

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Professor Titular e ex-Diretor da Faculdade de Direito da USP.
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ex-Presidente
da Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado

PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

2ª edição, revista e atualizada

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2021

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Idéia de *precedente judicial*. 2. A questão do *precedente judicial* como fonte do direito. 3. Objeto e delimitação cronológica da tese.

1. Idéia de *precedente judicial*¹

Causaria impressão se, ao tratar, como tema central, da problemática histórica do *precedente judicial*, não se fizesse alusão preambular à experiência jurídica do *common law* (direito casuístico) em contraposição à dos sistemas do *civil law*, de tradição romanística (direito codificado), cujas diferenças ontológicas remontam à história jurídica, à teoria das fontes do direito, aos critérios de interpretação da lei e das decisões judiciais e às técnicas de raciocínio jurídico.

¹ Optamos deliberadamente pelo emprego da locução *precedente judicial* em substituição do termo *jurisprudência*, de uso muito mais comum em nossa linguagem jurídica, por duas relevantes razões. Em primeiro lugar porque, enquanto hoje o substantivo *jurisprudência* indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister de *ius dicere*, no âmbito da história do direito, *iurisprudentia* tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (*jurisprudência forense* ou *prática* contraposta à *teórica*). O emprego de *iurisprudentia* no sentido de ciência do direito deriva de uma interpretação da famosa definição de Ulpiano, D. 1.1.10.2 (*l. 1 regularum*): "*Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, e a ciência do justo e do injusto*" (= "*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*"). Consulte-se, a propósito, Paolo Frezza, *La cultura di Ulpiano*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1968:363 ss.; Georges Pieri, *Ius et iurisprudentia*, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 30 – *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp. 53 ss. Ainda na acepção de ciência do direito, observa-se que, por apego à tradição, até hoje as faculdades de direito da Itália são chamadas de *Facoltà di Giurisprudenza* (v., a propósito dos vários significados do termo *jurisprudência*, o minudente e documentado inventário produzido por Gino Gorla, *La giurisprudenza*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 264 ss.; *Giurisprudenza*, *Enciclopedia del diritto*, 19(1970):489 ss.). Ademais – e essa é a segunda razão da escolha – a expressão *precedente judicial*, como se observará ao longo da tese, é mais abrangente, uma vez que nem sempre, durante os diversos períodos históricos, a decisão anterior, invocada depois como *exemplum*, terá sido proferida por um "tribunal" propriamente dito, e, portanto, não seria correto reconhecer-lhe "proveniência jurisprudencial"... Esclarece, a propósito, Letizia Vacca, que: "no direito romano, por decisão do caso concreto, devemos entender não apenas as sentenças (provindas de qualquer 'órgão jurisdicional', dependendo da espécie de processo e da época histórica), mas também as soluções propostas pelos juristas e os atos discricionários dos magistrados que se corporificavam na aplicação do direito a um caso individual, e, a partir da época do Principado, as resoluções imperiais atinentes a hipóteses concretas, ou seja, os *decreta* e os *rescripta*" (*Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (reed. com apêndice), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 5-6).

Por inúmeras e importantes vicissitudes históricas, que serão examinadas em sede adequada, no ambiente dos ordenamentos fundados na teoria do *stare decisis* e na doutrina do *binding precedent*, derivados do direito inglês, os costumes foram se transformando, mediante um lento processo evolutivo, em direito jurisprudencial, norteados pela concepção de que o *Common Law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juizes, "the depositaries of the law, the living oracles of the law", em suas respectivas decisões.²

No