1978, p. 485, sobre a (falta de) repercussão de seu estudo anterior escrito em parceria com o Prof. André Tunc (Touffait; Tunc, 1974) sobre a atividade dos *magistrats* da *Cour de Cassation*.

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, p. 34), “o constitucionalismo submete a uma profunda revisão uma das teses mais freqüentemente atribuídas ao positivismo teórico: a supremacia absoluta da lei como expressão da soberania representada no Parlamento”. A concepção positivista de fontes do direito<sup>22</sup> é diuturnamente desmentida pela prática das Cortes Supremas (e, obviamente, das Cortes Constitucionais) dos Estados constitucionais contemporâneos.

Vive-se hoje um momento de *transformação da soberania* que implica uma profunda revisão no positivismo formalista que subjaz ao discurso oficial dos *attendus*, pois já não se pode mais admitir um direito criado exclusivamente pelo aparelho legislativo do Estado. Essa mencionada crise do positivismo foi bem capturada por Gustavo Zagrebelsky, que observa, entre outras, as seguintes transformações no Estado constitucional (Zagrebelsky, 2003, p. 10): i) o enfraquecimento da noção de soberania (pois esta se vê debilitada por “forças corrosivas” como, no plano interno, o “pluralismo político e social, que se opõe à idéia de uma única e mesma soberania”, e, no plano externo, a “progressiva institucionalização de ‘contextos’ que integram seus poderes em dimensões supra-estatais”); ii) a afirmação de uma supremacia constitucional que desloca o centro de gravidade da lei para um sistema de princípios e valores com caráter não absoluto (os quais, apesar de entrarem em conflito, aspiram à convivência e à concordância prática); e iii) a formação gradual de uma dogmática jurídica fluida que deve ser vista “como o líquido de onde as substâncias que se vertem – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa se impor sobre ou eliminar os demais” (Idem, p. 17).

É claro que se poderia objetar que o ordenamento jurídico francês não prevê a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo poder judiciário, e

---

<sup>22</sup> Sobre a doutrina das fontes do direito, ver *infra*, capítulo III, seção 3.3.

que por conseqüência a denominada “afirmação de uma supremacia constitucional” não pode ser validamente vindicada para o direito francês. Mas não parece correto inferir daí que o Estado constitucional francês esteja subtraído desse contexto. Ainda que o judiciário francês não possa declarar diretamente a inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Parlamento, a jurisprudência é em grande medida pautada, dirigida e condicionada pelos *princípios fundamentais* que “subjazem a e justificam as regras jurídicas em uma dada sociedade” (Canivet, 2004, p. 184). Ainda com Canivet, se pode afirmar:

Os princípios fundamentais constituem a razão pela qual a textura do direito é aberta mas de forma nenhuma descontínua. Eles são o pano de fundo normativo em face do qual os textos jurídicos serão interpretados e aplicados. Em outros termos, os princípios fundamentais dão sentido a e, ao mesmo tempo, limitam qualquer mudança jurídica, porque eles atribuem valor positivo a certo número de valores que dão forma à moralidade pública de uma nação. (Idem, p. 184-5).

Ora, esses “princípios fundamentais” hão de ser buscados não apenas na moralidade social compartilhada pelos juristas franceses, mas basicamente na Constituição e no restante do ordenamento jurídico. Ainda que não sejam suficientemente fortes para declarar a inconstitucionalidade das leis, os princípios fundamentais apresentam uma virtualidade significativa para agir como critérios ou parâmetros interpretativos da legislação infraconstitucional e para a evolução e consolidação da jurisprudência, e em especial para a construção de analogias, preenchimento de lacunas e todas as formas de desenvolvimento judicial do direito.

Ademais, o direito internacional e o direito comunitário europeu possuem em França uma função semelhante à das Constituições no seio dos Estados nacionais em geral. Existe inclusive uma norma constitucional expressa segundo a qual os tratados internacionais em geral possuem uma hierarquia superior à das leis, e a Corte de Cassação – seguida pouco tempo depois pelo *Conseil d’État* – já fixou precedentes no sentido de que “uma lei contrária a um tratado internacional não pode ser aplicada no caso em questão” (Troper; Grzegorzczuk, 1997, p. 138).

Mais fecunda ainda é a influência do direito comunitário europeu. O direito comunitário possui hierarquia superior ao direito estatal, e suas normas e diretivas possuem aplicabilidade imediata em cada um dos Estados da Comunidade. Pode-se falar hoje em dia em um novo tipo de *ius commune europaeum* que dá impulso

a uma convergência de culturas jurídicas, seja por *communication horizontale* (transplante voluntário de instituições jurídicas, normas, modelos de solução de casos difíceis etc.) ou por um *dialogue vertical*, que se realiza face aos grandes princípios que emanam das instâncias supranacionais e são garantidos especialmente pelas Cortes Europeias (Canivet, 2005-a, p. 12). Com efeito, é visível em França hoje tanto o “*transcultural borrowing*” (procedimento por meio do qual o judiciário de um Estado nacional resolve problemas jurídicos que surgem no direito interno por meio da “importação”, pelo juiz, de regras existentes em Estados vizinhos que apresentam soluções para casos semelhantes), inclusive e em especial em relação ao *common law* inglês (Cf. Muir-Watt, 2004-b), quanto especialmente a aplicação não apenas de textos legislativos produzidos pela Comunidade, mas da *jurisprudência* da *Cour Européenne des droits de l’homme*, que possui “autoridade interpretativa” perante os Estados-membros da Comunidade Europeia.

Apesar de a Corte Europeia de direitos do Homem (CEDH) não prolatar decisões com efeitos *erga omnes*, ou seja, não se pronunciar em abstrato sobre a compatibilidade de cada norma interna com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, “mas somente sobre a aplicação concreta da norma (comunitária) em face da vítima requerente, se se tratar de um pedido individual” (Deffigier; Sauviat, 2001, p. 14), suas decisões possuem uma “autoridade interpretativa” que faz com que os judiciários de cada país-membro procedam a um *ajustement des jurisprudences nationales* sobre a forma de um *overruling (revirement)* de seus próprios precedentes (Idem, p. 17). As decisões da *Cour de Strasbourg*, quando esta interpreta a Convenção, adquirem uma autoridade própria que se exerce sobre os Estados Europeus, denominada *chose interprétée des arrêts*: “A Convenção Europeia de direitos do Homem se tornou, ao longo dos anos e dos casos submetidos à Corte de Strasbourg, indissociável da interpretação que lhe foi dada pela Comissão e pela CEDH. A jurisprudência europeia se transformou em uma verdadeira fonte do direito com a mesma importância que a Convenção ela mesma” (Meyzeaud-Garaud; Moutel; Plazy, 2001, p. 105)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre esse ponto, ver os *rapports* apresentados pelo grupo de trabalho presidido pelo Prof. Jean-Pierre Marguénaud e composto também por Clotilde Deffigier, Eric Garaud, Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, Béatrice Moutel, Hélène Pauliat, Jean-Marie Plazy, Virginie Saint-James e Agnes Sauviat, editados em um único volume (Marguénaud, 2001). Ver ainda, na jurisprudência, decisão da *Chambre Sociade* da *Cour de cassation* que em seus

É nítido portanto, nesse contexto, que a CEDH e a própria *Cour de Cassation* desempenham tarefas análogas às das Cortes Constitucionais nos Estados constitucionais contemporâneos, bem como que o quadro traçado por Gustavo Zagrebelsky para descrever o Estado constitucional é também adequado para descrever o Estado e o direito franceses. Pode-se observar também em França o mesmo fenômeno que García Figuerola descreveu como um “giro neo-realista” na teoria jurídica contemporânea, que representa um “deslocamento do foco de interesse do sistema jurídico para sua aplicação” (García Figuerola, 2006). Tão importante quanto a Constituição e os atos normativos supra-estatais passam a ser a sua interpretação e aplicação pelos Tribunais. Como argumenta Alexy, em trecho citado por García Figuerola, “hoje em dia não se pode compreender o que representam os direitos fundamentais a partir do sucinto texto da Lei Fundamental (Alemã), senão somente a partir dos 94 volumes de Sentenças do Tribunal Constitucional Federal que até o momento registrou sua benéfica atividade desde sete de setembro de 1951. Os direitos fundamentais são o que são sobretudo através da interpretação” (Alexy, 2003, p. 35; García Figuerola, 2006).

No entanto, esse “giro neo-realista” descrito por García Figuerola apresenta sérias diferenças em relação ao realismo jurídico *stricto sensu*, que encontrou seu auge na prática jurídica norte-americana da primeira metade do século XX e vulgarizou o direito a ponto de excluir qualquer exigência de fundamento material (atingindo assim os jusnaturalistas) e minimizar a importância da atividade normativa do legislador democrático (ferindo desse modo os normativistas). A expressão máxima do antigo realismo talvez esteja na teoria jurídica de Holmes, que sustentava com radicalismo: “um dever jurídico (*legal duty*) por assim dizer é nada além da predição de que se um homem fizer ou omitir certas coisas ele será forçado a sofrer certas conseqüências através do julgamento de um tribunal; e o mesmo vale para um direito (*right*)” (Holmes, 1965, p. 25). Diferentemente, o giro neo-realista a que se refere García Figuerola, longe de um renascimento do realismo, significa apenas uma ascensão da normatividade das interpretações que os tribunais superiores realizam acerca dos direitos fundamentais, que vem acompanhada de um processo de reforço da dimensão *justificativa*, argumentativa,

---

próprios *attendus* reconhece a necessidade de se aplicar disposições da Convenção Européia de Direitos Humanos “tal como interpretadas pela Corte Européia de direitos do Homem” (Cf. nota de Marguénaud e Mouly, 1999, p. 334-6)

da decisão judicial: “Uma vez situada no momento da aplicação do direito, a teoria não deriva para o ceticismo ético ou o estudo do contexto de descoberta das sentenças (estudo das causas psicológicas ou sociológicas da decisão, como muitas vezes sucede no caso das posições realistas extremas), senão adota uma perspectiva argumentativa, isto é, profundamente justificatória, que concebe a argumentação jurídica como um caso especial de argumentação moral” (García Figuera, 2006).

Nesse sentido, Alexy esclarece que desde o momento em que o poder judiciário passa a 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 democrática* em sentido estrito, i. e., do exercício da autoridade pelo parlamento *eleito* para representar os interesses do povo, pode-se falar também em uma *representação argumentativa*. A idéia de democracia deixa de ser vista como apenas um sistema que contém “não mais do que um processo de tomada de decisão centrado na idéia de eleição e da regra majoritária” (Alexy, 2005-a, p. 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 deve compreender não apenas a decisão, mas a argumentação. A inclusão da argumentação no conceito de democracia torna esta deliberativa” (Ibidem). A forma de se legitimar as decisões, no novo paradigma que Alexy descreve como “constitucionalismo discursivo” (Idem, p. 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-neorealista – para mantermos a expressão de García Figuera – 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. Por conseguinte, as demandas implícitas nas perguntas formuladas no início dessa

subseção (como legitimar as decisões no contexto da técnica do *phrase unique*) só podem ser atendidas por meios de mecanismos suplementares de fundamentação das decisões, como os que serão expostos nas próximas linhas.

#### 2.4.1.4

### **Mecanismos contemporâneos de superação do déficit de legitimidade do *style phrase unique***

Que o processo de construção de sentido para as normas jurídicas em geral – inclusive as regras jurisprudenciais – é um processo hermenêutico ficou claro com as palavras do Premier Président Monsieur Guy Canivet reproduzidas *supra* (seção 1.4.1.2.) acerca da aplicabilidade do modelo Dworkiano de “*law as integrity*” ao judiciário francês. O juiz francês, de modo geral, age como se estivesse permanentemente reorganizando e remodelando a jurisprudência de seu país, mesmo quando, com fundamento em alguma outra razão que prepondere sobre o princípio da uniformidade do direito, se distancia de uma certa linha de precedentes. Vigora em França, assim como na Itália, na Bélgica e em todos os sistemas jurídicos que adotam o modelo de *cassação*, o “*princípio da uniforme interpretação do direito*”, que se liga aos valores de “certeza do direito” e “igualdade perante a lei” (Gorla, 1981-c, p. 512). Como veremos mais adiante, esse princípio gera um “dever funcional” da Corte de Cassação de não se afastar dos seus precedentes “a não ser por razões graves ou aptas a justificar o sacrifício dos princípios da certeza do direito e da igualdade, de modo a motivar o afastamento mediante a alegação de tais razões” (Ibidem).

Portanto, a Corte de Cassação vislumbra sua jurisprudência como um conjunto coerente e orgânico de decisões, referindo-se não raras vezes aos seus pronunciamentos sobre as questões jurídicas mais relevantes como “*doctrine de la Cour de cassation*”, ou seja, um certo “posicionamento judicial dotado de autoridade regulando determinado tema jurídico” (Lasser, 1995, p. 1.390). Não se trata de uma *doctrine of case-law* como a britânica, que significa a autoridade vinculante em sentido forte dos precedentes judiciais, mas de “um posicionamento em questão de direito expresso em um *arrêt* da Corte de cassação”, uma opinião

da Corte que, apesar de não vinculante – pois “pode agir indiretamente, mas não constranger” (Deumier, 2006-a, p. 74-5) –, pretende unificar coerentemente a forma de se entender e aplicar o direito. Por isso, quando o juiz francês enuncia os fundamentos da sua decisão, ele, da mesma forma que o juiz inglês, não olha apenas para o passado, contentando-se em convencer as partes que litigaram no processo em causa, mas também para o futuro, para o impacto que sua decisão terá para a *doctrine* da Corte de cassação. O dever de motivação das decisões possui, portanto, uma dupla portada, como explicam Touffait e Tunc: de um lado, sob um ponto de vista psicológico, “responde a uma exigência essencial de justiça: aquele que perde o processo ou que sofre uma condenação pode legitimamente exigir conhecer as razões”. De outro, quanto aos efeitos normativos da decisão, “a motivação apresenta um interesse ainda mais largo: ela é indispensável à claridade do direito e a seu progresso” (Touffait; Tunc, 1974, p. 488).

Essa dupla função do princípio da motivação das decisões judiciais não parece compatível, como já vimos e como a dupla Touffait-Tunc deixou muito claro em seu texto, com uma fundamentação judicial que se contenta com as lacunosas e professorais motivações do *style phrase unique*. Por isso, o direito francês conhece mecanismos alternativos e suplementares de legitimação das decisões, que muito contribuem para a coerência, racionalidade e justiça do sistema.

Primeiramente, há um diálogo permanente entre a *Cour* e *doctrine* (no seu sentido originário de escritos acadêmicos, não “*doctrine de la Cour*”) que faz com que a decisão da corte seja sempre uma resposta – ainda que não uma simples adesão – às discussões doutrinárias acerca da matéria *sub judice*. Como salienta Tunc (1975, p. 829), “a doutrina se beneficia em França de uma autoridade sem equivalente no estrangeiro”: a influência de autores acadêmicos sobre a *Cour de cassation* é tida como “*frappante*” (Ibidem). O juiz, como tivemos oportunidade de observar (supra, seção 1.4.1.2), toma sua decisão consciente das críticas que foram dirigidas pela doutrina às decisões anteriores e receoso das que virão em face das novas, como revelam as *conclusions* dos *avocats* e os *rapports* dos juízes relatores (Lasser, 1995, p. 1.368). A jurisprudência francesa é detalhadamente discutida e racionalizada por toda a comunidade de juristas, e por isso não pode ser tida como fruto exclusivo da vontade da *Cour de cassation*.

Como nota Serverin (1993, p. 339-s), pode-se distinguir no sistema francês entre a *atividade jurisprudencial* (atividade de produção de padrões de “reprodutibilidade” de soluções judiciais) e a *atividade jurisdicional* (atos de decisão de casos individuais). O processo de formação do direito judicial francês é um processo de “*transformation du judiciaire en juridique*”, ou seja, um processo de construção de jurisprudência a partir das decisões de casos concretos. Nesse processo, argumenta Serverin (Idem, p. 341), toda a comunidade de juristas exerce um determinado papel.

Em segundo lugar, um outro instrumento à disposição da Corte para a legitimação de sua jurisprudência é a *formação de grupos de trabalhos* para discutir as questões mais espinhosas – os *hard cases* – a serem solucionadas pela Corte, os quais contam com participação de juristas práticos tais como assessores da Corte de Cassação, advogados, juízes de primeira e segunda instâncias, *magistrats* da própria Corte (sejam *avocats générales* ou juízes, pois o Ministério Público e o Judiciário em França estão estruturados como uma única carreira), professores – em geral estes como coordenadores – etc. Essa experiência vem sendo reiteradamente adotada tanto *oficialmente*, quando o Presidente da Corte de Cassação seleciona um grupo de estudiosos para estudar em profundidade determinada questão jurídica para fins de produzir um *rapport* a ser apresentado para a *Cour* (por exemplo, cite-se o trabalho de Molfessis *et alli*, 2005, sobre os *revirements de jurisprudence*), quanto *extra-oficialmente*, caso em que normalmente os grupos de pesquisa são criados em universidades (por exemplo, o trabalho de Marguénaud *et alli*, 2001, sobre a eficácia da jurisprudência da CEDH em França). Tais trabalhos normalmente possuem alto nível de qualidade técnica e fazem uma análise tanto da jurisprudência quanto do direito comparado e das teorias jurídicas mais importantes. A Corte entra em cena, portanto, diante de um amplo debate já iniciado por toda a comunidade jurídica, que exerce profunda influência sobre seus *arrêts*.

Em terceiro lugar, citem-se os mecanismos que a Corte tem implementado e incrementado para tornar sua jurisprudência (e os fundamentos ou argumentos que levaram à sua criação) mais conhecida, em especial os *communiqués* entre os quais figuram os *Bulletins d’information* e os *Rapports annuels* divulgados gratuitamente pela internet, que contém notas sobre decisões, comentários da própria Corte, *conclusions* de *avocats générales*, *rapports* internos etc.,

selecionados pelos presidentes de cada Câmara da *Cour*. Como explica Deumier (2006-b, p. 510), os *communiqués* representam uma “reação” da Corte de cassação às críticas de laconismo e concisão excessivos na motivação de suas decisões. A corte realiza, através deles, a “seleção e hierarquização de seus *arrêts* mais importantes”, e permite re-situar os julgados em suas relações com os precedentes, bem como delimitar precisamente as grandes construções e inovações judiciais (Idem, p. 510-1). Em relação às dúvidas que podem surgir em virtude do excesso de concisão dos julgados, “eles permitem conhecer as razões que tenham justificado a escolha de uma interpretação”, funcionando como um instrumento de interpretação autêntica de suas decisões. Nos casos de reviravoltas jurisprudenciais, assinalam os *revirements* eventualmente existentes e apresentam claramente as causas dessas mudanças (Idem, p. 512-3). Trata-se, portanto, de mais uma ferramenta para a construção e, o que é ainda mais importante, a racionalização da jurisprudência da *cour*, com evidentes implicações normativas para o jurista de modo geral.

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*<sup>24</sup> (em função do *style phrase unique*) para decidir com base em um simples ato de vontade, pois os modos de formação e evolução da *jurisprudence française* 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.

## 2.4.2

### O *style* discursivo das Cortes Inglesas e o seu contexto

A seguinte descrição de Kötz parece adequada para iniciar a descrição do *style* de um julgamento inglês:

---

<sup>24</sup> É esse o pensamento dominante, na esteira da tese de Dawson (1986, p. 375) segundo o qual “a negação do poder (judicial) de criação do direito” gera o efeito de, estranhamente, “deixar os tribunais mais livres” (Dawson, 1986, p. 375). Para uma crítica a Dawson, ver Lasser, 1995.

Em contraste (com um julgamento continental), ler um julgamento de um juiz inglês é como entrar em um outro mundo. O juiz pode ter dito muito pouco na sala de audiências, pode ter se limitado a manter a ordem, assegurando que as regras do jogo tenham sido obedecidas. Mas quando passa a escrever um julgamento ele não hesitará em aumentar o poder de persuasão de suas decisões por meio de enunciados eloqüentes sobre políticas públicas (*policies*), de metáforas, de figuras de linguagem, de interpretações sagazes ou de exageração de determinados aspectos da lide, ou ainda de referências aos seus próprios sentimentos pessoais sobre o caso. Numerosos exemplos poderiam ser dados. Jamais iria um juiz alemão ousar dizer – como fez um inglês – que ‘às vezes ajuda a acessar o mérito de uma decisão se o juiz inicia por noticiar o resultado do caso, e somente após isso passa a expor os princípios jurídicos dos quais ela decorre’ (Kötz, 1987, p. 41-2).

Nas altas Cortes do Reino Unido, e em todas as da Inglaterra, é dominante um *style* diametralmente oposto ao *phrase unique* francês. No *common law*, há uma vontade geral dos juízes de lidar diretamente com a “real *substância* do caso e (com) os valores e opções políticas (*policies*) envolvidas”, bem como uma prática de se redigir os julgamentos de forma livre – cada juiz adota o seu próprio estilo pessoal –, mas que expressa com clareza os argumentos que suportam a decisão: “as *opinions* do *common law* são discursivas, personalizadas, abertas à discussão de valores e *policies* e justificadas por argumentações bem desenvolvidas” (Taruffo, 1997-a, p. 450). Não há nas decisões judiciais inglesas a predominância de qualquer modo ou padrão típico de raciocínio, mas várias formas de argumentação que se complementam, tais como argumentos lógico-dedutivos, argumentos por princípios, por indução e analogia, argumentos consequencialistas, por *reductio ad absurdum* e, especialmente, por precedentes (Goutal, 1975, p. 46-51; MacCormick, 1978-a, p. 100-s). Diferentemente do que se passa nos *motifs* dos *arrêts* franceses, há a prática de se cumular razões (*pillling up arguments*) para uma mesma decisão (Goutal, 1975, p. 49), além de revisar os argumentos das partes e explicar porque eles devem ser aceitos ou rejeitados (Rudden, 1974, p. 1.015). Vigora um sistema processual de caráter *adversarial* que, ao longo de todo o processo, dá ênfase à atividade das partes na produção da prova (em contraposição ao modelo continental, em que o juiz é quem dá a diretiva da produção de prova ao presidir o processo) e caracteriza-se por uma relativa “passividade do juiz” (Whittaker, 2006, p. 714). Inclusive no que se refere aos argumentos jurídicos, o ônus de produzi-los, segundo Kötz, é das próprias partes: a regra *curia nuvit legem* “nunca foi e não é parte do direito inglês”, pois o juiz normalmente hesitará em se apoiar em um caso que não tenha sido citado

pelos advogados ou não tenha sido submetido ao debate oral (Kötz, 1987, p. 38-9).

Esse sistema adversarial tem duas conseqüências importantes para a prática jurídica, em especial em relação aos precedentes judiciais: primeira, “ele explica a exceção à doutrina da natureza vinculante do precedente quando um caso anterior tiver sido decidido *per incuriam*, ou seja, sob erro ou ignorância do estado do direito em vigor” (Whittaker, 2006, p. 715); segunda, os juízes ingleses somente podem desenvolver um novo *case law* na medida em que os advogados das partes tenham os encorajado a fazê-lo: “juízes que tragam materiais ou idéias que não tenham sido argüidas perante a corte (ou discutidas com as partes) correm o risco de serem criticados por negar a uma ou ambas das partes o direito de réplica” (Idem, p. 716)<sup>25</sup>.

Por outro lado, já no que atine às partes, há no direito do Reino Unido uma importante regra segundo a qual os advogados *devem* “citar todas as autoridades (precedentes) relevantes, mesmo quando aparentemente contrárias ao interesse dos seus clientes” (Cf. Bañkowski; MacCormick; Marshall, 1997, p. 342); nesses casos, o debate fica restrito à *aplicabilidade* dos precedentes judiciais. Estes são escrutinados com grande riqueza de detalhe, sendo freqüente a extensão por analogia ou a criação de exceções por meio da técnica do *distinguishing*, seja por meio do reconhecimento de uma *direct exception* à regra judicial invocada, seja pela *indirect exception* ou “*circumvention*”<sup>26</sup>.

Nas cortes superiores, em especial na House of Lords, os juizes têm consciência de que suas decisões serão recebidas pelos juízes inferiores (e pela própria corte nos casos futuros, ressalvada a hipótese de um *overruling*) com força de *precedente*, e não permanecem indiferentes em relação a tal poder normativo. Por isso, o princípio da *justiça formal* (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*) (MacCormick, 1978-a, p. 75; MacCormick, 2005, p. 148): uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em uma regra jurídica que não seja nem *ad hoc*

<sup>25</sup> Nesse sentido, o seguinte *dictum* de Lord Goff of Chieveley em *Sprind v. Guardian Assurance Plc* [1995] 2 A.C. 296, 316 (*Apud* Whittaker, 2006, p. 716, nota 59): “Eu gostaria de frisar que a opinião que expressei nesse ponto de meu voto foi formada sem o benefício da argumentação com os advogados das partes, de sorte que por isso deve ser tida como de autoridade limitada (*limited authority*)”.

<sup>26</sup> Ver *infra*, capítulo IV, seção 4.2.

nem *ad hominem* (MacCormick, 2005, p. 148). Ao olhar para o futuro, o juiz lança mão com muita frequência de *argumentos consequencialistas*, ou seja, ele “considera as conseqüências de se construir um *judicial ruling* em um sentido ou em outro, pelo menos a ponto de examinar os modelos de decisão que deveriam ser tomadas em outros casos hipotéticos que possam ocorrer e ser enquadrados nos termos de tal regramento (*ruling*)” (MacCormick, 1978-a, p. 105). A corte sempre leva em conta portanto os princípios e as *policies* que justificam e irão repercutir – seja ao serem otimizados ou restringidos – sobre o *case law* que ela está constantemente produzindo.

Especificamente em relação à *House of Lords*, os julgamentos em sua Câmara Judicial podem ser caracterizados pela sua informalidade. A Corte não está dividida em seções ou câmaras; possui apenas dois Comitês que podem entrar em sessão simultaneamente e são constituídos *ad hoc* para cada caso (Wilberforce, 1978, p. 93). Os recursos para a *House of Lords* necessitam do denominado “*leave to appeal*” para serem apreciados (Rudden, 1974, p. 1.011); este último (*leave*) deve ser deferido “pela corte intermediária de apelação, à exceção dos casos provenientes da *Court of Session* (competente para casos cíveis julgados na Escócia), ou por meio de um *subcommittee* da House” (Bańkowski; MacCormick; Marshall, 1997, p. 318)<sup>27</sup>. Há ainda, em casos especiais, mais raros, a possibilidade de a corte de primeira instância enviar matérias diretamente à *House of Lords* (Ibidem). Embora a decisão de permitir ou negar o apelo seja relativamente discricionária, quem quer que defira o *leave to appeal*, deve fazê-lo “sob o fundamento de que haja um ponto de dificuldade no direito que será

<sup>27</sup> As “*Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals*”, Edição 2007, aprovadas pela *House of Lords* em 04 de Dezembro de 2006 (publicadas no sítio da internet <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/bluebook/bluebk-1.htm>>, acesso em 23 de setembro de 2007), prevêm que, nos *appeals* originados das *Courts of Appeal in England & Wales* ou das Cortes da Irlanda do Norte o *leave to appeal* será sempre necessário (directive 1.5), e que o requerimento para a sua obtenção deve ser dirigido inicialmente à *Court of Appeal*, e somente após a sua apreciação será admitida uma *application* para a própria *House of Lords* (directive 1.6), que decidirá a admissibilidade desse apelo por um *Appeal Committee* composto por três Lords (directive 4.1). Ao contrário do que se poderia imaginar, para a interposição do *appeal* há uma série de requisitos formais, todos indicados nas “*Practice Directions*” (que fazem remissão expressa à legislação pertinente). Em relação aos *appeals* provenientes da *Court of Session* (Escócia), há uma maior flexibilidade. A regra geral é de que não há necessidade de *leave* quanto a uma decisão de mérito da Inner House of the Court of Session (para recursos de natureza cível) (directive 1.8), mas há uma série de regras específicas que devem ser observadas (directives 1.9 a 1.11). Não é admitida qualquer forma de *appeal* para a *House of Lords* de decisões criminais provenientes da Escócia (High Court of Justiciary) (Bańkowski, MacCormick, Marshall, 1997, p. 316).

vantajoso que seja resolvido pela corte superior” (Ibidem)<sup>28</sup>. A audiência de julgamento é informal, sendo realizada normalmente com entre três e cinco magistrados. Em cada caso, é apresentado um dossiê escrito que contém as pretensões das partes e as suas conclusões, preparado pelos advogados. A sustentação oral fica à discricionariedade das partes; não há limitação de tempo para os advogados e o processo informal comporta grandes debates verbais entre os *Lords* e os *barristers*. Não há juiz relator e todos os *Lords* estudam inteiramente o caso antes de apresentarem (individualmente) suas opiniões (votos) (Wilberforce, 1978, p. 93-4). Em todas as jurisdições britânicas as decisões são tomadas por *maioria*. Em certas ocasiões os magistrados concordam em relação ao resultado do julgamento, mas não quanto à argumentação que cada juiz adotou (Bańkowski; MacCormick; Marshall, 1997, p. 317), o que pode causar sérias controvérsias no momento de se interpretar a decisão para fins de determinar o seu valor como precedente, i. e., sua *ratio decidendi*<sup>29</sup>.

No momento em que esta tese de doutoramento está sendo escrita está em andamento uma importante Reforma Constitucional no Reino Unido, a qual já foi aprovada pelo Parlamento através do “*Constitutional Reform Act [2005]*”, tendo obtido a sanção real (*Royal assent*) em 24 de Maio de 2005. Entre as principais reformas institucionais destacam-se: (1) a criação de uma Suprema Corte do Reino Unido que irá assumir todas as funções judiciais da *House of Lords* e será separada tanto física como institucionalmente desta última, a qual exercerá apenas as funções legislativas; (2) a extinção de todas as funções judiciais do *Lord Chancellor*, que serão transferidas para o “*President of the Courts of England and Wales*”; (3) a garantia formal (e não apenas costumeira) do princípio da

<sup>28</sup> Nos termos das “*Practice Directions and Standing Orders Applicable to Civil Appeals*”, 2007 edition, (ver *supra*, nota anterior), “o *leave to appeal* é assegurado a petições que, na opinião do Comitê de Apelações (*Appeal Committee*), discutam uma questão jurídica sustentável de importância pública que deva ser considerada pela *House* no momento, levando-se em conta que a questão jurídica já tenha sido o tema de uma decisão judicial e possa ser revista em grau recursal. Uma petição que na opinião do *Appeal Committee* não suscite essa questão jurídica é rejeitada por esse fundamento. O *Appeal Committee* dá breves razões para rejeitar a apelação, mas na hipótese inversa não necessita explicar as suas decisões” [*leave to appeal is granted to petitions that, in the opinion of the Appeal Committee, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the House at this time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal. A petition which in the opinion of the Appeal Committee does not raise such a point of law is refused on that ground. The Appeal Committee gives brief reasons for refusing leave to appeal but does not otherwise explain its decisions*] (directive 4.7).

<sup>29</sup> Para uma discussão sobre alguns problemas que podem surgir nesse ponto, ver Montrose (1957) e Whittaker (2006, p. 722-7), bem como *infra*, Capítulo III, n. 3.2.

autonomia do judiciário e (4) uma nova e independente “*Judicial Appointments Commission*”, para selecionar com fundamento em critérios meritocráticos os juízes dos tribunais<sup>30</sup>. A reforma com maior impacto na prática jurídica, como anota Lord Bingham (em texto que contém ricos comentários históricos) é a abolição da atividade judicial do *Lord Chancellor* (Bingham, 2006). No entanto, dificilmente essa reforma político-constitucional irá influir sobre o *style* judicial e sobre a doutrina e a teoria dos precedentes inglesas, que são o que nos interessa no momento.

As cortes inglesas – nunca é demais repetir – têm plena consciência do poder de criação do direito que elas exercem, de modo que a prática jurídica de modo geral é marcada pela influência do positivismo de Bentham, que hoje prepondera sobre a denominada “teoria declaratória” sobre a atividade jurisdicional, que dominou o cenário até o início do século XIX. A concepção tradicionalista do *common law* – que pode ser detectada nos escritos de Hale e Blackstone e que predominou no discurso do judiciário pelo menos até o início do Século XIX – foi a da denominada natureza “declaratória” do precedente judicial: “o direito (costumeiro) *existe* agora e tem a sua *autoridade*, a sua «força obrigatória», em virtude do uso geral e da aceitação” (Postema, 1987, p. 16). Os juízes, de acordo com esse paradigma tradicional, seriam os “oráculos” de um direito estático, de modo que suas decisões seriam “a principal e mais confiável evidência” da existência de um costume que faça parte do *common law*. No contexto da afirmação desse caráter estático do direito positivo, predominava a ficção de que o judiciário possuiria autoridade não para “pronunciar um novo direito, mas apenas «manter e explicar (*expound*)» o antigo” (Wesley-Smith, 1987, p. 73-4), que estaria fundado basicamente na tradição e na razão.

Quando o positivismo jurídico se instalou na Inglaterra, já no início do Século XIX, por influência de Bentham, passou-se a reconhecer um poder explicitamente *criativo* dos juízes e a descrever o direito como um conjunto de precedentes e regras que têm validade pelo simples fato de terem sido “estabelecidas” (*laid down*) pelos *juízes* competentes para tanto (Simpson, 1973,

---

<sup>30</sup> A íntegra do ato se acha publicada em <<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm>> (consulta em 30.04.2007). Para uma análise extremamente detalhada da Reforma Constitucional, ver as notas explicativas formuladas pelo próprio Parlamento do Reino Unido (“*Explanatory Notes to Constitutional Reform Act 2005*”, London: Queen's Printer of Acts of Parliament, 2005). Há também uma publicação integral do documento na internet, em <<http://www.opsi.gov.uk/acts/en2005/2005en04.htm>> (consulta em 30.04.2007).

p. 80-84). Em uma palavra, as cortes de justiça possuem, em si mesmas, *autoridade* para ditar e *criar* o direito, ressalvadas as situações em que haja um “precedente” aplicável ou uma lei aprovada pelo Parlamento. O juiz já não precisa mais legitimar a decisão em algo externo e anterior, pois a força e a vinculatividade dos seus comandos não advém nem da razão nem de um terceiro que estabeleceu um conjunto de costumes, mas do poder que decorre da própria função que ele exerce: “o jurista pode perguntar o que eu entendo por direito. Levaria uma hora para dar uma resposta completa, mas a resposta prática é que o direito é o que o juiz diz ser” (Reid, 1973, p. 22). Não obstante, junto a essa autoridade, e precisamente para contrabalançá-la, vigora uma prática – que de certa maneira foi constituída sob a influência da própria teoria declaratória que esse positivismo relativamente recente pretendeu superar – de *judicial self-restraint*: o judiciário, como sustenta ainda Lord Reid (1973, p. 23), “não deve tomar partido em questões políticas” e deve decidir cada caso (polêmico) “com preponderância da autoridade já existente”. O juiz inglês não roga para si a legitimidade de livremente dispor do *common law* – e essa talvez seja uma das razões pelas quais o sistema pôde sobreviver com relativamente poucas perturbações internas por tanto tempo –, mas também não admite com facilidade que mais ninguém o faça.

A relação entre o *common law* e o direito legislado é especialmente interessante. O ponto de partida para a construção do direito sempre é o *common law*, já que não há direito codificado ou uma formulação expressa dos princípios fundamentais do direito inglês em uma Constituição escrita. A legislação aprovada pelo Parlamento, apesar de ser a fonte do direito com maior grau de hierarquia no plano interno, restringe-se a uma atividade normativa altamente detalhada e específica, constituída por enunciados freqüentemente dotados de um caráter *ad hoc*, ou seja, destinados a resolver um problema tão casuístico quanto os enfrentados pelas cortes de justiça. Desenvolveu-se, por razões históricas, uma idéia de que todo enunciado legislativo que desviar do *common law* não-escrito “deve ser de natureza excepcional e portanto deve ser construído de maneira estrita e aplicado apenas às situações precisas que inquestionavelmente estejam cobertas pelos seus termos” (Zweigert; Kötz, 1997, p. 265). Até 1993, quando a House of Lords julgou o caso *Pepper v. Hart* ([1993] AC, 593), vigorava inclusive uma *rule of exclusion* segundo a qual estava proibida referência aos

*travaux préparatoires* e documentos de natureza semelhante destinados a esclarecer dúvidas sobre o sentido e o alcance das expressões utilizadas pelo legislador. A interpretação da legislação parlamentar no *common law*, informa Van Caenegem (1987, p. 17), devia “ser feita seguindo as velhas técnicas da interpretação literal e sua *ipsissima verba*, parando por aí”; pouco importa se o resultado é diferente do desejado pelo legislador: “o legislador deveria ter enunciado seu texto com mais cuidado”. Como denuncia Zimmermann (1997), os métodos de interpretação legislativa do *common law* no século XX pouco se diferenciam daquele adotado pelos juristas do *ius comune* italiano dos séculos XIII e XIV e pelos pandectistas alemães do século XVI.

Essa atitude restrita em relação à interpretação da legislação parlamentar – note-se bem, da legislação, e não das regras contidas nos precedentes judiciais, que são ampliadas e restringidas (*distinguished*) com técnicas muito mais sofisticadas e racionais do que as encontradas nos sistemas jurídicos continentais – repercute inclusive na interpretação do direito da União Européia, cuja aplicabilidade direta sobre os Estados-membros é expressamente reconhecida por tratados internacionais. Diferentemente da técnica legislativa historicamente empregada no direito inglês, as normas e diretrizes contidas nos Tratados da União Européia são redigidas em termos abertos e significativamente abstratos, normalmente sob a forma de princípios gerais (*directives*) a serem ulteriormente desenvolvidos e concretizados pelos Estados-membros, e possuem hierarquia superior a qualquer norma de direito interno, inclusive as de nível constitucional. A House of Lords historicamente adotou – embora com uma certa flexibilização na última década – uma postura restritiva na interpretação do direito comunitário, a qual pode ser exemplificada na controvérsia surgida no caso *James Buchanam & Co. v Babco Forwarding & Shipping (UK) Ltd* ([1977] 1 All ER 518) entre, de um lado, Lord Denning, um adepto de uma interpretação liberal ou finalística, e, de outro, a maioria que seguiu as opiniões de Lord Wilberforce e Lord Edmund Davis, mais próximos de uma interpretação literal ou conceptual<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Como informa Herman (1981) em um estudo sobre a reação inglesa às técnicas de interpretação dominantes nos demais países da União Européia, no qual o caso supracitado foi exaustivamente discutido, a House of Lords, por vantajosa maioria, expressou sua preferência pelo método de interpretação literal inclusive em relação às normas de direito Comunitário, inaugurando um amplo debate acadêmico, que ainda desperta interesse em toda a União Européia, sobre os métodos de interpretação e aplicação do direito Comunitário.

Ainda a respeito da relação entre o judiciário e o legislador na Inglaterra, cumpre frisar que quando este último atua, muitas vezes ele próprio faz referência ao *case law*. Como explica Whittaker (2006, p. 710), “o próprio legislador muito freqüentemente (ao completar, corrigir e suplementar o *case law*) utiliza conceitos que só são compreensíveis com referência ao *common law*”. Há portanto uma espécie de diálogo entre, de um lado, o *corpus* de normas costumeiras e jurisprudenciais, que são sistematizadas pela doutrina e pela jurisprudência da *House of Lords*, pelo mecanismo do *stare decisis*, e, de outro, a legislação parlamentar produzida posteriormente para regular determinados institutos específicos ou introduzir uma alteração ou adaptação no primeiro. Não é mesmo de se estranhar que a *House of Lords* e o Parlamento funcionem no mesmo prédio, pois de certo modo ambos realizam atividades complementares e semelhantes. Ambos criam tanto normas gerais quanto decisões concretas e particulares.

Esse diálogo, para finalizarmos nossa descrição panorâmica do *style* inglês – ou seja, do modo de construir e redigir as sentenças na Inglaterra –, pode ser completado por quatro outros diálogos, os quais foram bem retratados por Bernard Rudden. Para Rudden, o método judicial inglês pode ser caracterizado por quatro diálogos diferentes, que se realizam em todos os julgamentos no *common law*. O primeiro diálogo (*Bench and Bar*) é o que se realiza entre os magistrados e os advogados: “o fato de que o processo de tomada de decisão envolve (na Inglaterra) uma argumentação e discussão entre juízes e advogados deixa sua marca no *judicial style*” (Rudden, 1974, p. 1.014). Mais próximo do advogado do que em qualquer outro sistema jurídico no mundo ocidental, o juiz inglês “é levado a ver sua função como algo de tipo não completamente diferente da do advogado”, pois ambos trocam argumentos e, de certa forma, informam e convencem um ao outro num debate contínuo. O segundo diálogo, por sua vez (*among the Bench*), é o que se realiza *entre os próprios juízes* que compõem o órgão colegiado. A presença de argumentos dissidentes é um traço forte no direito inglês; o autor da opinião dissidente irá “analisar, dissecar e tentar refutar de todas as formas o argumento da maioria, de modo que a corte, longe de ser unânime, anônima, lacônica e ‘*poker-faced*’ (como a francesa), é abertamente dividida” (Idem, p. 1.016). Através das opiniões dissidentes, duas características empíricas da decisão jurídica são reveladas e um aspecto ideal é otimizado: do lado empírico (que é o enfatizado por Rudden), revela-se que a decisão é uma *escolha* entre

várias possíveis e descobrem-se quais as áreas do direito padecem de incerteza e são desenvolvidas através de construções jurisprudenciais; do lado ideal, o método da Corte imerge o processo de tomada de decisão em um contexto argumentativo e aproxima as condições do discurso ideal que as teorias da argumentação jurídica prevêm para a garantia da correção substancial (racional) de uma decisão à realidade dos tribunais. Quando o processo argumentativo não for levado adiante por tempo e sob restrições suficientes para alcançar um amplo consenso a respeito da decisão correta a ser adotada, permite ao menos externar quais foram as pretensões de validade normativa sustentadas por cada juiz nas suas *opinions*, submetendo-as todas à crítica e permitindo a que o processo de evolução do direito seja de alguma forma controlado pelos jurisdicionados. O *terceiro diálogo* (*with the past*) e o *quarto* (*with the future*), por sua vez, exigem que, de um lado, se tome em consideração os precedentes judiciais que vinculam o tribunal e, de outro, as conseqüências que a decisão a ser tomara trará para o sistema jurídico no futuro, quando vier a constituir um precedente (Rudden, 1974, p. 1.013-s).

Todos esses diálogos retratam de modo especialmente eloqüente o *style* judicial do *common law*. É claro que em grande medida eles também ocorrem em outros sistemas jurídicos, mas o sistema inglês tem a vantagem da candura, a vantagem de deixar todas as decisões explícitas e expostas à crítica, o que permite também um alto grau de legitimação racional/argumentativa para o seu *case law*.

#### 2.4.2.1

#### **O caráter aberto do *common law* e a influência do *ius commune* sobre o *discursive style*: um dado histórico**

No discurso teórico dos juristas ingleses, predomina (ou pelo menos predominou até o século XX) uma idéia de *hostilidade* em relação ao *civil law*, bem como a tese de que o *common law* teria se desenvolvido de forma independente em relação ao direito romano e ao *ius commune* dos Estados europeus vizinhos. Como relata Jolowicz, “há uma longa tradição de luta entre o *civil law* e o *common law* que foi fomentada por Coke, enfatizada por Blackstone e discutida em detalhe por Maitland em uma famosa *lecture*” (Jolowicz, 1948, p.

63). Há de certa forma um sentimento de *insularidade*, e uma crença de que “o sistema nativo, com sucesso e de forma relativamente fácil, repeliu o direito estrangeiro” (Idem, p. 64). O próprio uso da palavra *civil law*, que é tão amplo a ponto de compreender tanto o direito praticado pelos *civilians* ingleses – de origem romano-canônica e aplicado em certas matérias específicas, como direito comercial –, o direito romano clássico, o *ius commune* Europeu dos séculos XII a XVIII e todo o grupo ou família de sistemas jurídicos modernos do direito continental (Moccia, 1981, p. 158-9), era usado para “separar e contrastar os sistemas jurídicos continental e inglês, sendo esse último tido como o único que permaneceu imune na sua evolução histórica à massiva recepção dos textos de Justiniano”. Essa perspectiva tradicional, prossegue Moccia, é prevalecente ainda hoje quando é feita a comparação entre os dois sistemas<sup>32</sup>. A história do direito inglês “parece dominada pela idéia da formação e evolução autônomas do direito nacional, (...) isolada e resistente a todas as influências da cultura jurídica continental” (Idem, p. 159). Maitland, em especial, é normalmente citado como um dos que compartilham essa visão; Milson, por exemplo, afirma que “Maitland via a Inglaterra como uma Galápagos jurídica, insulando a evolução nativa do seu direito da contaminação romana” (Milson, 2001, p. 268), enquanto Helmholz lembra que “o *common lawyer* que ainda vive nas páginas de Maitland era alguém que «nada sabia sobre e pouco se importava com qualquer outro sistema jurídico que não o seu próprio»<sup>33</sup>” (Helmholz, 1990, p. 1.208).

Essa “luta” entre o *common law* e o *civil law*, como nota o próprio Maitland (1911), não impediu que em importante medida o direito inglês tenha assimilado ao longo de todo o período medieval, por importação, certas idéias provenientes do continente, e assim que os juristas britânicos tenham “exagerado” o caráter *unique* do direito inglês<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Nesse sentido, Seipp (1993, p. 389) coleta passagens não apenas de Maitland, mas também de Holdsworth, Bryce Lyon, Plucknett e Van Caenegem. No entanto, para uma análise mais completa e multidimensional do tema, com várias outras referências, ver por todos Moccia (2005, p. 862-967).

<sup>33</sup> O trecho destacado refere-se a uma citação de Maitland (1911).

<sup>34</sup> Importa salientar, neste particular, que apesar de Maitland visualizar o *common lawyer* dessa maneira (descrita por Jolowicz, Helmholz e Moccia), ele não aprovava esse tipo de atitude isolacionista, chegando a advogar expressamente uma pesquisa histórico-jurídica que comparasse o direito inglês com o produzido nos países europeus que se constituíram sob a influência do direito romano. Veja-se: “Foi a idéia de um direito comum a todos os países da Europa Ocidental que permitiu a Blackstone realizar seu projeto de enunciar o direito inglês de modo racional. E isso pode ser encontrado durante toda a extensão de nossa vida nacional; um sistema isolado não pode

O que uma análise mais criteriosa revela é que esse sentimento de hostilidade encontra explicação em um certo nacionalismo de origem parlamentar cujo ápice pode ser encontrado na disputa por poder entre parlamento e monarquia ao longo do século XVII, que chegou inclusive às vias de fato nesse período. Como explica Moccia, duas grandes disputas históricas do referido período contribuíram para a idéia de *estranheza* entre o sistema de *common law* (tido como “*our law*” nos discursos nacionalistas de *common lawyers* e em certos *speeches* no Parlamento) e o *civil law* (tido como um direito estrangeiro, de caráter absolutista e religioso, que poderia representar uma ameaça aos valores liberais protegidos pelo Parlamento): primeiramente, existia uma disputa *religiosa* entre, de um lado, o clero anglicano e a opinião pública inglesa – de maioria puritana – e, de outro lado, a Igreja Católica; é visível no referido período “um sentimento de oposição à cúria pontifícia, que se traduzia em uma hostilidade quanto ao direito da Igreja católica, em associação ao direito romano” (Moccia, 2005, p. 869). Em segundo lugar, havia a ainda mais delicada “questão político-constitucional” consistente em “resolver se a verdadeira autoridade soberana pertence à coroa ou ao parlamento” (Idem, p. 870). No contexto da Inglaterra do renascimento, havia uma divisão entre duas categorias de juristas: de um lado, os *common lawyers*, que aplicavam um “direito inglês de suposta derivação consuetudinária, mas na realidade de matriz jurisprudencial (*common law*), surgido e desenvolvido no âmbito das cortes reais”, e que organizaram um sistema próprio de educação e organização profissional dos juristas (*Inns of Court*); de outro lado, os *civilians*, formados em consonância com a tradição continental europeia nas antigas universidades inglesas de Oxford e Cambridge, onde se ensinavam o direito romano e o direito canônico e eram obtidos os títulos

---

explicar a si mesmo, e nem muito menos explicar a sua história. Quando um grande trabalho foi realizado, algum tipo de fertilizante foi trazido do estrangeiro, ora sob a influência de Azo, ora dos feudaisistas da Lombardia, ora Savigny ou Brunner. (...) Uma das causas do fato de tão pouco ter sido feito pelo nosso direito medieval é, tenho certeza, nossa completa e tradicionalmente consagrada ignorância do direito francês e do direito alemão. Os juristas ingleses durante os últimos seis séculos exageraram as particularidades (*uniqueness*) de nossa história jurídica ao sobreestimar e antedatar os triunfos do direito romano sobre o continente: (...) *há grandes massas de direito medieval muito comparáveis às nossas; um pouco de conhecimento sobre elas iria nos remeter aos Year Books com novo vigor e uma inteligência renovada*” (Maitland, 1911, p. 153-4, itálicos não constam no original). Pode-se perceber, no trecho acima, que apesar de Maitland imaginar um *common lawyer* ignorante e fechado na práxis do seu próprio sistema, não desconhece, como se poderia pensar, a influência do direito alienígena no trabalho de Blackstone e é capaz de perceber importantes semelhanças entre o direito inglês e uma parte significativa do direito medieval europeu.

(representativos de um alto *status* profissional) de “*Doctor of Civil Law*” (D.C.L) e de “*Doctor of Laws*” (LL.D) (Ibidem). Esses juristas de formação acadêmica passaram, no início do Século XVI, a constituir uma categoria profissional autônoma (os *civilians*), organizada em uma associação que ficou conhecida como “*Doctors’ Commons*”<sup>35</sup> (Idem, p. 872).

No contexto do Século XVI, os *civilians* se destacavam por sua formação universitária de caráter humanístico e cosmopolita (Idem, p. 880), e dialogavam em pé de igualdade com os juristas do *ius commune* continental (sendo muito freqüente, aliás, o intercâmbio com juristas continentais), aplicando as mesmas técnicas de resoluções de casos e valorizando a *communis opinio* ou *communis interpretatio* 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, p. 658-660 et 695-s).

Os *common lawyers*, por sua vez, capitaneados por Sir Edward Coke, sustentavam 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, p. 876).

No contexto institucional do Século XVI, a competição entre *civilians* e *common lawyers* assumiu uma séria relevância político-institucional, pois os primeiros eram vistos 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” (Idem, p. 883-4):

Na disputa, então, entre parlamento e monarquia inglesas, as políticas absolutistas dos soberanos da era Tudor, inicialmente, e dos Stuarts, 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 instrumento e forma de 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. (Idem, p. 884-5).

---

<sup>35</sup> Inicialmente “*Association of Doctors of law and of Advocates of the Church of Christ at Canterbury*”.

Essa disputa política impregnou o discurso teórico de Coke – árduo defensor do *common law* como o *law of the land* – e, mesmo após o término dessa fase, com a afirmação, no Século XVIII, da Corte de Westminster sobre as dos *civilians*, veio a repercutir inclusive sobre o de Blackstone, que ainda continha uma “narração apologética”, de “superioridade do direito pátrio em respeito ao romano” (Idem, p. 888-9).

No entanto, não parece correto inferir desse nacionalismo jurídico inglês – que se explica por razões históricas – que esteja correto o diagnóstico freqüente entre os historiadores do direito inglês e os juscomparatistas de modo geral de que o *common law* teria se desenvolvido de forma independente e inteiramente insular. Com efeito, é possível encontrar traços do direito continental em documentos tão antigos quanto a Carta Magna de 1.215 (em especial, citem-se as disposições dos capítulos 26 e 27, onde se prevê a liberdade para testar, e o capítulo 8, que prevê garantias para a propriedade de viúvas que venham a se casar novamente) (Helmholz, 1990, p. 1.209-14). Ademais, no período citado nos parágrafos anteriores (Século XVI), os *civilians* eram autênticos *practitioners* nas causas que envolviam a aplicação de regras sobre casamento e divórcio, direito testamentário e implementação de *parsons* (cargos eclesiásticos), que se submetiam à jurisdição eclesiástica (Seipp, 1993, p. 395), além de atuarem perante a jurisdição da *Court of Admiralty*, competente para resolver litígios comerciais sobre direito marítimo, em que se aplicava o *ius commune* europeu (Idem, p. 396). O próprio ensino jurídico universitário no Reino Unido, no reino de Henry VIII, passou a priorizar o ensino do *civil law*, eliminando-se as cadeiras de direito canônico e criando-se os *Regius Professorships of Civil Law* nas faculdades de Oxford e Cambridge (Ibidem).

Como mostra Moccia, há pelo menos três grandes fases de contato da experiência jurídica inglesa com a continental: (1) no próprio período formativo do *common law*, do século XII ao XIII (Moccia, 2005, p. 896-s); (2) no período (do início do século XVI à primeira metade do século XVII) “de máxima expansão pelos soberanos Tudor e Stuart das jurisdições especiais instituídas como emanção direta da prerrogativa real no campo da justiça e como parte integrante da política destes soberanos voltada a um reforço da presença do Estado na vida do país” (Idem, p. 904); e (3) no período (durante o século XVIII) “de afirmação da Inglaterra como potência econômica e da conexas participação no

mundo europeu dos tráfegos marítimos e comerciais” (Ibidem). Vejamos com um pouco mais de detalhe:

1) O direito inglês no início do século XII se caracteriza justamente pela “participação inglesa no movimento de renascimento dos estudos jurídicos em toda a extensão da Europa”; a conquista normanda “teve como consequência, precisamente, a de aproximar a Inglaterra da cultura jurídica continental” (Idem, p. 897). Como relata Sherman (1928, p. 184):

Antes do advento da metade do Século XII três grandes modificações foram feitas no direito inglês, as quais ajudaram a abrir caminho para uma verdadeira recepção do direito romano na Inglaterra e para o seu estabelecimento como uma fonte do direito inglês. (1) Cortes centrais de justiça foram estabelecidas, e as cortes saxões locais entraram em decadência. (2) Cortes eclesiásticas foram separadas das cortes civis: essa mudança favoreceu o direito romano e o direito canônico, aos quais foi dado trânsito livre nas cortes eclesiásticas sem qualquer intermédio ou checagem (*checks*) pelo direito costumeiro inglês. (3) A administração da justiça foi colocada nas mãos dos homens educados da época, - normalmente os homens com educação clerical que foram treinados na universidade e eram familiarizados com formas latinas de expressão. O francês da Normandia (*Norman-French*) foi tornado a língua das cortes de justiça – uma provisão que perdurou por dois séculos.

Para Sherman, os séculos XII a XIII constituem uma “época romana do direito inglês”, tamanha a influência dos textos de Justiniano sobre a doutrina jurídica que se formava e sobre a prática das cortes reais recém-criadas: “que as fontes do direito romano, tanto Justinianas quanto pré-Justinianas, eram conhecidas na Inglaterra na metade do século XII é atestado pelos escritos históricos de William of Malmesbury, que morreu em 1.142”; e prossegue: “desde a vinda de Vacarius à Oxford, próximo da metade do século XII, até a morte de Edward I, mais de um século e meio depois, a influência do direito romano na formação do direito inglês foi tão grande que todo esse período pode ser denominado «época romana do direito inglês». Durante esse período, que se estendeu até o reino de Edward II, no primeiro quarto do século XIV, *authorities* do direito romano «eram habitualmente citadas nas cortes do *common law*, e confiadas pelos autores jurídicos não como testemunhos ilustrativos e secundários, mas como primárias e conclusivas do ponto de vista prático»<sup>36</sup> (Sherman, 1928, p. 185).

<sup>36</sup> O trecho em colchetes é de Amos, *Roman civil law*, p. 450 (referência incompleta).

A própria obra de Bracton<sup>37</sup> (1.210-1.268) – que foi juiz real durante o reinado de Henry II – retrata uma “casuística sistematizada do direito inglês, inspirada no método e nos princípios do direito romano” (Sarfatti, *apud* Moccia, 2005, p. 899-900). Portanto, assevera Moccia, “a situação jurídica inglesa do século XII não era diferente daquela dos países do continente, e em especial da italiana” (Moccia, 2005, p. 901)<sup>38</sup>.

2-3) Os dois outros períodos assinalados por Moccia, que compreendem os séculos XVI a XVIII, são marcados tanto por importantes elementos de abertura ao *civil law*, do ponto de vista da organização institucional interna na Inglaterra, quanto, na esfera externa, pela *communicatio* entre a Inglaterra e os sistemas jurídicos que se constituíram sob o *ius commune* no continente europeu.

Um fenômeno que se verificou especialmente no segundo período (era Tudor e sucessores, i. e., Séculos XVI-XVII) foi a instituição de jurisdições especiais estabelecidas ou desenvolvidas no curso do Século XVI, que tiveram o importante resultado histórico de uma intensificação da presença do *civil law* na Inglaterra. Citem-se essas jurisdições:

a) as cortes do *King's council*, cujo exemplo mais representativo foi a *Star Chamber*: tratavam-se de conselhos – porém com a participação de alguns juizes das cortes de *common law* – que se reuniam como órgãos extraordinários de justiça, com competências não muito claras, mas que se destinavam de modo geral a suplementar os casos de *equity*. “Na época de Tudor, a *Star Chamber* (...) teve fama de corte que, fazendo valer o interesse da coroa em fazer triunfar a justiça

<sup>37</sup> « De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ ».

<sup>38</sup> Cumpre mencionar, no entanto, a interpretação de Van Caenegem (1987) – não acatada nesta tese de doutoramento, mas relevante e, em certo sentido, dominante – de que os dados históricos relatados nos parágrafos anteriores não teriam impedido que, após a reconquista da Normandia pela monarquia francesa, o direito inglês se “insularizasse” e passasse a adquirir uma identidade puramente inglesa: “Foi a conquista da Normandia pelos monarcas franceses e a gradual introdução do direito francês de inspiração romana no ducado que transformou o direito anglo-normando em um direito puramente inglês. O (direito) que se transformou no (atual) ‘direito inglês’ teve início como direito anglo-normando, compartilhado por um reino e um ducado que não estavam separados, mas unidos por um canal: o que mais tarde seria o principal traço de insularidade não era (no início) nada insular” (Van Caenegem, 1987, p. 115). Segundo Van Caenegem (*Idem*, p. 124-6), foram os juristas do continente – não apenas da França, como também da Itália e da Alemanha, por exemplo – que, ao introduzirem em seus sistemas jurídicos novos elementos provenientes do direito romano – que era visto pelos juristas medievais como um texto sacrossanto que continha uma racionalidade intrínseca (ou seja, da mesma forma como mais tarde o jurista continental veria o código) –, divergiram do caminho originalmente comum e que continuou a ser seguido pelos ingleses. A minha reticência em relação a essa interpretação é que ela desconsidera os importantes pontos de comunicação entre o direito Inglês e o direito continental de que passo a tratar nas próximas linhas.

restaurando a ordem e a legalidade, intervinha, sobretudo em matéria de propriedade imobiliária, para tutelar as situações de direito em favor de quem alegasse violação, lamentando ter sido vítima de ato criminoso, às vezes de contornos imprecisos” (Idem, p. 909). O problema, aponta Moccia (Idem, p. 911), é que a tarefa da *Star Chamber*, “de arma posta pelo soberano à disposição do próprio súdito” para resistir à fraude e à opressão, (...) mudou completamente sob os Stuart, “os quais a tornaram um instrumento cardinal de seu regime despótico, para punir de qualquer forma de dissenso político ou religioso”, o que acabou levando à sua abolição em 1.641; a *Star Chamber* tem importância histórica, porém, por ter contribuído para a evolução do próprio *common law*, especialmente no direito penal;

b) a jurisdição de *equity*, que era exercida por uma jurisdição autônoma e constituía um sistema a parte em relação ao *common law*: suas origens estão entre a segunda metade do século XIV e o início do século XV, quando era exercida pelos chanceleres eclesiásticos, mas entre o final do século XV e o início do XVI passa a ser uma “autônoma Corte de chancelaria”, com seu próprio *procedimento* e “modelada sob o exemplo daquela *romano-canônica*”. Como salienta Moccia, merece ser destacado que (i) havia a presença de *common lawyers* e *civilians* ingleses no seio da jurisdição de *equity* e (ii) foi criado um espírito de cooperação entre os pertencentes aos dois grupos de profissionais (Idem, p. 914), o que obviamente gerou um aprendizado recíproco para os dois sistemas. A *equity jurisdiction* só veio a se aproximar novamente do *common law* no Século XIX, com a reforma judicial estabelecida pelos *Judicature Acts* de 1873-75, que realizaram a “fusão” dos sistemas jurisdicionais de *equity* e *common law* (Moccia, 2005, p. 213). Essa fusão, no entanto, não implicou um desaparecimento das denominadas máximas de *equity*, pois “apesar de aplicados pelas mesmas cortes”, os dois corpos de regras permanecem separados (Ibidem);

c) as jurisdições eclesiásticas: essas jurisdições, em que se aplicavam normas de direito romano e de direito canônico, foram especialmente desenvolvidas nesse período. Como já relatamos acima, essas cortes constituíam “uma das áreas mais sensíveis de contato entre *common lawyers* e *civilians*”. As cortes eram operantes desde a época dos soberanos normandos, e suas matérias de competência envolviam (i) “questões de validade, nulidade ou dissolução do vínculo matrimonial”, (ii) “questões de legitimidade da prole”, (iii) “questões

testamentárias e sucessórias, da convalidação de testamentos (*probate*) e sua interpretação etc.” (Idem, p. 915). O interessante de notar sobre as jurisdições eclesiásticas é que para além de suas matérias tradicionais e principais, adicionam-se outras, como por exemplo “a matéria penal, a qual vinha exercitada nos confrontos de laicos em jurisdição (relativa, por exemplo, a casos de heresia, adultério, incesto), conservadas até o final do século XIX” (Idem, p. 916). Havia, portanto, muitos casos de “superposição” e “concorrência” de competências das cortes eclesiásticas e de *common law*. Houve, em função disso, várias formas de “cooperação” e “consulta” entre *common lawyers* e os *doctors* (assim chamados os *civilians* e os professores) (Ibidem). Notava-se, mais uma vez, o contato direto e a influência recíproca, na busca de soluções coerentes para problemas pontuais, entre o *civil law* inglês (romano-canônico) e o *common law*;

d) a *Court of Admiralty*: as cortes de *Admiralty* foram provavelmente o maior ponto de abertura do direito inglês. A legislação sobre comércio por mar e terra desenvolveu-se em toda a Europa por meio de normas consuetudinárias cuja principal característica, dada a propensão ao tráfico internacional, “consistia em disciplinar as relações marítimas e comerciais segundo regras e práticas, o mais uniformes possíveis, produzidas autonomamente (ao menos no início) pela própria comunidade dos mercadores”; tratava-se de uma *lex mercatoria* com pretensão de valência universal, i. e., de constituir um *ius gentium* (Moccia, 2005, p. 922-3). Especialmente em tal terreno, vigorava uma prática entre os Grandes Tribunais europeus (especificamente os Italianos) de se obter uma “uniformização jurisprudencial do direito entre os Estados” e de se atribuir força normativa à “*communis opinio*” entre esses tribunais (Gorla, 1981-d, p. 666-7). Era um tempo caracterizado por uma espécie de *auctoritate* cosmopolita e comunicante (Idem, p. 668), que tornava os sistemas jurídicos abertos à influência estrangeira na busca de uma única regulação racional. Na *Court of Admiralty* não se aplicava o *common law* local, mas a *lex mercatoria* e um grande número de regras do *ius commune* europeu que eram desenvolvidas pela jurisprudência dos grandes tribunais de modo geral. A novidade no século XVI foi que Tudor ampliou a competência da corte de *Admiralty* para abarcar “todos os casos em geral relacionados ao tráfico mercantil”, o que favoreceu em muito a integração da Inglaterra com os demais Estados europeus com os quais vinha estabelecendo relações comerciais em ritmo acelerado (à medida que sua economia expandia

para além-mar) (Moccia, 2005, p. 925). Especialmente na terceira fase descrita acima por Moccia (de afirmação da Inglaterra, no Século XVIII, como potência econômica), pode-se perceber a formação de um moderno direito comercial cuja origem pode ser encontrada na tradição do direito comum europeu, caracterizada especialmente pela idéia de “abertura do ordenamento, no que se refere a suas fontes” (Idem, p. 928). Pode-se falar assim de certas “recepções jurisprudenciais do direito comercial (especialmente italiano) durante os Séculos XVII e XVIII, e ainda, fora do direito comercial, de certas tentativas de Lord Holt e Lord Mansfield” (Gorla, 1978, p. 62). Com efeito, Lord Mansfield, considerado como o “pai” do direito comercial moderno na Inglaterra, ao exercer o cargo de *Chief Justice* da corte de King’s Bench, “demonstrava com suas decisões ser participante de um ‘espírito cosmopolita’, que o levava a procurar os ‘princípios gerais comuns’, mediante os quais deveria enfrentar e resolver os problemas jurídicos” (Moccia, 2005, p. 930).

Para além das cortes de jurisdições especiais, mesmo nas cortes de *common law* é visível um grande número de importações e exportações de soluções jurídicas pelo direito inglês: “a presença no interior do direito inglês da categoria dos *civilians* fez com que, historicamente, este ordenamento se mantivesse *aberto*, por assim dizer, à comunicação com a cultura jurídica continental” (Moccia, 2005, p. 933).

Apenas a título de exemplo, vale a pena citar certas semelhanças entre o *common law* e o direito continental no período compreendido entre os Séculos XVI e XVIII, que foi um período de grande abertura e *communicatio* entre os sistemas. Nesse sentido, Gino Gorla enumera uma série de semelhanças entre o direito inglês e o direito italiano no período. Vejam-se:

- a) em ambos os sistemas, *common law* e direito continental, a *jurisprudentia forensis* era a principal fonte do direito, “muito mais importante do que qualquer outra no referido período”, e a unificação do direito era realizada principalmente por “interpretações judiciais uniformes” (Gorla; Moccia, 1981, p. 147);
- b) o *style das decisões* inglesas e continentais era bem parecido; apresentava-se como um *report* das opiniões dos juizes, com a menção também das teses dos advogados: “reporta-se por vezes a opinião pessoal de cada juiz, por vezes a da maioria e a da minoria, mas em todos os casos com a indicação dos *motifs* (rationes) e das autoridades (*auctoritates*) invocadas em cada opinião. Isso implica

a «*dissenting opinion*» que às vezes assume um papel formal” (Gorla, 1978, p. 64; Gorla; Moccia, 1981, p. 150-1);

c) o “método” das decisões, em ambos os sistemas, é tido como “casuístico”. Gorla chega a afirmar que “não há método dedutivo” e, na falta de uma regra *in puncto*<sup>39</sup>, procede-se por “*argumentum a similibus*” (Gorla, 1978, p. 65);

d) a forma de recrutamento dos juizes das Cortes superiores era semelhante: não juizes de carreira, mas normalmente recrutados entre os mais destacados profissionais jurídicos (Gorla; Moccia, 1981, p. 148);

e) direito comercial de natureza especialmente semelhante: “o direito comercial desenvolveu-se graças a opiniões jurídicas”, e em larga medida se ligou à prática de seguir precedentes judiciais estabelecidos pelas cortes ordinárias de justiça (Idem, p. 149);

f) em ambos os sistemas, vislumbrava-se para as Cortes um *rule-making power*: “as Supremas Cortes italianas antes da unificação da Itália, assim como as de outros países continentais, detinham o poder de regular certos aspectos do procedimento perante elas (*rutus Curie*)” (Ibidem);

g) os precedentes dos tribunais supremos possuíam, inicialmente no *ius commune continental* e posteriormente também na Inglaterra (Dolezalek, 1998, p. 77-80), uma autoridade “binding” ou “quasi-binding”. Embora houvesse uma certa variação nos modos pelos quais essa força vinculante era construída e exercida, de modo geral via-se nas Supremas Cortes dos países continentais (como também em

---

<sup>39</sup> Na ausência de uma regra (seja jurisprudencial, legislativa, costumeira ou de direito local) *in puncto* entrava em cena o Tribunal para exercer sua atividade de criação judicial do direito. Interessante notar, nesse ponto, que a *interpretatio* romana (sobre a qual discorreremos *supra*, seção 1.2.1 *in fine*) guarda relação não apenas com o *common law* anglo-americano dos nossos dias, mas também com os sistemas de *ius commune* que vigoravam na Europa continental antes das codificações do século XIX. Como salienta Gorla (1981-e), quando se formava o Estado Moderno – Séculos XVII e XVIII –, vigorava uma importante distinção na prática jurídica entre os casos “resolvidos pela lei” (*casus legis*) e aqueles em que esta deixava uma certa margem para a “*interpretatio* dos doutores e dos tribunais” (Idem, p. 446-7). Por *lex* se entendia naquele contexto “não apenas os textos legislativos e as *consuetudini*, mas também os textos romanos do *corpus iuris* (...), e sobretudo estes”. O conceito de *casus legis* – “caso decidido pela lei” – delimitava os confins da denominada “aplicação do direito” (Idem, p. 449-50). Além desses limites, a atividade dos juristas tinha um caráter nitidamente criativo e, apesar de ser semelhante ao que hoje os alemães denominam “desenvolvimento judicial do direito” (Larenz, 1997, p. 519-s), recebia a mesma nomenclatura utilizada na Roma clássica. A *interpretatio* era, também nesse contexto histórico, um procedimento para preencher lacunas e resolver contradições, o qual deveria ser exercido pelos juristas com auxílio das *rationes* (“princípios gerais de um dado direito positivo”) e das *auctoritas* (“repositório de *rationes*” que decorriam de “*interpretationes* já feitas”) (Gorla, 1981-e, p. 447.-9). Exatamente por isso, “o dito *in claris non fit interpretatio* não era uma banalidade” (Idem, p. 450), pois tinha como referência não o que hoje entendemos por “interpretação”, mas apenas o que denominamos “desenvolvimento judicial do direito”.

importante medida na Inglaterra) um elevado respeito pelo precedente judicial como forma de unificação do direito (Dolezalek, 1998; Gorla, 1978, p. 65; Gorla; Moccia, 1981, p. 150);

h) “os critérios de avaliação dos precedentes (nos Tribunais dos estados pré-unitários na Itália) são os mesmos utilizados no *common law*. Não se reconhece valor de precedente a um *obiter dictum*” (utiliza-se inclusive a mesma expressão) (Gorla, 1978, p. 65); a técnica do *distinguishing* é muito praticada e altamente desenvolvida (Gorla, 1978, p. 68; Gorla; Moccia, 1981, p. 151);

i) a própria interpretação de documentos legislativos e dos “costumes locais”, no continente (em especial na península), é do tipo *restritiva* (como até hoje acontece no *common law*), pois tal direito é visto como “derrogando” ou “interferindo” no *ius commune* ou no *common law* (Ibidem);

j) a literatura jurídica tinha um caráter tipicamente “forense”, tanto nos tribunais italianos quanto na Inglaterra à época (Gorla, 1978, p. 66);

k) tanto no direito inglês quanto no direito continental era comum o recurso à “lei de um lugar vizinho” (*legge de um luogo vicino*) e, no *common law* em especial, o recurso a certas “*continental authorities*”; a possibilidade de “integração do direito a partir do exterior” e a “abertura do direito às fontes romanas” sempre foi, e ainda é, uma característica especial do direito inglês (Moccia, 2005, p. 934)<sup>40</sup>.

Essa abertura do direito inglês não é algo percebido apenas por historiadores do direito e juscomparatistas de perfil acadêmico como Moccia, Gorla, Helmholz, Seipp e outros estudiosos (todos contemporâneos), mas inclusive por alguns dos mais importantes juizes da Inglaterra e mesmo da França. Por exemplo, Lord Bingham, *Senior Law Lord*, é enfático ao reconhecer que o *common law* historicamente provou ser um “ávido importador” e um “exportador vigoroso”:

‘O direito inglês é um rio’ (...). Apesar de essa linguagem poder parecer a alguns carente de rigor acadêmico, ela expressa, penso eu, a importante verdade de que o *common law* incorporou através dos séculos, sem qualquer constrangimento, uma série de bem discutidas porções do direito estrangeiro, seja de Roma, da França, da Alemanha, dos Estados Unidos e, obviamente, mais recentemente, da Comunidade Européia e da Corte Européia de Direitos Humanos em Estrasburgo. Paralelamente a essas importações, o *common law* exportou materiais jurídicos aos domínios e dependências britânicos em todo o mundo, incluindo a Índia, a África do Sul e

<sup>40</sup> Para alguns exemplos, ver Moccia, 2005, p. 935-6 e Gorla, 1981-d, p. 697-8.

Ceilão, no qual um sistema jurídico diferente já prevalecia (Bingham, 2000-a, p. 383).

De modo parecido, Guy Canivet, *Premier Président de la Cour de Cassation* da França, enfatiza que juristas do *common law* e do *civil law* “sempre trabalharam sob uma cultura jurídica transnacional” (Canivet, 2004, p. 191):

Esse diálogo entre o *common law* e o direito civil sempre existiu. Em testemunho, cite-se Lord Mansfield, um juiz bastante *francophile*, que contribuiu para a nomeação de William Blackstone, onde se nota a influência de Montesquieu sobre sua obra. Os juízes ingleses do Século XVIII formavam já suas decisões não apenas sobre a base de fontes originais francesas como a *Ordonnance de Colbert*, mas também de fontes secundárias, tais como Valin, que são citadas em francês no texto das decisões. Na origem dessa atitude se encontra Lord Mansfield, que pode ser considerado como o primeiro grande comparatista inglês. Seu espírito influencia ainda certamente a Câmara dos Lords britânica, que lembrou recentemente, no julgamento de *Fairchild*, escrito por Lord Bingham, que ‘se uma decisão tomada em nosso país vai de encontro ao senso de justiça e se ressaí da consulta à jurisprudência estrangeira que a maioria das cortes adotaria uma solução diferente e mais aceitável, qualquer que seja a tradição à qual essa solução pertença, ela deveria nos constranger a uma revisão de nossa posição. Em um mundo que se movimenta excessivamente, há virtude em se adotar soluções idênticas, qualquer que seja a diversidade dos caminhos pelos quais nós chegemos até elas’ (Canivet, 2005-a, p. 22).

O trecho em destaque, em que Canivet se refere a Lord Bingham, é expressivo de todo um modo de pensar. É expressivo de um “renascimento, sob formas novas, da idéia e do espírito do *ius commune*, após um eclipse que não chegou a ser um completo desaparecimento” (Gorla, 1978, p. 49). Esse eclipse, como notou Helmholz (1990), foi uma idiossincrasia do Estado nacional do Século XIX, um fechamento do sistema jurídico para dentro de si mesmo, alimentado, no continente, por um positivismo legalista que teve sua expressão máxima na escola da *exégèse* (França) e na jurisprudência dos conceitos (Alemanha) e, no mundo do *common law*, por um realismo jurídico escancarado (Estados Unidos) ou disfarçado (Reino Unido).

No entanto, apesar da ascensão do positivismo na Inglaterra no século XIX – positivismo esse que dominou também a maior parte do século XX, só vindo a decair, paradoxalmente, após a obra do positivista Herbert Hart, pela pena de autores como Dworkin ou MacCormick e juristas continentais como Habermas e

Alexy<sup>41</sup> –, as cortes inglesas de modo geral, em especial a *House of Lords*, conservaram o mesmo *style* argumentativo, discursivo e casuístico que existia nos Grandes Tribunais italianos medievais. Como observa novamente Gorla, o direito inglês, ao contrário do direito continental, *não perdeu contato com o direito medieval* (Gorla, 1963, p.14), e eis o porquê da timidez da atividade legislativa na Inglaterra e do *style* discursivo praticamente idêntico ao dos Grandes Tribunais Italianos.

#### 2.4.2.2

### O positivismo decimonônico e a sua teoria sobre a atividade judicial na Inglaterra

Como vimos acima (n. 1.4.2.1), o positivismo francês se manifestou por meio do formalismo lingüístico da escola da *exégèse*. O direito seria uma *criação* humana, ausente portanto qualquer fundamento superior ou metafísico para sua existência; seria fruto de um ato de vontade do legislador – e apenas do legislador – de modo que o processo de interpretação e aplicação do direito, que constitui o cerne da atividade judicial, não seria propriamente um processo de decisão, e portanto de criação do direito, mas um puro processo de *conhecimento*. Um resíduo desse modo de pensar se manifesta em todas as teorias formalistas e neoformalistas sobre a atividade judicial. A teoria jurídica de Eugenio Bulygin, por exemplo, pode ser contemporaneamente descrita como um exemplo de neoformalismo jurídico. Bulygin critica, nesse sentido, a afirmação de Kelsen segundo a qual o juiz, ao decidir um caso concreto, cria uma norma individual que contém a solução do caso, com fundamento na norma superior que ele “aplica”. Ao interpretar uma norma jurídica qualquer, o intérprete está atribuindo sentido ao seu texto, e por isso produzindo uma nova norma jurídica (Kelsen, 1998-a). Para Bulygin essa descrição de Kelsen está equivocada: “para que uma norma formulada por uma autoridade normativa seja considerada criada por essa, o

---

<sup>41</sup> Para uma explicação sobre como a teoria de Herbert Hart – ao revelar a importância da perspectiva interna, ou seja, do ponto de vista de quem interpreta e aplica o direito, para a definição do direito e para encontrar a *rule of recognition* desse sistema – traçou o caminho a partir do qual outras teorias, como as de Alexy e Habermas, por exemplo, pudessem vindicar um conceito não positivista de direito, ver Bustamante, 2006-a, onde há outras indicações.

conteúdo desta norma não deve ser idêntico àquele de nenhuma outra norma pertencente ao mesmo ordenamento jurídico, nem consequência lógica (dedutível) de outras normas” (Bulygin, 1994, p. 163). Para o jurista argentino, “a norma individual (parte dispositiva da sentença) não é criada pelo juiz, mas sim deduzida da norma geral que lhe dá fundamento, das definições em jogo, e dos fatos do caso. Somente em uma sentença arbitrária (ou seja, uma sentença não fundamentada) a resolução não é consequência lógica da motivação” (Idem, p. 164).

Há várias outras formas de positivismo jurídico. O que todas as teorias positivistas têm em comum é o que Hoerster denominou “tese da neutralidade”, ou seja, a tese de que o conceito de direito e a validade de suas normas podem ser definidos prescindindo-se do seu conteúdo (Hoerster, 2000, p. 19); noutros termos, “a tese central do positivismo”, que é defendida por igual por Kelsen, Hart, Ross, Austin e Bentham, entre vários outros, é a de que “o direito é um fenômeno social que pode ser identificado e descrito por um observador externo sem recorrer a considerações acerca de sua justificação e valor moral ou acerca do dever moral de lhe obedecer e o aplicar” (Santiago Nino, 2003-a, p. 148). De forma mais concisa, isso equivale à *negação da tese da conexão* necessária entre o direito e a moral ou qualquer outra ordem superior (García Figueroa, 2006).

A teoria da atividade judicial hoje dominante na Inglaterra – bem como a teoria dos precedentes que deriva necessariamente dela – é expressão de uma teoria positivista particular que, embora inovadora na época, hoje pode ser tida como primitiva<sup>42</sup>: a teoria, posteriormente denominada “analítica”, formulada por Jeremy Bentham e desenvolvida por John Austin ao longo do Século XIX. Para Bentham,

Uma lei pode ser definida como um conjunto de signos declarativos de uma vontade concebida ou adotada pelo *soberano* em um Estado, concernente à conduta a ser observada em certo *caso* por uma certa pessoa ou classe de pessoas, que no caso em questão estão ou devam estar sujeitas ao seu poder (Bentham, 1970, p. 1).

---

<sup>42</sup> Para um *riassunto* das afirmações-chave das principais teorias positivistas formuladas até o tempo presente, ver Alexy, 2004-a, p. 13-26; Hart, 1977, p. 18 (nota 1); Santiago Nino, 2003-a, p. 146; Hoerster, 2000, p. 11-s.

Uma lei, portanto, é nada mais do que a expressão da vontade do *soberano*; “a idéia de lei está implícita na de soberano, que é por sua vez implícita na de Estado” (Schofield, 1991, p. 60). É claro que isso não tem por consequência necessária que todas as leis válidas em um Estado sejam prolatadas exatamente pela mesma pessoa, pela mesma autoridade. Uma lei pode ser validada por um soberano de duas maneiras: (i) *por concepção*, quando “o próprio soberano em questão a edita”, ou (ii), *por adoção*, “quando é inicialmente editada por alguma pessoa que não o próprio soberano”, mas quando também seja o caso de a vontade do soberano ser de que o órgão em questão expresse sua vontade em relação à ação exigida, de modo que tal vontade deva ser tida como própria do soberano (Idem, p. 61)<sup>43</sup>. O que importa é que a lei, em qualquer dos casos, é tida como a *expressão de uma vontade soberana*, e seu fundamento único deve ser buscado no próprio poder, na força, que detém o aparelho estatal.

Bentham divide a ciência do direito (*jurisprudence*) em dois ramos: de um lado a jurisprudência *expositória* (*expository*) ocupa-se de explicar o que, segundo o seu estudioso, é o direito; de outro lado, a jurisprudência *ensorial*, ou a “*art of legislation*”, é aquela em que seu estudioso deve “observar (e expor) para nós o que ele pensa que o direito *deve ser*” (Schofield, 1991, p. 59). Essa divisão entre a *expository jurisprudence*, que corresponde à ciência do direito em seu sentido estrito e tipicamente positivista, cuja função seria constituir um instrumento de *conhecimento* do direito positivo, pautada pelo postulado da neutralidade científica, e a jurisprudência *ensorial*, que deveria considerar os “*leading points*” que “seriam vantajosos para todas as nações introduzir em seus ordenamentos jurídicos” (Ibidem), apesar de importante na obra de Bentham, foi recepcionada de forma restritiva pelo positivismo jurídico do Século XIX que o sucedeu, e em especial por seu principal seguidor: John Austin. Austin vê a ciência do direito ou *General Jurisprudence* apenas como a “*philosophy of positive law*”, sendo sua tarefa identificar, organizar os princípios comuns a todos os ordenamentos jurídicos. A *jurisprudence*, portanto, é tida como “a ciência concernente à exposição dos princípios, noções e distinções que são comuns a todos os sistemas jurídicos” (Duxbury, 2004, p. 9)

---

<sup>43</sup> Nesse sentido, ver Bentham (1970, p. 21).

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 do que uma «desilusão nociva (*mischievous delusion*)»” (Simpson, 1973, p. 88). Como relata Simpson, para Bentham

O *common law* era tido como *mock law*, *sham law*, *quasi-law*, e por conseqüência o exercício da função jurisdicional era um exemplo de poder arbitrário em todos os sentidos (Idem, p. 89).

Bentham desprezava, às vezes sem se preocupar com a elegância, a teoria tradicional e os ensinamentos de homens como Coke, Blackstone e Hale (ver Postema, 1987, p. 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:

São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Do mesmo modo que um homem faz leis para o seu cão. Quando o seu cão faz algo que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele repita, e então lhe bate por isso. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro: e esse é o modo pelo qual os juízes fazem leis para mim e você. Eles não irão dizer de antemão a um homem o que é que ele não deve fazer (...). Eles esperam até que ele tenha feito algo que eles dizem que o homem não deveria ter feito, e então eles o enforcam por isso. De que modo, então, pode qualquer homem tomar ciência desse *dog-law*? Apenas observando os seus procedimentos: observando em quais casos eles tenham enforcado um homem, em quais casos ele tenha sido mandado para a cadeia, em quais casos eles tenham tomado suas posses, e assim por diante (Bentham, 1843).

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, p. 47). Mas o resultado de seu ceticismo 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 o 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 possuíam autoridade legislativa (*law-making authority*). O direito era o produto da vontade judicial (*judicial will*). Não era descoberto, mas criado” (Wesley-Smith, 1987, p. 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 trecho de Lord Reid:

Houve um tempo em que era praticamente indecente sugerir que os juízes criavam direito – eles apenas o declaravam. Aqueles com gosto para contos de fada parecem ter pensado que o *common 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 “Abra-te Sésamo”. Más decisões seriam tomadas quando o juiz confundisse a senha de passagem e uma porta errada se abrisse. Mas nós não acreditamos mais em contos de fada (Reid, 1973, p. 22).

A melhor forma de descrever a ciência do direito inglesa do Século XIX – que reflete sobre a autocompreensão do Judiciário inglês até hoje, embora em certa decadência – é como uma espécie de *realismo jurídico inglês*, mais sutil do que o americano, mas igualmente pernicioso: “na realidade, juízes fazem e modificam o direito. Todo o *common law* é *judge-made* e somente por mudanças judiciais o *common law* se mantém relevante num mundo cambiante” (Lord Browne-Wilkinson<sup>44</sup>, *Apud* Whittaker, 2006, p. 705).

---

<sup>44</sup> Em *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349. 358. Disponível também em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd981029/klein01.htm>> (acesso em 24.04.2007).

### 2.4.2.3

#### **Excurso: do humanismo jurídico à hegemonia do positivismo de Bentham no século XIX. A radicalização da doutrina do *stare decisis***

Em um dos ensaios jurídico-comparatistas mais conhecidos da primeira metade do século XX, A. L. Goodhart (1934, p. 10) sustentou a tese de que “a doutrina do precedente vinculante é de tal importância que se pode dizer que (ela) fornece a distinção fundamental entre o método jurídico inglês e o continental-europeu”. A diferença radical entre os dois sistemas não estaria no caráter codificado do direito continental, na estrutura sistematizada das leis emanadas pelo legislador, mas na força vinculante que o direito inglês atribui ao precedente judicial – em especial ao precedente gerado no *caso individual*. Para Goodhart, “mesmo se o direito inglês fosse codificado, e ele tem sido codificado em uma extensão normalmente não reconhecida, ele ainda seria diferente do direito continental por causa da diferença nos dois sistemas no que concerne ao efeito vinculante dos casos decididos” (Idem, p. 12).

No entanto, apesar da grande influência exercida por este ensaio sobre o senso comum tanto dos juristas ingleses quanto dos observadores continentais da primeira metade do século XX, a afirmação de Goodhart perde força quando se observa com mais detalhe que a eficácia vinculante do precedente judicial por ele descrita é um instituto relativamente recente no *common law* – pois tem suas raízes no século XIX, quando as decisões da House of Lords passaram a ser reportadas (Whittaker, 2006, p. 713; Dawson, 1986, p. 80) e a jurisprudência analítica de Bentham e Austin se torna hegemônica (Duxbury, 2004; Evans, 1987, p. 64-s).

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 uma duração relativamente curta, se considerarmos o longo período de vigência continuada do *common law* inglês. A tese do efeito *strictly binding* do precedente horizontal foi insinuada pela primeira vez por Lord Eldon, em 1827, no caso *Fletcher v. Soudes* (Cf. Pugsley, 1998, p. 248), tendo sido defendida com especial ênfase na metade do século XIX

por Lord Campbell – especialmente em *Beamish v. Beamish* (1861)<sup>45</sup> – e vindo a ser definitivamente sedimentada apenas no caso *London Tramways Company v. London County Council*, 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 pelo então *Lord Chancellor* (Lord Gardiner) 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”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Em relação à consagração da tese da autovinculação da House of Lords no caso *Beamish v. Beamish*, divergem os historiadores do direito. De um lado, Dawson, na clássica obra “*The Oracles of Law*” (Dawson, 1986, p. 90), sustenta que até a década de 1950 “havia apenas uma pessoa importante, Lord Campbell, que sustentava seriamente que a House of Lords estava vinculada por suas decisões anteriores”. Para Dawson (Idem, p. 90), no caso *Beamish*, em 1961, “dos quatro *Law Lords* que se pronunciaram no caso, Lord Campbell foi o único que discutiu o poder da House of Lords para «*ouverture itself*»”. De outro lado, Pugsley (1998, p. 248-9) afirma, com todas as letras: “todos os demais juizes estavam de acordo”, citando excertos das opiniões de Lord Cranworth – “saliento, ao considerar esse caso, que a decisão de *V. Exas.* no caso *R v. Millis* deva ser considerada direito vigente (...) Presumo, e sou forçado a presumir, que este caso tenha sido decidido corretamente” –, Lord Wensleydale – “Tal questão, todavia, não é objeto de discussão (...), pois foi definitivamente e irrevogavelmente decidida nesta Corte” – e Lord Chelmsford – “Com *R v. Millis* deve-se considerar estabelecido que...”. O curioso é que Dawson (1986, p. 90-1) faz referência exatamente às mesmas passagens mencionadas por Pugsley, mas chega a uma interpretação rigorosamente contrária: “Lord Chelmsford não menciona a questão mas passa todo o tempo expressando sua concordância com a decisão anterior em *Queen v. Millis* (...), à qual Campbell tão fortemente se objetava. Lord Cranworth, do mesmo modo, não teve problema porque ele também concordava com *Queen v. Millis*, e com relação ao efeito vinculante meramente disse: «Eu presumo, e sou forçado a presumir», que *Queen v. Millis* foi corretamente decidido. Lord Wensleydale tinha no máximo «dúvida» sobre *Queen v. Millis*, mas adicionou que a questão lá apresentada não poderia ser reconsiderada porque «foi finalmente e irrevogavelmente estabelecida por esta Casa» (...). É de se admirar que *Beamish v. Beamish* possa ser tida posteriormente como tendo realizado uma inovação radical, com tão pouca consideração e por uma votação em que não mais do que dois de quatro juizes tenham tido ocasião de enfrentar a questão de se as decisões da House of Lords são ou não vinculantes para os casos futuros”. Por outro lado, em favor de sua interpretação, Pugsley menciona uma série de outras opiniões no período de 1860 a 1898 (Pugsley, 1998, p. 251-2) que em tese poderiam confirmá-la. Independentemente da questão de saber qual dos dois historiadores do direito tem razão, podemos concluir ao menos que durante esse período houve um gradativo fortalecimento da doutrina do *stare decisis* que culminou com uma enunciação formal (em 1898) em que a *quaestio* da vinculação da House às decisões anteriores foi expressamente tematizada e resolvida.

<sup>46</sup> In([1966] 1 Weekly Law Reports, p. 1.234 (*Apud* [*in totum*] Zweigert; Kötz, 1998, p. 261-2). Também em <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/bluebook/bluebk43.htm#a99>>, acesso em 28.04.2007. Embora o *Practice Statement* tenha extinguido a regra da vinculação dos *Law Lords* aos próprios precedentes, é consenso que a versão forte da regra *stare decisis* permanece em vigor para as Cortes de Apelação, que devem obediência não apenas às decisões da corte hierarquicamente superior, mas igualmente às regras contidas nas suas próprias decisões anteriores, que – ressalvadas as hipóteses de julgamento *per incuriam* – só podem ser reformadas pela House of Lords. Como se pode ler na opinião de Lord Bingham em *Leeds City Council v. Price and Others (FC)* [2006] UKHL 10 (pub. também no sítio <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060308/leeds.pdf>>, consulta em 28.04.2007), “A House [no *Practice Statement* de 1966] deixou claro que essa modificação não

Ademais, há antecedentes históricos de regras tão fortes quanto a que vigorou na Inglaterra entre 1898 e 1966. Como relata Gero Dolezalek, “nos anos de 1746 e 1777, respectivamente, os dois estados alemães de Hessen-Kassel e Hessen-Darmstadt conduziram esse princípio (do *stare decisis*) ao extremo. Eles estabeleceram por lei que os seus tribunais de apelação não detinham mais autoridade para modificar os seus próprios precedentes. Em *Hessen*, desde aquele momento, somente o legislador poderia decidir abandonar um precedente considerado não mais aceitável” (Dolezalek, 1998, p. 79). Essa legislação, informa ainda o autor, vigorou por longo lapso de tempo, somente vindo a ser abolida no século seguinte (Ibidem). A doutrina estrita do precedente, portanto, não foi uma idéia absolutamente original dos ingleses.

A formação da doutrina do *stare decisis* na *House of Lords* e nas cortes de Westminster não foi fruto de um fenômeno exclusivamente britânico. Os estudos histórico-jurídicos de Gino Gorla mostram conclusivamente que o *ius commune* continental, durante todo o período compreendido entre os séculos XII e XVIII, caracterizou-se pelo seu caráter aberto e cosmopolita. Especial autoridade era conferida, como já adiantamos, à *communis interpretatio* dos vários países que constituíam a órbita do direito comum europeu (Gorla, 1981-d, p. 658). Um dos mais importantes problemas desse direito com fortes pretensões cosmopolitas foi a “uniformização do direito através da interpretação, em um sentido lato, de um *corpus* de leis comuns ou semelhantes” (Idem, p. 659). Embora inicialmente – nos séculos XII a XV – esse trabalho de construção de uma *communis interpretatio* a constituir *auctoritas* internacional ou cosmopolita fosse exercido pelos grandes professores (“*dottori*”) que se dedicavam ao estudo e à sistematização do direito romano e do direito canônico (Idem, p. 661-665), no período mais relevante para a uniformização do direito, por se tratar do período de formação do Estado Moderno – séculos XVI a XVIII –, essa atividade foi exercida quase que com exclusividade pelos grandes tribunais e seus juristas “forenses” (Idem, p. 665). Nesse período, foi reconhecido importante valor à jurisprudência como fonte do direito, que exercia uma missão de *unificar o direito* do Estado. Essa valorização formal da jurisprudência foi também um fenômeno cosmopolita.

---

pretendia afetar o uso de precedentes fora da House of Lords, e a frequência com que a House exercitou essa liberdade de se afastar de suas próprias decisões testemunha a importância que ela atribuiu ao princípio” (parágrafo 42 da *opinion*).

Como observa Dolezalek, do século XVII em diante “afirma-se a exigência de se desenvolverem técnicas mais eficientes para o governo do Estado”, em cujo âmbito se encontrava especialmente uma “específica tendência à homogeneização do direito em todo o Estado”. Era necessário, para a consolidação do Estado moderno, que todas as leis fossem interpretadas de modo igual (Dolezalek, 1998, p. 77-8). Duas vias foram adotadas para atingir esse objetivo: uma delas, de “escassa praticabilidade”, foi “concentrar toda a atividade interpretativa em uma única instituição” (como, por exemplo, aconteceu em França em 1790, com a criação do *référé legislatif*); a outra, mais promissora e que apresentou maior sucesso histórico, foi “atribuir força de lei aos precedentes do tribunal supremo” (Idem, p. 78). Há vários exemplos:

- na Toscana, ainda no século XVII, foi desenvolvida uma regra consuetudinária segundo a qual “dois precedentes da *Rota senese* (ou *fiorentina* ou *luchese*) possuíam força de lei”. “Qualquer decisão de grau inferior que não se adequasse a essa regra era cassada sem entrar no mérito da causa” (Idem, p. 79);
- no *Stato Pontifício*, as decisões da *Sacra Rota* eram também vinculantes; uma *costituizione* do ano 1561, confirmada no ano de 1611, “estabelecia que os precedentes contidos em uma coleção de decisões publicadas com a estampa oficial não poderiam ser desatendidos senão com a maioria de dois terços de todos os julgadores” (Ibidem);
- uma *única decisão* era por si só considerada *vinculante*, durante o período dos séculos XV e XVI, na Suprema Corte do Reino de Nápoles (*Sacro Regio Consiglio*) (Gorla; Moccia, 1981, p. 150);
- o mesmo se deu no período de 1729-1837 nos *Senati* dos Estados Sardos (Ibidem);
- no Piemonte e na Savóia, foi estabelecida uma legislação em 1729 que reconhecia o caráter de fonte do direito aos precedentes publicados “*a stampa*” (Dolezalek, 1998, p. 80);
- na Baviera, o *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* estabelecia que os juízes deveriam ter “sumo respeito aos precedentes do tribunal supremo” (Ibidem).

Como nota ainda Dolezalek, essa tendência se fortificou ainda mais no século XIX:

No século XIX vieram à luz tentativas ulteriores deste gênero. Entre 1816 e 1831, no estado de Sachsen-Weimar, os precedentes do tribunal supremo, quando considerados importantes, eram publicados no diário oficial. A França, em 1836, obrigou todas as *Cour d'Appel* a seguir certos precedentes da *Cour de cassation*, que eram conhecidos como *arrêts en robes rouges*. No estado de Hannover, a partir de 1838, todos os tribunais deveriam seguir os precedentes do tribunal supremo publicados na gazeta do estado. Esta regra foi ab-rogada em 1848, pois o parlamento temia que pudesse resultar comprometido o próprio monopólio legislativo. A mesma razão induz os parlamentos da Saxônia, Bavária e de Wüttemberg, respectivamente em 1821, 1837 e 1839, a rejeitar um projeto de lei análogo destinado a introduzir uma regra semelhante. De 1850 a 1870, a Áustria foi o penúltimo estado a constringer todos os tribunais inferiores a seguir cegamente as decisões do tribunal supremo. A última, como já dito, foi a Inglaterra (Idem, p. 80).

A rica contribuição de Dolezalek mostra que o reconhecimento formal de efeito vinculante à jurisprudência foi um fenômeno que se estendeu por toda a órbita do *ius commune* no período de formação do Estado moderno. O único reparo que se pode fazer em suas conclusões é à afirmação de que a Inglaterra teria sido o “último Estado” a adotar um sistema estrito de vinculação ao precedente judicial. É claro que a Inglaterra, estando aberta à influência do *ius commune* por todo esse período, vivenciou esse fenômeno de fortalecimento do direito judicial com pelo menos a mesma intensidade. Aliás, não há nenhuma garantia de que boa parte dessas técnicas não tenha sido importada da própria Inglaterra.

A afirmação de que a Inglaterra teria sido a última a consagrar uma teoria estrita é incorreta porque Dolezalek considera apenas as decisões da *House of Lords* que consagraram a *autovinculação* do juiz ao próprio precedente, de 1861 (*Beamish v. Beamish*) e 1898 (*London Tramways v. London County Council*)<sup>47</sup>, ou seja, a radicalização em grau máximo da regra do *stare decisis*, a ponto de interpretá-la de modo que apenas o Parlamento pode revogar o *case law* estabelecido pela House of Lords. Desconsidera-se, portanto que a regra do precedente vinculante em seu sentido próprio – ou seja, a abarcar a obrigatoriedade para as cortes *inferiores* de seguir os precedentes das que estão acima delas – já estava completamente estabelecida na Inglaterra no final do século XVIII (Holdsworth, 1934, p. 180). Explica Holdsworth que no século XVI, após a substituição do sistema de *oral pleadings* pelo sistema de petições escritas, o desenvolvimento da teoria moderna do precedente se tornou possível: “na

<sup>47</sup> Ver supra, nota 45.

segunda metade do século XVI e no início do XVII, a regra geral de que casos decididos constituem autoridades estava reconhecida nas *Courts of the common law*, na *Court of Chancery* e na Corte da *Star Chamber*” (Idem, p. 182). Desde o início do século XVII e ao longo de todo o século XVIII, a teoria moderna do precedente – ou seja, do precedente vinculante – foi gradativamente implantada no Judiciário inglês. Ainda que ao longo desse período se admitissem certas exceções, pode-se dizer que vigorava a regra que ficou cristalizada nos escritos de Blackstone, para quem “*os precedentes devem ser seguidos salvo quando ‘manifestamente absurdos e injustos’; e essa regra vale mesmo se eles parecem injustos para nós, mas estabelecem com clareza o direito e não são repugnantes à justiça natural; pois eles ‘constituem a evidência do que é o common law’*” (Idem, p. 184). Da mesma forma, pode-se ver nos julgados da Mansfield, ao longo da segunda metade do século XVIII, “vários casos em que ele seguia precedentes judiciais, apesar de desaprová-los” – por exemplo *O’Neil v. Marson* (1777), *Bayntun v. Watton* (1774), *Hogsdon v. Ambrose* (1780) etc. (Holdsworth, 1935, p. 441) –, o que indica que já havia uma teoria do precedente relativamente vinculante no apagar das luzes do século XVIII. Em uma palavra, sintetizada por Holdsworth, “a regra geral era clara. Casos decididos que estabeleçam uma regra de direito são *authoritative* e devem ser seguidos” (Holdsworth, 1934, p. 184).

O que esse excuro histórico sobre os séculos XVI a XVIII até agora revela é que não apenas na Inglaterra, mas em toda a Europa, os tribunais superiores desempenharam um papel importante na unificação do direito, o que era um requisito imprescindível para o fortalecimento do Estado moderno. A fidelidade ao precedente, enquanto exigência natural dos princípios da igualdade (entendida como justiça formal) e da segurança jurídica, não era mesmo de se causar surpresa. Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o direito positivo entrar em contradição com a própria idéia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de um certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na idéia de Estado de Direito. Portanto, a evolução do *common law* inglês e do *ius commune* continental para uma teoria moderna do precedente judicial pode ser vista como

uma certa conseqüência natural da evolução desses ordenamentos jurídicos, pois um direito não codificado e dotado de uma pretensão de racionalidade não pode prescindir de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado e coerente do direito: “assim como se produz uma *anomalia* conceitual se alguém formula um enunciado prático e pretende que este não pode ser correto, também se produz uma *anomalia* conceitual se alguém pretende que um enunciado prático é correto (racional) e, sem embargo, não pode se apoiar em razões coerentes” (Peczenik, 2000-a, p. 69).

No entanto, se de um lado são as idéias 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* [1898]. Como procurarei demonstrar a seguir, as duas doutrinas – a doutrina do precedente vinculante *simpliciter* e a doutrina do precedente *absolutely binding* – têm fundamentos e inspiração teórica radicalmente diferentes.

A doutrina do precedente vinculante *simpliciter* foi um produto do século XVII e uma construção jurisprudencial universal que, no plano histórico-político, coincide com a formação do Estado Moderno e, no plano jurídico-teórico, encontra fundamento nas teorias jurídicas humanistas dos séculos XVI e XVII. Como já vimos, tratava-se de um período em que o *common law* e o *ius commune* estavam abertos à fertilização recíproca e que se buscava uma sistematização do direito: “na época do renascimento, sob a influência das correntes de pensamento humanístico, que era particularmente sensível, como sabemos, aos problemas do método de instrução jurídica, começa a aparecer no ambiente do *common law* uma exigência de estudo mais ordenado e racional desse direito de formação local” (Moccia, 2005, p. 938). O mesmo se deu no continente, onde o direito romano tal como interpretado pelos glosadores passou a ser seriamente questionado, especialmente pelos humanistas franceses (Stein, 1966, p. 162).

Uma das ambições do humanismo continental era “re-sistematizar o *civil law* de acordo com um sistema mais racional do que aqueles do Digesto e do Código de Justiniano”; “a tarefa do jurista seria colocar o estudante (e, em certo sentido, o juiz) diante dos princípios fundamentais do direito, de modo que, à medida que o seu conhecimento aumentasse, ele pudesse agrupar as regras

particulares em sua mente de forma mais ordenada” (Idem, p. 164-5). Em todos os cantos da Europa, de modo geral, passou-se a buscar um desenvolvimento do direito a partir da *razão*, a romper com os métodos tradicionais dos glosadores, que faziam simples comentários literais aos documentos de direito romano; o jurista humanista, diante da complexidade das fontes do direito no *ius commune*, tenta reconstruir as bases do sistema jurídico a partir de princípios de largo alcance, com a finalidade de fazer progredir a própria ciência do direito (Ascheri, 1992, p. 13).

Especificamente no direito inglês, que atrai a nossa atenção no momento, a primeira tentativa de peso de ordenar o *common law* segundo um sistema racional foi a de Francis Bacon (1561-1626), 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* (Stein, 1966, p. 170-s) . Como nota Moccia, Bacon conseguiu, embora de forma ainda não completamente satisfatória, inovar a tradição medieval de meros compêndios de jurisprudência, “pondo acento sobre a racionalidade intrínseca das máximas (que seriam) capazes de guiar a interpretação e presidir a aplicação do direito” (Moccia, 2005, p. 941), inaugurando uma nova fase no *common law*.

Mas o real progresso veio nos séculos XVII e XVIII, com Hale (1609-1676) e Blackstone (1723-1780). A obra póstuma de Hale intitulada *History of the common law of England, with an Analysis of the Law of England*, publicada em 1713, constitui a primeira reação viável à literatura jurídica típica dos *abridgements* normalmente publicados meramente em ordem alfabética e sem um esforço de sistematização. Buscou Hale não apenas descrever isoladamente um número reduzido de máximas supostamente evidentes e com validade *a priori*, como havia feito Bacon, mas construir, através de uma análise racional, “um novo esquema compreensivo para sistematizar todo o direito” (Simpson, 1981, p. 640) – inclusive e em especial a relação entre o *common law* e o direito praticado pelos *civilians* (Moccia, 2005, p. 943) –, modelado sob o esquema das *Institutas* de Justiniano e, mais remotamente, Gaius. Foi a sistematização de Hale que permitiu, algumas décadas depois de sua publicação, que os *Commentaries on the Laws of England*, de William Blackstone – talvez o *book of authority* mais importante da história do direito inglês – se tornassem possíveis (Moccia, 2005, p. 943-4; Simpson, 1981, 640-1).

Como nota Simpson, o grande evento do século em termos de literatura jurídica foi evidentemente o aparecimento dos *Commentaries* de Blackstone entre 1765-69 (Simpson, 1981, p. 652). “Blackstone foi (explica Simpson) um *institutional writer*, não um autor de monografias, e ostensivamente escreveu não para juristas, mas para o que hoje se denomina *intelligent layman* – um conceito que inclui estudantes de direito no início do curso dos seus estudos”. Tratava-se essencialmente de um *civilian* e um acadêmico, cujos *Commentaries* não surgiram propriamente do *common law*: “apesar de o esquema em que foi escrito remontar a Hale, nada remotamente semelhante a eles na forma de execução tinha surgido em língua inglesa anteriormente” (Idem, p. 655). O interesse de Blackstone pelo *common law* surge apenas após a sua nomeação para *Vinerian Professor of English Law*:

Depois de se tornar o primeiro *Vinerian Professor of English Law*, em 1758, Blackstone mergulhou na tarefa de fazer para o *common law* aquilo que já tinha sido feito para o *civil law*, e se propôs a exercer esse encargo de sorte a vindicar o *common law* como um sistema racional ‘construído sob as fundações mais razoáveis (*soundest*) e aprovado pela experiência dos tempos (*approved by the experience of ages*)’. De fato, ao exortar as virtudes do *civil law* ele o faz com uma nota de cautela: ‘Nós não podemos levar a nossa veneração (ao *civil law*) ao extremo de sacrificar nossos Alfred e Edward em favor de nomes como Theodosius e Justiniano (...). Se um jurista inglês deve ignorar um dos dois, é melhor que ele seja um estranho para o direito romano do que para as instituições Inglesas’. Um espírito de auto-satisfação nacionalista permeia os *Commentaries*, e é digno de nota que uma vez que o direito inglês fora expresso na linguagem do *scholar* e dos *gentlemen*, como o *civil law* já tinha sido previamente, os escritos jurídicos sobre o *common law* passaram a ter um caráter literário que previamente lhe faltara (Idem, p. 658).

A partir de Blackstone, como anota Simpson em uma rica análise da literatura jurídica inglesa de quatro séculos, tem-se o desenvolvimento de uma literatura jurídica que buscava racionalizar e por em ordem o *common law*, expondo-o a partir de princípios que pudessem tornar o direito compreensível, acessível e substancialmente correto: os *treatises* – “produzidos sob um espírito reconhecidamente seletivo e metodológico” (Idem, p. 665) – passam a substituir os simples *practitioner’s books*. E essa distinção, de grande relevância histórica, “reflete um contraste entre uma concepção de direito fundada na *razão* e outra na *autoridade*” (Ibidem).

A teoria do precedente *horizontalmente vinculante*, por outro lado, foi fruto de um contexto substancialmente diverso, já no século XIX. Seu fundamento foi um positivismo jurídico que inverteu por completo a balança entre *ratio* e *auctoritas*, passando a atribuir mais peso à última, e colocou a segurança jurídica acima de todos os outros valores.

Como vimos, até o século XIX – o século de Bentham – predominou a já mencionada teoria da natureza *declaratória* da atividade judicial: o juiz, ao decidir casos concretos, não cria – e nem está autorizado a criar – direito, mas meramente *declara e expõe* as regras jurídicas existentes (Wesley-Smith, 1987; MacCormick, 1998-a; Simpson, 1973; MacCormick, 2005, p. 262-6; Postema, 1987). Essa teoria, segundo a qual o juiz seria um oráculo do direito, de modo que uma decisão judicial representa o principal indício de qual é o direito, mas sem a força de um ato originário de produção de regras jurídicas, é compatível tanto com uma leitura tradicionalista segundo a qual o *common law* é produzido por *costumes* (*it is a matter of custom*) quanto com um *approach* jusnaturalista, segundo o qual ele é constituído por um sistema ideal de princípios últimos de caráter intrinsecamente racional. Nessa última vertente, princípios jurídicos ideais existem independentemente de sua promulgação formal, e “podem ser revelados através de processos de deliberação, raciocínio e argumentação” (MacCormick, 1998-a, p. 182).

Mas qualquer que seja a vertente da teoria declaratória que se adote – uma mais convencionalista, outra assumidamente jusnaturalista – uma teoria estrita do precedente judicial, como a que se verificou no Reino Unido a partir das últimas décadas do século XIX, é incompatível com as suas premissas fundamentais, pois é da essência da teoria declaratória a possibilidade de o juiz, de um lado, ter se equivocado ao verificar o fato da existência da norma costumeira que ele aplica, ou, de outro, não ter sido capaz de compreender/reconhecer as regras que derivam do direito natural em um determinado caso concreto. Como explica MacCormick,

Esse tipo de *approach* teórico, que predominou durante os séculos XVII e XVIII no Reino Unido, dá base a uma hostilidade para com qualquer doutrina do precedente absolutamente vinculante, e tende para uma visão dos precedentes como no máximo *defeasibly binding*, sob o fundamento de que asserções errôneas sobre o direito são logicamente possíveis, e os precedentes são apenas declaratórios ou *evidentiary*, e não estritamente constitutivos do direito. Onde eles o tenham declarado erroneamente, eles devem ser corrigidos (Ibidem).

Foi contra essa teoria que o positivismo novecentista inglês dirigiu suas mais duras críticas. O positivismo enfatiza o “caráter *man-made* de todo o direito humano”, e por isso “necessariamente nega as premissas da teoria declaratória” (Idem, p. 183). Embora talvez seja precipitado sustentar que o positivismo tenha sido a única causa da ascensão de uma teoria do precedente tão estrita a ponto de reivindicar um caráter eterno para os precedentes judiciais – ressalvada, é óbvio, a revisão de um precedente pela via da legislação parlamentar –, certamente foi uma das mais importantes. A ascensão das teorias de Bentham e Austin foi uma importante *causa intelectual* da mudança de atitude em relação ao precedente judicial (Evans, 1987, p. 64-72).

Como relata Evans, uma importante causa institucional do fortalecimento da doutrina do precedente foi a criação, em 1830, de uma única *cour of Exchequer Chamber*, superior a todas as cortes de *common law* e intermediária entre essas e a *House of Lords*. Essa reforma, aliada à profissionalização da House of Lords, contribuiu em medida relevante para o fortalecimento da regra do precedente (Evans, 1987, p. 64)<sup>48</sup>. O próprio Bentham exerceu grande influência sobre a reforma, pois “o grande arquiteto da reforma das cortes nas décadas de 1820 e 1830 foi Henry Broughtam”, um profundo admirador de Bentham que recorria a seus conselhos e ensinamentos em vários de seus discursos para justificar as *law reforms* que estavam em andamento. Em um desses *speeches*, Broughtam chegou a enfatizar que: “the age of Law Reform and the age of Jeremy Bentham are one and the same” (Idem, p. 65).

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 (Idem, p. 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

---

<sup>48</sup> Foi nesse momento, aliás, que o direito inglês passou a conhecer o instituto da *apelação* nos moldes continentais, i. e., como um mecanismo natural e ordinário de impugnação de decisões judiciais. É claro que havia outros mecanismos de recurso e impugnação de decisões, mas as situações eram mais restritas e bem diferentes da noção de recurso que vigora no continente. Para uma explicação mais detalhada, ver Van Caenegem, 1995, p. 135-6.

codificação do *common law*<sup>49</sup> – 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” (Idem, p. 67), qualquer que seja a natureza destas últimas.

O direito era visto apenas um comando. Um resultado do trabalho de Austin e Bentham foi desencantar o direito ao negar qualquer valor à teoria declaratória, tida como uma “ficção infantil” cuja única função prática seria de camuflar o arbítrio judicial e encobrir as fronteiras do poder de criação do direito exercido pelos magistrados. A ênfase da teoria de Bentham de que o direito é apenas um comando do soberano impediu a ele e a Austin de aceitar a natureza costumeira do *common law*, segundo a qual se poderiam 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 (Idem, p. 70).

O direito judicial – todo o direito judicial – passou a ser compreendido como 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.

Foi essa, infelizmente, a configuração da teoria do precedente judicial na Inglaterra durante mais de cem anos, se considerarmos o período compreendido entre o julgamento de *Beamish v. Beamish*, de 1861, e o *Practice Statement* de 1966:

Nessa visão (doutrina do precedente do final do século XIX), quando tomada estritamente, uma decisão poderia ser considerada equivocada apenas se ela decorresse de uma má-interpretação de uma lei ou, no âmbito do *case-law*, de uma

---

<sup>49</sup> Para se sentir essa influência, basta verificar que a matriz fundamental da teoria jurídica produzida em solo inglês após a segunda metade do século XIX é a analítica. Para algumas das causas do fracasso de outras abordagens teóricas na Inglaterra, ver Duxbury, 2004.

falta de conhecimento sobre casos que estabeleçam uma regra ou doutrina pertinente, ou de uma má-aplicação de precedentes com os quais a corte já estivesse familiarizada. A [mera] *inconsistência com o princípio que se achava na base de outros casos não era suficiente* (*inconsistency with the principle behind other cases was not enough*) (Ibidem).

O resultado foi extremamente sério para a racionalidade e a coerência do ordenamento jurídico. Como criticava Goodhart, na década de 1930, “o produto (dessa doutrina) é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões dos mortos que lhe precederam e vinculador das gerações por vir” (Goodhart, 1934, p. 48).

#### 2.4.2.4

#### **As teorias sobre a *adjudication* e a situação atual da doutrina do precedente no Reino Unido**

O ataque à teoria declaratória e a construção de uma teoria fundada unicamente na *autoridade* para explicar a aderência ao precedente judicial foi tão intenso e vitorioso que os argumentos de Bentham resistem e predominam até hoje no discurso judicial inglês, embora já não se possa mais falar que essa aceitação seja livre de resistência, especialmente em face de críticas à teoria positivista formuladas por juristas como MacCormick (2005; 1998; 1978-a), Dworkin (2000) e Simpson (1973). Nos *speeches* proferidos na *House of Lords*, a teoria positivista de Bentham ainda sobrevive, como se pode ver, por exemplo, no polêmico caso *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, julgado pela *House of Lords* em 29 de outubro de 1998, e em especial nas *opinions* de Lord Browne-Wilkinson, Lord Goff of Chieveley e Lord Lloyd of Berwick, onde são tecidas duras críticas à teoria declaratória da atividade judicial<sup>50</sup>.

É claro que a teoria positivista do precedente não é interpretada mais no sentido de que uma vez estabelecida uma regra jurisprudencial apenas o legislador pode revogá-la. A própria evolução da teoria – do positivismo relativamente primitivo de Bentham ao extremamente sofisticado de Herbert Hart – permitiu facilmente a superação desse dogma.

<sup>50</sup> Ver infra, capítulo III, seção 3.4.4.2.

A teoria declaratória, por sua vez, embora em tese seja diametralmente oposta à teoria positivista ainda dominante, também sobrevive no discurso da *House of Lords*, mas esvaziada e “reinterpretada” para significar apenas que o *case-law*, mesmo sendo *criado* ou construído pela corte, possui sempre eficácia retroativa<sup>51</sup>.

De modo geral, no entanto, a visão de que o *case-law* é uma atividade de criação do direito, no sentido de um poder normativo genuinamente *discricionário*, como sustentavam Bentham e até mesmo o positivista moderado Hart, que constitui a teoria positivista padrão na atualidade (Hart, 1994-a), é ainda uma característica muito viva do direito inglês.

A disputa entre a teoria declaratória e a teoria positivista atrai hoje interessante debate no que concerne à natureza do direito e à tensão entre positivismo, jusnaturalismo e pós-positivismo, que constitui um debate que hoje ocupa o centro da filosofia do direito e vai muito além do contexto local das cortes inglesas. Tangenciaremos essa discussão nos próximos capítulos. No entanto, para concluir esse tópico sobre o *judicial style* inglês e sobre a organização institucional que constitui o seu contexto, é suficiente revisar, com brevidade, a teoria dos precedentes atualmente em vigor. No estágio atual a teoria dos precedentes no Reino Unido estabelece a seguinte ordem de relações (Cf. Bañkowski; MacCormick; Marshall, 1997, p. 325-327): (1) cada corte está estritamente vinculada (*strictly bound*) a seguir os precedentes das cortes superiores; (1’) um precedente da *House of Lords* é estritamente vinculante em relação à *Court of Appeal*, ao passo que (1’’) um precedente desta última é estritamente vinculante em relação à *Hight court*. (2) Decisões de juízes da *High Court* são apenas persuasivas para outros juízes da *High Court* e para cortes inferiores. (3) a *Court of Appeal in England and Wales* está estritamente vinculada em relação a seus próprios precedentes; no entanto, ela pode se afastar dos mesmos quando concluir (3’) que o julgamento tenha sido alcançado *per incuriam*, (3’’) que o precedente tenha sido implicitamente *overruled* pela *House of Lords*, (3’’’) ou quando se verifique um conflito entre dois precedentes da mesma corte. (4) A *Court of Criminal Appeal* tem uma doutrina um pouco menos severa, pois admite que se afaste de um precedente em casos favoráveis ao réu. (5)

---

<sup>51</sup> Ver *infra*, novamente capítulo III, seção 3.4.3.

A *House of Lords*, embora no início tivesse estatuído que estava vinculada pelos próprios precedentes, hoje “estabeleceu a prática de *overrule* seus precedentes quando eles forem considerados insatisfatórios”; nesses casos, um comitê de julgamento maior é usualmente convocado; (6) na Escócia, a *Inner House of the Court of Session* e a *High Court of Justiciary* possuem uma prática semelhante à da *House of Lords*: um precedente pode ser superado (*overruled*) apenas pela “*Whole Court*”.

## 2.5

### **O fundamento do direito jurisprudencial no common law e no civil law: a negação da tese da autonomia metodológica do common law**

A comparação entre os sistemas jurídicos da Inglaterra e da França – que acabou não se restringindo a uma comparação dos *judicial styles*, mas abarcou também um relato histórico-comparativo sobre como o positivismo jurídico se manifestou no *common law* e no direito continental europeu, além de um breve panorama sobre como os juízes encaram (em cada uma das duas tradições jurídicas) o poder normativo que lhes é imanente e, finalmente, uma explicação do histórico de troca de informações e de experiências entre as duas tradições jurídicas – pode nos ajudar a responder às indagações postas na seção 1.3 deste capítulo inicial, que se referem basicamente à questão da autonomia metodológica do *common law* em relação ao *civil law*.

Essa questão é crucial porque o que pretendo nos próximos capítulos é desenvolver uma teoria normativa – isto é, precipuamente argumentativa – do precedente judicial; uma teoria que consiga estabelecer regras de argumentação úteis para justificar a decisão de aderir a, se afastar de ou modificar um precedente judicial. Uma teoria desse tipo só pode reivindicar validade universal se conseguir comprovar que o tipo de raciocínio, ou melhor, o processo hermenêutico, seguido no momento de se interpretar e aplicar um precedente judicial é o mesmo em qualquer sistema jurídico, pouco importando a tradição histórica a que se vincule. Creio que podemos agora avançar na direção de uma resposta a esses questionamentos de fundo.

Vimos, especialmente na seção 1.4.2.1. deste primeiro capítulo, que durante toda a sua história – embora com um crepúsculo no século XIX – *common law* se caracterizou por ser um sistema jurídico “aberto ao exterior”, dotado de um sistema de fontes estruturalmente “*communicante*” em relação ao *civil law* e ao direito das gentes (Moccia, 1997, p. 805). Vimos também, ainda na mesma seção, que especialmente durante os séculos XVI a XVIII – período que coincide com o humanismo jurídico no continente europeu e com a formação do Estado nacional moderno –, a Europa como um todo vislumbrava um direito *cosmopolita* e *jurisprudencial*, um direito cujas normas eram buscadas não apenas em um ato positivo de um soberano no interior do Estado, mas também na *racionalidade* e nos princípios sobre os quais fosse possível um *consenso* o mais universal possível entre os Grandes Tribunais.

Vimos ainda, na seção 1.4.1.3., que as sociedades pluralistas *contemporâneas* evoluíram para um modelo de sistema jurídico fluido (*dúctil, mitte*) em que o Estado já não é mais a única entidade capaz de produzir normas jurídicas, de modo que o direito há de ser buscado não mais exclusivamente na “lei”, mas em princípios constitucionais ou supraconstitucionais que devem ser coerentemente densificados e compatibilizados por um judiciário acostumado a lidar com questões genuinamente valorativas e morais. Tanto no continente quanto nos sistemas de *common law*, o direito vai ser encontrado menos em *regras* fixadas apoditicamente pelo código (França) ou pelo judiciário através de formulações casuísticas (Inglaterra) e mais em *princípios* gerais que, independentemente de passarem por um processo de institucionalização jurídica ao serem incorporados nos textos das constituições e de tratados internacionais ou normas comunitárias, possuem *conteúdo moral* e podem entrar em colisões a todo o momento, o que faz com que o foco central da atividade dos juristas se desloque da descrição do sistema jurídico para os problemas que surgem na sua aplicação.

Veja-se que o “giro neo-realista” no sentido de García Figuroa – ou melhor, a guinada do direito para o seu momento da *aplicação* – traz o aspecto heurístico do direito de volta a uma situação semelhante à do período humanista que antecedeu a formação do positivismo nacionalista do século XIX. É possível observar, junto a essa virada para a aplicação do direito, e para os problemas que surgem nas colisões de normas jurídicas de modo geral, uma espécie de renascimento de um “direito comum europeu”, que guarda importantes

semelhanças com o direito pré-positivista. Como explica Gorla, é possível distinguir três grandes fases do “direito comum europeu”: (1) uma primeira fase de “começo e evolução”, durante o período que se estende do século XII ao século XVIII, em que se busca construir uma *communis opinio*; (2) uma fase de declínio ou eclipse desse direito, a partir do século XIX; e (3) uma fase de renascimento, sob formas novas, “da idéia ou do espírito de um *ius commune*, após um eclipse que não foi um desaparecimento” (Gorla, 1978, p. 48-9).

Esse eclipse a que se refere o comparatista italiano coincide perfeitamente com a história do positivismo jurídico. Este último nasce no mesmo momento em que declina a pretensão de um direito cosmopolita e começa a decair quando essa idéia torna a ganhar força. Não há casualidade entre essa coincidência, pois é o positivismo jurídico nacionalista quem reduz o direito ao seu momento de “autoridade”, a um comando, norma ou ordem produzido por uma autoridade estatal.

Foi durante esse breve período de hegemonia positivista que se acentuaram as diferenças entre o *common law* e o *civil law*. A dicotomia rigorosa entre um direito *inteiramente* “codificado” e um direito *inteiramente* “jurisprudencial” é um dos resíduos da forma de pensar positivista, que, como veremos com mais detalhe no próximo capítulo, considerava o direito apenas como um *objeto estático* a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como direito positivo/direito natural, norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma/proposição jurídica; direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do direito expositória/censorial etc.

No entanto, a idéia de uma diferença radical entre as duas tradições no modo de formação do direito judicial – *case law* – não encontra sustentação nem mesmo à luz das teorias positivistas, quando estas são analisadas com um pouco mais de profundidade (1.5.1), além de partir de premissas jurídico-metodológicas que não se sustentam no pensamento jurídico contemporâneo, tendo em vista o valor assumido pelo princípio da universalizabilidade na dimensão justificatória do direito (1.5.2). Por último, uma análise estrutural do processo de formação e concretização do direito revela que este necessariamente apresenta uma dimensão bipolar que conjuga racionalidade e autoridade (1.5.3).

### 2.5.1

#### **A faceta decisionista da teoria pura do direito e o direito jurisprudencial (no continente e no *civil law*)**

Uma análise mais atenta que o usual do normativismo kelseniano (uma das formas mais maduras do positivismo continental) revela que esta teoria não está tão distante das teses fundamentais do realismo jurídico (que se apresenta como a teoria jurídica mais conhecida nos Estados Unidos e também, de modo menos explícito, na Inglaterra), pois com ele compartilha um forte decisionismo judicial, de modo que as diferenças entre as teorias jurídicas positivistas que se desenvolveram no *common law* e no direito continental são menos radicais do que parece à primeira vista. Ruiz Manero, por exemplo, após cuidadosa análise de alguns dos problemas fundamentais da teoria jurídica de Kelsen, coloca esse autor ao lado do “mais estrito tipo de judicialismo” ou decisionismo jurídico (Ruiz Manero, 1990, p. 94). Sem pretender aprofundar muito na teoria de Kelsen, tecerei algumas palavras sobre a teoria pura do direito, apenas para demonstrar que o *fundamento* das regras produzidas pelos juízes é o mesmo tanto no *common law* quanto nos sistemas de direito codificado.

Há três pontos que atraem minha atenção.

i) Inicialmente, partamos do que Kelsen diz sobre a hipótese de “conflito de normas de diferentes escalões”. Sabemos que para Kelsen “a ordem jurídica apresenta uma estrutura escalonada de normas supra e infra-ordenadas umas às outras”. Uma norma somente pertence à ordem jurídica se se harmonizar com a norma superior que define a sua criação (Kelsen, 1998-a, p. 295-6). A autoridade judicial, quando “aplica” a norma geral prevista pelo legislador, está estabelecendo uma norma jurídica individual cujo conteúdo é determinado pelas normas jurídicas gerais (Idem, p. 263). A decisão judicial não é apenas declaratória das normas jurídicas gerais que são concretizadas pelo juiz, mas possui um caráter constitutivo: “a norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial” (Idem, p. 264-5). Um problema pode surgir quando se verifica um possível conflito entre uma norma de escalão inferior e outra de escalão superior. Para Kelsen, a hipótese de uma “norma contrária às

normas” é uma contradição nos próprios termos: “uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula”. E o que é nulo não pode ser anulado ou destruído pela via do direito (Idem, p. 296). Portanto,

Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao direito [o mesmo raciocínio vale para as leis inconstitucionais], somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo. (...) A decisão do tribunal de primeira instância – e a norma individual criada por esta decisão, portanto – não é, segundo o direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como ‘antijurídica’ pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica (Idem, p. 297).

As normas contrárias às normas superiores que lhe servem de fundamento de validade são, portanto, apenas passíveis de anulação por um determinado processo (no caso de uma decisão judicial, um recurso; no caso de uma lei inconstitucional, uma ação de inconstitucionalidade). O mais interessante para nós é a solução que Kelsen fornece ao problema de uma decisão judicial de um tribunal de última instância, ou seja, uma decisão da qual não caiba mais recurso. Kelsen tem de admitir a possibilidade de o tribunal decidir *contra* o que for estabelecido pela norma geral, sem qualquer consequência para a validade de sua decisão: “o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância”. Numa palavra, “uma decisão judicial não pode – enquanto for válida – ser contrária ao direito” (Idem, p. 298)<sup>52</sup>.

Veja-se que Kelsen chega a uma conclusão semelhante à que alcançaria um realista americano: o que o juiz de última instância afirmar ser direito vale como tal, pouco importando a eventual contrariedade de conteúdo entre a norma judicialmente produzida e uma norma superior do ordenamento jurídico em que

<sup>52</sup> A doutrina em geral denomina a possibilidade de o juiz decidir *contra* o conteúdo da norma superior – admitida por Kelsen – como “cláusula alternativa tácita”, cuja consequência seria a seguinte: “em virtude da cláusula alternativa tácita que acompanharia a todas as normas aplicáveis para a criação normativa podem adquirir validade normas individuais cujo conteúdo resulte incompatível com o conteúdo [expresso] das normas gerais correspondentes” (Ruiz Manero, 1990, p. 86).

ela se fundamenta. Ora, como Kelsen – assim como os realistas e os positivistas ingleses de que tratamos nas seções 1.4.2.2. e 1.4.2.3 deste capítulo – não admite qualquer critério para dizer quando a criação de uma norma (ou a aplicação de uma norma geral) é correta, a conclusão que ele chega é uma conclusão decisionista: qualquer decisão judicial será sempre correta.

ii) Outro ponto que denota um certo decisionismo em Kelsen é o seu pensamento acerca das *lacunas no direito*. Para Kelsen não há lacunas no direito. A idéia de que o direito poderia conter lacunas ou ausência de regulação é vista apenas como uma *ficção*. “A ordem jurídica regula a conduta humana não só positivamente, prescrevendo uma certa conduta, isto é, obrigando a esta conduta, mas também negativamente, enquanto permite uma determinada conduta pelo fato de não a proibir. *O que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*” (Kelsen, 1998-a, p. 270). Kelsen não distingue, dessa forma, entre permissões em sentido frágil (ausência de norma proibitiva) e permissões em sentido forte (existência de norma permissiva) (Alchourrón; Bulygin, 2002, p. 174). Isso equivale a dizer que “todo o não-proibido por alguma norma do sistema resulta, na aplicação do ‘ordenamento jurídico em seu conjunto’, permitido” (Ruiz Manero, 1990, p. 47). Por conseguinte, todos os casos não regulados por alguma norma do sistema podem ser resolvidos por meio do argumento *a contrario* (Ibidem). No entanto, em outra passagem de sua teoria pura, Kelsen expressamente considera que o argumento *a contrario* e a analogia carecem de qualquer valor por permitirem tanto uma decisão como o seu contrário, sem qualquer critério racional para escolher entre ambas: “que os habituais meios de interpretação do *argumentum a contrario* e da analogia são completamente destituídos de valor resulta já superabundantemente do fato de que os dois conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro” (Kelsen, 1998-a, p. 392). A teoria de Kelsen, portanto, fica exposta a uma fundada objeção, que foi bem articulada por Ruiz Manero:

Kelsen nos diz agora que o argumento *a contrario* – que o Princípio da Proibição generaliza ao considerar permitido tudo que não estiver proibido por alguma norma do sistema – tem o mesmo valor – quer dizer, nenhum – que o argumento por analogia – que nos permite reconduzir o caso não regulado por alguma norma do sistema à disciplina prevista por normas do sistema para um caso distinto mas semelhante – e que o ato de optar por um ou outro destes argumentos é pura

decisão, um puro ato de vontade para o qual o sistema não proporciona qualquer critério (Ruiz Manero, 1990, p. 47).

Como conseqüência dessa incoerência no pensamento de Kelsen, em todos os ordenamentos jurídicos em que seja permitido o uso da analogia as soluções não expressamente permitidas ou reguladas por normas expressas “carecem de status predeterminado” (Ibidem). A decisão referente a elas é meramente arbitrária. Nada mais do que uma escolha.

iii) Finalmente, a própria noção de interpretação em Kelsen pressupõe um certo grau de decisionismo. A interpretação do direito, para o jusfilósofo austríaco, é um ato de *vontade*. A indeterminação do direito – seja intencional ou não intencional – é uma propriedade constitutiva de todas as normas jurídicas. A determinação do conteúdo da norma inferior pela norma superior que lhe dá fundamento “nunca é completa”: “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ou menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (Kelsen, 1998-a, p. 388).

Quando se conjuga essa asserção da indeterminação semântica como uma propriedade necessária das normas jurídicas com o não cognitivismo radical da teoria pura do direito, verifica-se mais uma vez a presença de um significativo componente decisionista na teoria de Kelsen:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é problema de teoria do direito, mas um problema de política do direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim, como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (Idem, p. 393).

A natureza da atividade do legislador e da atividade do juiz, ao interpretar normas de escalão superior e criar normas individuais ao mesmo tempo, é exatamente a mesma, de sorte que a única diferença entre os dois casos “é uma

diferença *quantitativa*, não *qualitativa*, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz” (Ibidem).

Portanto, há um relevante elemento decisionista na atividade do juiz – apesar de ele estar vinculado pela lei – que aproxima Kelsen mais uma vez do realismo jurídico de modo geral. Ao perguntarmos sobre o fundamento de uma determinada decisão jurídica, as respostas de um normativista kelseniano e de um realista são semelhantes em importante extensão. Embora o primeiro restrinja a atividade de judicial em certa medida (enquanto a vincule ao conteúdo da norma geral que ele aplica<sup>53</sup>), ambos concordam que o intérprete é o verdadeiro “autor” da regra jurídica individual que resolve qualquer problema jurídico concreto (Troper *Apud* Ruiz Manero, 1990, p. 34)<sup>54</sup>.

Fica claro, portanto, que o positivismo normativista de Kelsen não está tão distante do realismo jurídico e do positivismo jurídico inglês de modo geral. Ambos acreditam que o direito é uma criação humana e que as normas individuais que decidem casos concretos são *criadas* pelos próprios órgãos de aplicação do direito.

Ademais, independentemente dessa proximidade<sup>55</sup> com o realismo jurídico – que revela como a teoria jurídica dominante no *common law* e no *civil law* contemporâneos enxergam a atividade judicial de forma semelhante, ou seja,

---

<sup>53</sup> Vinculação que não é, porém, absoluta, na medida em que se reconhece a “cláusula alternativa tácita”.

<sup>54</sup> Michel Troper, citado por Ruiz Manero, chega a radicalizar nesse argumento, levando-o a uma assimilação quase completa entre o realismo e o normativismo que vai além do que pretendo sustentar aqui. Veja-se: “Argumenta Troper que se colocarmos em relação uma das formulações capitais do conceito kelseniano de ‘norma’ – aquela segundo a qual a norma *é o sentido* de um ato de vontade – com a teoria kelseniana sobre a interpretação, havemos de concluir que não cabe, antes da interpretação autêntica efetuada pelo órgão jurisdicional, falar de norma alguma, mas tão somente em enunciados que se transformam em normas em virtude (e somente em virtude) de essa *interpretação autêntica*. Escreve Troper que a teoria kelseniana da interpretação ‘repousa sobre uma confusão. Kelsen raciocina como se o objetivo da interpretação autêntica pudesse ser uma norma jurídica a aplicar. Mas se empregarmos, a propósito da teoria da interpretação, as definições que o próprio Kelsen dá em alguns conceitos, constatamos que o objeto da interpretação não pode ser uma norma. Interpretar, com efeito, é determinar o significado de algo. Não se poderia, portanto, interpretar uma norma porque não se pode determinar o significado de um significado. O que na realidade é objeto de uma interpretação é unicamente um conjunto de enunciados. Determinar o significado destes enunciados é, pois, conforme as definições que acabamos de recordar, determinar as normas que se supõe que estes enunciados expressam. Retornamos assim à teoria realista: o intérprete é o verdadeiro autor da lei” (Ruiz Manero, 1990, p. 33-4).

<sup>55</sup> Proximidade que, por razões óbvias, é relativa. Não estou aqui assimilando o normativismo ao realismo. É suficiente, para mim, apenas destacar que o decisionismo judicial é uma característica das duas teorias, e que por isso as duas perspectivas encaram o precedente judicial de modo semelhante.

como um processo de *criação normativa*<sup>56</sup> –, a própria teoria pura do direito reconhece que a atividade judicial de criação do direito é *o mesmo tipo de processo intelectual* seja nos sistemas jurídicos de direito continental ou no *common law*, pois o que diferencia a atividade dos juízes nos dois sistemas é unicamente a *origem* das normas gerais que vinculam o processo de tomada de decisão: em um caso, são normas produzidas pelo legislador; noutro, a legislação é descentralizada, e as normas gerais que constituem fundamento de validade da decisão têm origem costumeira. Literalmente, eis o argumento de Kelsen:

A teoria, nascida no terreno do *common law* anglo-americano, segundo a qual somente os tribunais criam direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma direito mas apenas aplicam direito já criado. A verdade está no meio. Os tribunais criam direito, a saber – em regra – direito individual: mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de direito, fazem-no aplicando o direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica (Kelsen, 1998-a, p. 283).

Ainda que se reconheça um grau maior ou menor de liberdade do juiz no *common law* e no *civil law*, é evidente que o tipo de processo mental realizado pelo juiz ao criar regras individuais com fundamento em regras gerais é *qualitativamente o mesmo*, e o juiz está metodologicamente livre para decidir como lhe aprouver (dentro dos limites do direito preexistente).

Por isso podemos concluir que do ponto de vista teórico não há diferença relevante entre o processo de produção do direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o positivismo jurídico – que, embora decadente, ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O direito judicial – embora tenha vinculatidade ou força diferente nas duas tradições – se forma do mesmo modo.

---

<sup>56</sup> Basta uma referência, para comprovar essa asserção, à análise que fizemos da criação judicial do direito em França e na Inglaterra (ver *infra*, seções 1.4.1.2 e 1.4.2.2).

## 2.5.2

### O princípio da justiça formal, a determinação da *ratio decidendi* e a formação da jurisprudência no *common law* e no *civil law*

A análise da natureza do precedente judicial em Kelsen revelou que o poder normativo na atividade legislativa e na atividade judiciária não é, sob a ótica do positivismo, qualitativamente diferente, pois em ambos os casos a autoridade dotada pelo sistema jurídico de competência para produzir normas jurídicas é discricionária, de sorte que a validade de uma norma particular depende da *vontade* de quem a põs em vigor. O juiz, portanto, ao exercer o seu poder discricionário normativo, é metodologicamente livre seja no *common law* ou nos sistemas jurídico continentais.

Ainda assim, costuma-se dizer – abandonando a perspectiva analítica de Kelsen e adotando uma perspectiva *empírica* – que os métodos de desenvolvimento do direito *efetivamente encontrados (na prática)* nas duas tradições jurídicas são diferentes, na medida em que não se encontra no sistema de direito continental o modo indutivo de pensamento que é característico do direito inglês (Zweigert; Kötz, 1998, p. 263; ver *supra*, seção 1.2.3).

Holdsworth, por exemplo, partindo da premissa (que nós já tivemos oportunidade de contestar na seção 1.4.2.1) de que o *common law* inglês teria tido um processo de evolução histórica independente e livre de qualquer influência do *ius commune* dos séculos XVI a XVIII – tendo desenvolvido uma teoria particular do *stare decisis* desde o século XVIII –, sustenta que “como resultado dessa evolução (do *stare decisis*) os juristas ingleses inventaram um método de desenvolvimento do direito completamente original” (Holdsworth, 1934, p. 190).

Até hoje se podem ouvir ecos dessa tese na House of Lords, como no *dictum* de Lord Goff a seguir transcrito:

Os juristas do *common law* tendem a proceder por analogia, movendo-se gradualmente de caso em caso (*from case to case*). Nós tendemos a evitar generalizações amplas, abstratas, preferindo formulações limitadas, temporárias, de sorte que os princípios [que justificam as decisões] emergem gradualmente de casos concretos, à medida que estes são decididos. Noutros termos, nós tendemos a raciocinar de baixo para cima (*upwards*), a partir dos fatos do caso diante de nós, enquanto nossos colegas continentais tendem a raciocinar de cima para baixo (*downwards*), a partir dos princípios abstratos incorporados em um código. O

resultado é que nós tendemos a entender cada caso como possuindo um efeito relativamente limitado, i.e., como uma base para operações futuras na medida em que o direito se desenvolve *from case to case* (*Re. F (Mental Patient: Sterelisation)*, [1990] 2 AC 1, *Apud* Bingham, 2000-a, p. 383).

De modo semelhante, comparando os modos de desenvolvimento do direito no direito romano do período clássico, no *common law* e no direito continental europeu, Vacca contrapõe o modo casuístico de evolução do direito a uma espécie de modelo “dedutivo”:

No sistema jurisprudencial romano e no sistema do *common law* é de fato análogo o procedimento racional utilizado pelo jurista (e também o juiz anglo-saxão é um jurista, e não apenas um prático) para ‘encontrar’ no ordenamento a solução do caso singular e para ‘construir’ a partir da solução de casos individuais o próprio ordenamento; esse procedimento é, por necessidade lógica, diferente daquele seguido pelo intérprete que está vinculado a ‘encontrar’ na lei, preceito geral, a norma do caso singular. Ademais, nos sistemas de *civil law*, exaurida a operação de transformação do preceito geral em preceito individual, se exaure, ao menos sob o plano teórico, a função ‘criativa’ da interpretação. A solução do novo caso deverá ser encontrada ainda na lei, e esta pode ser modificada apenas por uma nova lei (Vacca, 1998, p. 40-1).

Um dos problemas dessas e outras análises comparativas que se pode encontrar na doutrina jurídica é que esse tipo de abordagem compara apenas os “modos de evolução e desenvolvimento” do *direito em geral*, sem distinguir exatamente entre os “modos de evolução” do direito *pelo legislador e pelo juiz* em cada uma das tradições jurídicas. Mesmo quando se volta para o *juiz*, comparando a sua atividade em cada uma das tradições, esquece-se de diferenciar a atitude do juiz diante de uma regra *legislativa* e de uma regra *jurisprudencial*. Ora, é evidente que tanto no *common law* quanto no *civil law* a atitude do intérprete será predominantemente dedutiva quando houver uma regra geral à qual os fatos do caso possam ser reconduzidos pelo mecanismo da subsunção. Da mesma forma, quando o juiz parte de uma regra que regule uma situação concreta X para, por analogia, encontrar uma regulação semelhante para o caso X’, será necessário encontrar por indução um princípio geral capaz de abarcar tanto o caso X quanto o caso X’. Neste último caso, pouco importa se estamos diante de uma regra produzida judicial ou legislativamente, o processo de raciocínio é o mesmo, embora, obviamente, em qualquer das tradições jurídicas a liberdade para se afastar de uma regra legislativa seja menor do que no caso de uma regra

jurisprudencial. Pode até ser que seja mais freqüente a situação de o juiz estar vinculado por uma regra legislativa no direito continental, mas nem por isso se pode negar que as duas formas de raciocínio – indução e dedução – estarão sempre presentes, em maior ou menor grau, na atividade judicante em qualquer sistema jurídico.

A fonte da confusão que subjaz à tese da autonomia metodológica do *common law* está em certas diferenças que notoriamente existem entre a *interpretação* legislativa e o desenvolvimento do direito por *analogia*, mas é claro que tanto uma quanto outro têm lugar seja no *common law* ou no *civil law*. Não seria crível supor que no direito continental o juiz *apenas* interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz *apenas* aplicasse, estendesse ou modificasse regras jurisprudenciais. Trata-se de uma visão caricaturada que dificilmente poderia ser empiricamente comprovada. Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades em qualquer sistema jurídico.

A comparação adequada, para verificar a correção ou incorreção da conclusão de que o método judicial – e em especial a forma de se entender e aplicar os precedentes – é diferente no *common law* e no *civil law*, deveria ser uma comparação entre a atitude de ambos frente ao precedente, bem como a atividade judicial do juiz que se encontra na posição de estender ou restringir uma regra jurisprudencial por analogia ou pela técnica do *distinguish*.

Nesse terreno, Damaška propõe uma diferença na forma de se conceber um precedente judicial no *common law* e no direito continental que, se aceita, poderia fundamentar a tese empírica de que o método judicial efetivamente encontrado na prática é *qualitativamente* diferente nas duas tradições jurídicas:

As culturas jurídicas anglo-americana e continental diferem provavelmente mais na forma como elas entendem os ‘precedentes’ do que na força vinculante propriamente dita que cada uma delas atribui a uma decisão anterior. A atitude em relação a decisões que busca uma *simetria de situações da vida* é (...) mais característica das cortes anglo-americanas do que das cortes continentais (Damaška, 1986, p. 33, nota 28).

Enquanto o juiz do *common law* compararia os fatos considerados “materiais” no caso tomado como precedente e no caso ainda pendente de resolução, o jurista continental procuraria no precedente apenas um

“*pronunciamento em forma de regra (rule-like pronouncement)* com alto grau de autoridade”: “aquilo que a doutrina convencional do *common law* iria desvalorizar, tratando como mero *dictum*, é bem recebido precisamente porque tem sustentação independente da concreta constelação dos fatos do caso” (Idem, p. 34).

De modo semelhante, Gorla relata uma tendência nos ordenamentos jurídicos continentais – e especialmente no italiano, onde os precedentes judiciais são registrados e divulgados de forma seletiva pela própria Corte de cassação, por meio de um órgão (*Ufficio massimario*) encarregado de elaborar as máximas que podem ser extraídas de cada caso concreto (Gorla, 1981-f, p. 310) – a se adotar diferentes técnicas interpretativas quando se busca extrair a *ratio decidendi* de uma decisão judicial:

A decisão judicial italiana nem sempre menciona claramente os fatos da causa (isso talvez possa, em parte, ser atribuído à nossa tendência judicial a exprimir a *ratio decidendi* em termos abstratos, a qual caminha *pari passu* com a nossa tendência, mais geral, para as abstrações). De outro lado, como se nota, o modo de julgar do juiz do *common law* é próprio de quem busca enfatizar os aspectos concretos do fato da causa e extrair desse fato a regra ou *ratio decidendi*: fato este que, portanto, o juiz procura mencionar de modo claro e possivelmente completo (Idem, p. 308).

Nas “raccolte di giurisprudenza” italianas, a motivação das decisões vem, segundo Gorla, “apresentada não como solução de um caso concreto, mas quase como motivação ou explicação de uma máxima abstrata”; uma máxima que é a “regra que se abstrai da sentença, e que às vezes, e não raramente, não se refere ao caso concreto, mas representa um *obiter dictum*” (Idem, p. 309-10).

Vê-se, portanto, que nas duas abordagens – a de Gorla e a de Damaška – a distinção entre a forma de se interpretar as decisões judiciais no *common law* e no *civil law*, para delas extrair o seu elemento vinculante (*ratio decidendi*), diz respeito à maior atenção que se dá aos fatos do caso *sub judice* ou às regras *universais* que aparecem na justificação das decisões tomadas como paradigma.

A raiz dessa compreensão reside na idéia, difundida principalmente por Arthur L. Goodhart, de que a *ratio decidendi* – o elemento genuinamente vinculante de um precedente judicial – deveria ser buscada não nas razões em que o juiz tenha baseado sua decisão (Goodhart, 1931, p. 4), mas nos fatos

considerados decisivos ou “materiais” pelo juiz para a decisão judicial em questão:

O juiz alcança uma conclusão [em um caso] a partir dos fatos *tal como ele os vê*. É nesses fatos que ele baseia o seu juízo, e não em quaisquer outros. (...) *É pela escolha dos fatos materiais que o juiz cria direito* (...). Portanto, para determinar a *ratio decidendi* (*principle of a case*) um primeiro e mais essencial passo é determinar quais foram os fatos materiais em que o juiz baseou a sua conclusão (Idem, p. 10).

Interpretar um precedente judicial significa, portanto, distinguir no caso tomado como paradigma os fatos considerados “materiais”, que constituem a *ratio decidendi*, dos fatos “não-materiais”, ou seja, que constituem meros *obiter dicta* na medida em que não foram decisivos para a solução específica elaborada pelo juiz no caso em questão. Em linhas muito gerais, as seguintes regras são válidas para se determinar a *ratio decidendi* de um caso:

(1) A *ratio decidendi* (*principle of a case*) não é encontrada nas razões dadas na *judicial opinion*; (2) a *ratio* (*principle*) não é encontrada na regra jurídica estabelecida na *opinion*; (3) a *ratio* (*principle*) não é necessariamente encontrada por meio da consideração de todos os fatos encontrados no caso, juntamente com a decisão do juiz; (4) a *ratio* (*principle*) de um caso é encontrada ao se levar em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como *materiais*, e (b) a decisão que o juiz tenha tomado com base nesses fatos; (5) Ao buscar a *ratio decidendi* ou *principle of a case* é também necessário estabelecer quais fatos foram considerados não-materiais pelo juiz, pois a *ratio* pode depender tanto da exclusão quanto da inclusão de certos fatos (Idem, p. 25).

O método de Goodhart para determinar a *ratio decidendi* – ou o *principle of a case*, é o mesmo – dispensa, portanto, qualquer referência à *regra* jurídica enunciada ou pressuposta pelo juiz – na motivação – para justificar (dedutivamente) a sua conclusão, de modo que para se aplicar um precedente na argumentação jurídica bastaria determinar os fatos materiais do caso paradigmático e compará-los com os daquele que se pretende solucionar.

No entanto, a tese de Goodhart padece do defeito de pressupor que seria possível separar radicalmente uma teoria dos precedentes judiciais baseada em *fatos* de uma teoria dos precedentes baseada em *regras*. Contra a famosa teoria de Goodhart, que influenciou um grande número de juristas ingleses e juscomparatistas durante pelo menos três décadas, até vir a ser criticada por nomes como Cross, Simpson, Stone e, mais recentemente, MacCormick, pode-se

objetar que há uma interconexão necessária entre fatos e regras no discurso jurídico. Explica Wróblewski:

O uso do precedente orientado aos fatos e o uso do precedente orientado às regras são interconexos porque as regras disciplinam sempre um tipo qualquer de fato, e os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas relações com as regras (*i fatti nel discorso giuridico non possono essere compresi al di fuori delle regole*) (Wróblewski, 1988, p. 29-30).

Essa interconexão já havia sido percebida por Simpson em 1957, em nota publicada na *Modern Law Review* em que ele compara a denominada “teoria clássica”, segundo a qual a *ratio* é a regra jurídica que o juiz tenha considerado necessária à decisão, com a teoria de Goodhart, para quem a *ratio* é definida como “os fatos materiais (*material facts*) e a decisão tomada com base neles”. Como explica Simpson, “quando um juiz enuncia uma regra jurídica (*rule of law*), e a trata como aplicável ao caso diante dele, a aplicabilidade deve necessariamente depender de ele descobrir que os fatos ‘materiais’ daquele caso correspondem precisamente aos fatos especificados naquela regra, e, sendo assim, que a conclusão ou o resultado especificado na regra deva se seguir”. Portanto, “a teoria clássica e a teoria de Goodhart, se seguidas com rigor lógico, produzem *o mesmo resultado*” (Simpson, 1957, p. 414).

Quando se analisa a decisão jurídica sob o prisma da sua justificação da decisão jurídica, como faz por exemplo MacCormick, fica mais claro ainda que do ponto de vista dos processos de raciocínio não há diferenças consideráveis entre o *common law* e o *civil law*, ainda que permaneçam certas diferenças de *style* (MacCormick, 1978-c, p. 170). Explica MacCormick que “quanto falamos em ‘aplicar o direito a um problema’ estamos na realidade falando do que é ao mesmo tempo o mais importante e o mais simples modo de argumentação jurídica: o argumento por subsunção” (Idem, p. 172). O princípio da universalizabilidade, tido como um postulado para uma ordem moral (ou jurídica) racionalmente inteligível, implica que em qualquer tipo de discurso prático nós sejamos capazes de expressar as máximas de nossa vontade de forma universal, através de regras (MacCormick, 1991, p. 203)<sup>57</sup>. Ao resolver um problema jurídico concreto, como

<sup>57</sup> Segundo MacCormick, “A idéia de uma ordem moral racionalmente inteligível – que é, de modo mais geral, a idéia de uma ordem racionalmente inteligível de raciocínio prático ou discurso prático – funda-se em um postulado de fundo: ou seja, o postulado da universalizabilidade das

por exemplo se o produtor de alimentos e bebidas para fins comerciais tem para com o consumidor final desses artigos – que os consuma na sua forma originalmente manufaturada – um dever de cuidado que o sujeite à responsabilidade civil na hipótese de esses produtos causarem lesão ao serem ingeridos, “nós devemos nos comprometer” com a “proposição jurídica” implícita em nossa decisão, qualquer que seja a nossa resposta ao problema jurídico suscitado (Ibidem).

Qualquer que seja o sistema jurídico em questão, a referência a uma *regra* universal para solucionar um problema jurídico particular é um elemento indispensável da justificação jurídica, ainda que a enunciação em termos universais não esgote os problemas que podemos encontrar na fundamentação da decisão particular. Pouco importa se estamos diante de um sistema de *common law* ou *civil law*. “O ponto central dos sistemas de *common law* é que eles tratam os precedentes judiciais como fontes do direito. Isso significa que as regras gerais de conduta e responsabilidade são tidas como implícitas em casos, involucradas nas *judicial opinions* pronunciadas pelos juízes ao decidir casos concretos” (MacCormick, 2005, p. 44). Essas regras, no entanto, são expostas através da interpretação desses casos (Ibidem), e isso não constitui um obstáculo para que as decisões possam ser reconstruídas de acordo com um modelo silogístico. Há uma conexão incindível entre as idéias de *justificação* e *universalização*. Não é possível justificar qualquer decisão, ou qualquer regra inferida de uma decisão, senão por enunciados universais:

Justificar um ato é demonstrar que ele é correto. Demonstrar que ele é correto é demonstrar que, desde qualquer ponto de vista objetivo sobre a questão, o ato deva ser praticado, tendo em vista o caráter do ato e as circunstâncias do caso. (...) Não há, eu penso, justificação sem universalização. (...) Para fatos particulares – ou motivos particulares – serem considerados *razões justificativas* eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação enunciado em termos universais, ainda que essa universalidade seja tida como superável (*defeasible*). Isso se aplica ao raciocínio prático em geral, e ao raciocínio jurídico enquanto um departamento do raciocínio prático (MacCormick, 2005, p. 98-99).

---

razões para decisões práticas. A versão kantiana dessa universalizabilidade é provavelmente a mais conhecida, senão a mais instantaneamente transparente: posso simplificá-la aqui como sendo a exigência de que nós sempre atuemos segundo uma máxima que sejamos capazes de aceitar como correta em uma forma universal (*let me here simplify it as requiring us to act only upon such a maxim as we are capable of willing in universal form*)” (MacCormick, 1991, p. 203).

Especificamente em relação aos precedentes judiciais, o princípio da universalizabilidade – que ganha expressão na exigência de se tratar “casos semelhantes de modo semelhante” (justiça formal) – exige que toda decisão jurídica em que surjam disputas sobre o direito “deva estar fundada em um regramento (*ruling*) jurídico que não seja nem *ad hoc* e nem *ad hominem*” (Idem, p. 148):

Para justificarmos [um ato, uma norma etc.] devemos reconduzir a decisão, defesa ou pretensão de alguém à asserção segundo a qual ‘*porque* os fatos F1, F2, .... Fn estão presentes, o julgamento *j* deve ser pronunciado’. Mas esse ‘*porque...*’ exige um comprometimento com a universalidade (MacCormick, 1987, p. 162).

Portanto, com fundamento na concepção de kantiana de justificação que subjaz à teoria de Neil MacCormick, pelo menos na sua forma mais madura (MacCormick, 1991; 2005), e à concepção de *razão prática* adotada nessa tese de doutoramento (pelas razões que exponho no capítulo II), pode-se concluir que é falaciosa a asserção de que o processo de raciocínio jurídico – e em especial o raciocínio que desenvolvem os juízes no contexto de justificação das suas decisões – seja substancialmente diferente nas tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*.

Em qualquer sistema jurídico, um precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma *regra* universal à qual os casos futuros possam e devam ser subsumidos *sempre* que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra jurídica. Como explica Cruz e Tucci, “o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção analógica da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o ‘princípio da universalidade’, entendido como uma exigência natural de que casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a idéia de ‘justiça como qualidade formal’” (Cruz e Tucci, 2004, p. 25)<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Essa asserção pode seguramente ser comprovada por meio de uma análise histórico-comparativa mais aprofundada. Cruz e Tucci, por exemplo, em estudo sobre o valor do precedente como fonte do direito em diferentes fases do direito romano e no direito visigótico, no *ius commune*, no direito hispano-lusitano, no *common law* e no direito moderno europeu conclui ser possível construir uma única teoria geral dos precedentes, na medida em que método de aplicação dos precedentes apresenta importantes semelhanças em todos esses contextos: “Se olharmos ainda mais para o passado, iremos verificar que o *usus do precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função

O princípio da universalizabilidade, ou regra da justiça formal, exige a um só tempo que “para a fundamentação de uma decisão jurídica se deva aduzir pelo menos uma norma universal” e que “de cada decisão jurídica se siga pelo menos uma norma universal” (Alexy, 1997-a, p. 214-s; Bustamante, 2005-a, p. 104). Essas duas regras de argumentação se ligam ao dever de *imparcialidade* e constituem um dos mais elementares elementos da própria idéia de *justiça*:

O homem é capaz de uma posição de imparcialidade e não simplesmente de conflitos de interesses legítimos. A norma representa a incorporação escrita, depois de haver sido oral, desta imparcialidade; representa a criação de um ponto de vista superior àquele das partes na causa. (Ricoeur, 1996, p. 193).

Qualquer que seja o poder normativo dos juízes, ele só pode ser legitimamente exercido se a argumentação que justifica cada decisão puder ser construída em uma linguagem universal, imparcial, construída por meio de *regras*. Dizer que não há raciocínio dedutivo no *common law* é tão implausível quanto dizer que há uma contraposição entre *razão* e *experiência* – como se fosse possível aprender qualquer coisa com a nossa experiência senão através do uso da nossa racionalidade para formular hipóteses e padrões de reprodutibilidade –, como fazia o realismo jurídico mais radical<sup>59</sup>.

### 2.5.3

#### **A tensão entre facticidade e validade como um elemento estrutural do direito, inclusive e especialmente do direito jurisprudencial**

Não é objetivo deste trabalho acadêmico examinar as diferenças que remanescem entre o direito proveniente da tradição continental européia e o *common law*. A ênfase de nosso trabalho, neste capítulo inicial, em que foram tecidas considerações de direito comparado, foi posta nas semelhanças existentes

---

exercida pelas pessoas que o empregam. Assim, por exemplo, ‘no direito inglês a técnica do precedente encontra-se intimamente ligada às decisões judiciais porque os artífices da *common law* são os juízes; os protagonistas do direito romano, pelo contrário, foram sobretudo os juriconsultos e a chancelaria imperial, que também atuavam mediante a observância do método casuístico’ [O trecho destacado é uma transcrição de Letizia Vacca]” (Cruz e Tucci, 2004, p. 24).

<sup>59</sup> Nesse sentido, cite-se o famoso excerto de Holmes segundo o qual “a vida do direito não foi lógica; foi experiência” (“*the life of the law has not been logic; it has been experience*”) (Holmes, 1982, p. 1).

entre as duas tradições jurídicas, com a finalidade de demonstrar que o modo de raciocínio ou pensamento jurídico do jurista prático que realiza as atividades de interpretação e aplicação de precedentes judiciais encontra similaridades suficientes para justificar a pretensão de se consagrar uma única teoria dos precedentes judiciais, em especial, uma teoria *normativa*, válida para ambas as tradições jurídicas.

Pudemos observar, no entanto, que quaisquer diferenças que ainda remanesçam entre o *civil law* e o *common law*, elas não estarão nem no *raciocínio jurídico*, no processo hermenêutico de construção de sentido para as normas jurídicas em geral, nem necessariamente nos modos de justificação da decisão, nos argumentos que prevalecem no discurso jurídico<sup>60</sup>. É provável, aliás, que a principal diferença não esteja na forma como os *juízes* desenvolvem o direito através da interpretação legislativa, da aplicação de precedentes e do uso de analogias e reduções teleológicas (*distinguish*), mas no modo como o *legislador* se comporta em cada uma das tradições jurídicas. A pretensão de ordenar o direito de forma coerente e sistematizada, através de um conjunto de máximas que buscam regular antecipadamente as relações jurídicas de modo geral, conjugando todo um saber jurídico pré-ordenado, coerente, abrangente, o mais claro e inteligível possível e, finalmente, o mais completo possível é um dado que se encontra nos códigos do continente europeu e que está ausente no *common law*, onde a atividade legislativa é ainda, pelo menos em parte significativa do direito privado, assistemática, fragmentária e parasitária do direito consuetudinário e jurisprudencial, na medida em que apresenta em muitos casos um caráter *ad hoc* e se vale de conceitos que só fazem sentido se interpretados à luz do *case law*.

A razão da convergência entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, que hoje parece evidente, provavelmente está na *crise da legalidade* e na *crise da noção de soberania* que se verificou em praticamente todos os Estados que vivem hoje sob a forma de um *Estado constitucional*. De todas as modificações que surgem no Estado constitucional, a que mais chama a atenção é uma modificação no modo de construir normas jurídicas. Desde o momento em que o direito passa

---

<sup>60</sup> Isso não implica, como vimos, que já não mais existam as diferenças de *style* que estudamos com detalhe nas seções anteriores. Quando falo que os argumentos que prevalecem são semelhantes e os modos de justificação também isso só pode ser verdade em função dos mecanismos de justificação *extraprocessual* existentes no direito continental, como os que relatei na seção n. 3.1.4.

a ser visto não apenas como um conjunto de *regras* – as quais se compõem de duas partes: uma prótase, que indica uma classe de fatos, e uma apódose, que indica uma classe de conseqüências (Wróblewski, 1988, p. 26) –, mas como um sistema de *regras e princípios*, sendo que estes últimos não contêm determinações sobre o comportamento a ser seguido, mas estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser alcançado na máxima medida possível – são, portanto, *mandados de otimização* no sentido de que devem ser sempre cumpridos na maior medida possível, sendo que essa medida pode variar porque entram rotineiramente em colisão com outras normas de igual natureza, de modo que o intérprete deve ponderá-las para determinar qual prevalece em cada caso concreto (Alexy, 1997-b) –, as diferenças entre o *civil law* e o *common law* passam a ser mínimas. Com efeito, enquanto a atividade de aplicação do direito (em sentido amplo) se circunscrevia à interpretação e aplicação de regras jurídicas produzidas pelo legislador ou pela jurisprudência, a diferença entre o *common law* e o *civil law* era mais marcante porque na maior parte das vezes o juiz continental tinha de buscar normas em fontes legislativas, e o *common lawyer* em precedentes judiciais. Mas quando o direito passa a ser construído e comunicado por meio de *princípios*, essa diferença recua e praticamente desaparece, pois o processo de concretização de princípios – que envolve a resolução de colisões de direitos fundamentais e a densificação do seu conteúdo por meio de regras adscritas dos princípios em cada caso concreto – é rigorosamente o mesmo nas duas grandes tradições jurídicas ocidentais.

O ocaso da premissa positivista de que o direito seria *apenas* um sistema de regras – regras construídas por um *ato de vontade*, uma *decisão* – representa também um momento de reaproximação do direito continental ao *common law* inglês. O elo entre o *common law* e o *ius commune*, perdido no século XIX, se reencontra no século XXI, quando finalmente o direito volta a ser descrito (em ambas as tradições) não mais como pura facticidade ou fruto da *autoridade*, mas também como *ratio scripta*, como uma prática social *intrinsecamente racional*, cuja coerência e justiça são garantidas por princípios de conteúdo idêntico a máximas morais que são construídas ao longo de processos de aprendizagem da humanidade, que paulatinamente os vai institucionalizando sob a forma de direitos fundamentais.

A própria doutrina do precedente *vinculante* – que durante longo tempo foi descrita como a principal diferença entre o *common law* e o *civil law* (Goodhart, 1934) – teve raízes na exasperação do elemento *auctoritas* promovida pelo positivismo jurídico do século XIX. Pode-se concordar com Goodhart que toda a doutrina do precedente (sob o positivismo jurídico inglês) é baseada na teoria de que os juízes “não cometem erros seja de fato ou de direito” (Goodhart, 1931, p. 25). Apenas aceita essa premissa é que a House of Lords pôde sustentar, durante mais de um século – se considerarmos o período compreendido entre o caso *Beamish v. Beamish*, de 1961 (ver *infra*, nota 45), e o *Practice Statement*, de 1966 – que o *case law* vinculava a própria House of Lords e só podia ser reformado por ato legislativo de origem parlamentar.

No entanto, uma teoria tão estrita do precedente judicial não pode mais prevalecer desde o momento em que o positivismo jurídico não consegue mais responder às exigências de legitimação do poder judicial por que passa o Estado constitucional. Uma reflexão jusfilosófica sobre o direito revela que há, em qualquer ordenamento jurídico, uma tensão entre *facticidade* e *validade*, entre a eficácia social/positividade do direito e a resgatabilidade racional das pretensões de legitimidade que necessariamente se erige no discurso jurídico; entre a *idéia* (de uma regulação justa) e a *realidade* (do direito vigente) (Habermas, 2005-a, p. 66). Habermas sustenta que “as formas de comunicação articuladas em termos de Estado de Direito, nas quais se desenvolvem a formação da vontade política, a produção legislativa e a prática das decisões judiciais, aparecem desde esta perspectiva (da racionalidade comunicativa) como parte de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida das sociedades modernas, submetidos à pressão de imperativos sistêmicos” (Idem, p. 67). O direito, ao contrário do que a teoria crítica que antecedeu a Habermas acreditava, desempenha um papel central enquanto *medium* de interação social, pois através dos discursos normativos conduzidos pelos *participantes* do processo de formação de normas e decisões legítimas, são possibilitados “processos de entendimento racionalmente motivadores” dotados de certa “força de integração social” (Ibidem). Mas para o direito conseguir desempenhar suas tarefas de integração social ele necessita equacionar a tensão existente entre *facticidade* e *validade*, de modo a garantir uma regulação da vida social que a um só tempo seja *racional*, justificável, e tome em conta o direito positivo *vigente* aqui e agora: “A *validade*

que pretendemos para nossas elocuições e para nossas práticas de justificação se distingue da *vigência social* de *standards* aos quais estamos faticamente acostumados e das expectativas às quais estamos simplesmente habituados ou que tenham sido estabilizadas mediante ameaças de sanção” (Idem, p. 82). O *problema* que se põe nas sociedades modernas é justamente “como estabilizar a validade de uma ordem social em que desde o ponto de vista dos próprios atores (participantes) se estabelece uma clara diferenciação entre a ação comunicativa, que se realiza de forma autônoma, e as interações de tipo estratégico [condicionada por fatores externos no sentido kantiano, como inclinações humanas motivadas pelo dinheiro, pelo poder administrativo etc.]” (Idem, p. 87).

Para estabilizar essa tensão – que é a única forma de racionalizar o mundo da vida nas sociedades contemporâneas, caracterizadas por um pluralismo e pelo desencantamento das normas que estabelecem a organização social, já que não se legitimam mais por uma autoridade religiosa – Habermas tenta vindicar um conceito de validade jurídica (de uma norma) que signifique “que sejam garantidas ambas as coisas de uma só vez”: “tanto a *legalidade* [eficácia jurídica em sentido estrito]... como também a *legitimidade* da própria regra” (Idem, p. 93).

No momento em que se abandona a perspectiva externa do positivismo (que tenta construir uma teoria do direito da perspectiva do observador, preocupada apenas em descrever o sistema jurídico tal como ele é) e se passa a assumir uma perspectiva interna que vise a estudar o direito do ponto de vista dos próprios participantes do processo de produção de normas e decisões legítimas, percebe-se com clareza que a justificação do direito como prática social e a justificação das decisões particulares que se toma com base no direito não pode prescindir de uma metodologia, um processo racional para conciliar essa tensão entre *ratio* e *auctoritas*, haja vista que o problema fundamental enfrentado pelos juízes na sua *atividade prática* é justamente como *construir* uma solução bem ordenada do ponto de vista moral e, ao mesmo tempo, juridicamente válida.

Se fizermos uma breve retrospectiva histórica, veremos que essa tensão esteve presente, ora com prevalência de um elemento, ora de outro, em todos os ordenamentos jurídicos minimamente desenvolvidos de que se tem notícia. O positivismo seria apenas um caso de *hipertrofia* do elemento “facticidade” (por isso, aliás, é que ele se distanciou da prática jurídica ao partir da pressuposição ilusória de que normas morais não desempenham necessariamente um papel na

justificação e na decisão de casos jurídicos). No direito romano clássico, por exemplo, a disputa entre os *proculianos* e os *sabinianos*, que representavam as duas grandes escolas de juristas do referido período, é expressiva dessa tensão. Como explica Stein, a diferença mais marcante entre as duas escolas está no terreno do *método jurídico* desenvolvido pelos *proculianos*, e em especial por Labeo, o fundador desta escola. Em relação aos casos em que não havia uma *lex* a solucionar diretamente o problema posto diante do jurista, casos de “direito não escrito”, “o método de Labeo pressupunha que por detrás das regras do direito não escrito, que estava aguardando ser definido pelos juristas, havia uma subestrutura de princípios racionais, e eram esses princípios racionais que indicavam, nos casos de dúvida, os limites das próprias regras” (Stein, 1972, p. 13-4). Contrariamente a outros juristas de sua época, Labeo justificava suas decisões com *razões* (e “isso o levava a referir normalmente a outros casos em que o mesmo raciocínio se aplicava”); ele via o direito como um conjunto de regras baseadas em uma firme fundação de princípios básicos:

Onde o direito relevante não estava escrito, ele não estava necessariamente incerto. A noção de obrigação já havia sido tão refinada pelas discussões jurídicas que a sua estrutura básica estava solidamente estabelecida. (...) Os *proculianos* insistiam na tese de que essa estrutura era um todo coerente e racional e que os seus princípios fundamentais deveriam ser tornados efetivos onde quer que eles fossem aplicáveis (Idem, p. 30).

Os *Sabinianos*, por sua vez, confiavam apenas na “experiência do passado e tinham uma visão limitada acerca das capacidades do direito em face de novas situações”:

Em contraste com os *Proculianos*, os *Sabinianos* às vezes pareciam liberais e às vezes conservadores. Eles iriam sem dúvida concordar com Justice Holmes quando ele inicia a sua obra *The common law* com os dizeres: ‘a vida do direito não foi lógica: foi experiência’. Como os *common lawyers* tradicionais, eles desdenhavam de argumentos dogmáticos, racionalistas, e *estavam mais interessados nas decisões em si mesmas do que na maneira pela qual elas eram alcançadas*. (Idem, p. 31).

Nota-se claramente a tensão a que nos referimos nas duas grandes escolas do pensamento jurídico do principado romano. Enquanto os *proculianos* enfatizavam a necessidade de ordenar o direito segundo princípios comuns que lhe garantiriam racionalidade, os *sabinianos* apenas se interessavam pelas “decisões”

jurídicas tais como elas se manifestavam, do mesmo modo como os realistas anglo-americanos radicalizavam o elemento “autoridade” na descrição que faziam da prática jurídica.

Não se pode negar que em diferentes momentos da história do direito romano a ênfase foi posta no elemento “razão” e no elemento “autoridade”. Enquanto não contavam com qualquer autoridade de natureza política, “mas exclusivamente com o prestígio de natureza moral e a reputação de conhecedores do direito”, os juristas romanos “fiavam-se [apenas] na força da argumentação com a qual estribavam suas opiniões e do convencimento racional dela derivado”, desenvolvendo uma práxis jurídica retórica e argumentativa (Maia, 2005-b, p. 150). Mais tarde, com o *jus publice respondendi*, estabelecido por Augusto no final do século I a.C., “as respostas dadas pelos juristas aquinhoados com este privilégio passaram a ter maior autoridade quando em confronto com as opiniões dos juristas destituídos dessa prerrogativa” (Idem, p. 148).

Em diferentes momentos históricos, mais ênfase foi colocada em cada um dos pólos dessa tensão estrutural, mas o diálogo e a dialética entre *ratio* e *auctoritas* sempre foi uma característica do direito romano.

De modo semelhante, o *ius commune* medieval, especialmente no seu período mais fértil, entre os séculos XVII e XIX, na França e na Itália, está caracterizado pela presença permanente da tensão entre os fatores “auctoritates et rationes” na prática jurisprudencial:

Essa dialética gira em torno do princípio da autoridade do precedente judicial. Em um ponto extremo, e bastante abstrato, de tal dialética está a situação na qual os juízes decidem sempre e somente sobre a base do precedente judicial, sobre a autoridade do *ipse dixit*. No outro extremo, também bastante abstrato, está a situação em que os juízes decidem sempre e somente com base nas suas razões ou na sua *interpretatio* ou pesquisa acerca do ‘que é direito’. Nesse sentido, é uma dialética entre o princípio de autoridade (do precedente) e o da sua racionalidade (Gorla, 1981-g, p. 276).

Até mesmo nos Estados Unidos – o maior reduto do realismo jurídico – há quem prefira – a nosso ver com grande razão – descrever a práxis judicial como um *locus* onde há de ser construído um equilíbrio entre *reason* e *fiat*, pondo definitivamente em cheque a perspectiva unilateral do realismo de Holmes e seus seguidores. Por todos, Fuller constitui um exemplo dessa tendência:

Hoje já se passou quase meio século desde que Holmes encerrou seu famoso *dictum*: ‘As profecias acerca dos que as cortes farão de fato, e nada mais pretensioso do que isso, são o que eu entendo por «o direito»’. Como desde a sua enunciação essa visão foi adotada por dúzias de teóricos, ela passou a ser identificada como uma escola independente de teoria jurídica (*jurisprudence*), e literalmente volumes inteiros foram escritos sobre ela. A despeito disso, em todos os tempos ninguém jamais enunciou uma regra jurídica que fosse apenas uma predição da atividade judicial, excluindo-se toda referência às razões que motivam essa ação. E eu estou disposto a profetizar que ninguém jamais o fará. Essa proposta é impossível de ser realizada pela razão de que a atividade judicial não pode ser predita ou mesmo descrita de forma significativa, senão nos termos das razões que lhes servem de fundamento (Fuller, 1946, p. 386).

Na Inglaterra, de igual modo, Simpson critica incisivamente a teoria positivista dos precedentes judiciais que ainda hoje predomina no cenário inglês. O argumento mais interessante de Simpson contra a definição do *common law* como apenas um conjunto de regras válidas em função de uma autoridade absoluta, para mim, pode ser resumido no seguinte excerto: “argumentos sobre se «isso» ou «aquilo» é direito normalmente encontram suporte em referências a idéias que não são especificamente jurídicas (...). Elas fundamentam-se na razão e não na autoridade. Ninguém, eu penso, poderia sustentar que a racionalidade no *common law* se reduza a regras” (Simpson, 1973, p. 87). Mais interessante do que o decisionismo positivista seria uma teoria do *common law* que concebesse as regras contidas nos precedentes judiciais como “não sacrossantas”, e portanto submetidas a exceções (Idem, p. 88). O direito seria visto não apenas como algo *criado pelo homem*, mas uma ordem racional que pode ser reconduzida a princípios gerais que a tornam racionalmente compreensível.

Como veremos no próximo capítulo, o direito deve deixar de ser compreendido como uma ordem *criada* num ato único e necessariamente arbitrário para ser visto como uma prática social que obedece a certa ordem e se produz à luz de um sistema moral com pretensão de universalidade e um alto grau de racionalidade – mas uma racionalidade procedimental, não fundacionista. Apenas após esse passo – um passo de superação definitiva do positivismo jurídico – é que será possível construir uma teoria genuinamente argumentativa e normativa do precedente judicial, que possa se valer tanto do saber metodológico desenvolvido no *common law* para a estrutura e a aplicação dos precedentes judiciais como do saber oriundo da filosofia do direito no continente sobre a interpretação legislativa de modo geral. Uma teoria argumentativa dos

precedentes, para ser universal, deve ser uma teoria que busque um ponto de equilíbrio entre os dois grandes fatores do direito – *ratio et auctoritas* – e consiga servir de ponto de apoio para o jurista prático ao buscar fazer aquilo que é seu grande projeto: fazer justiça conforme o direito.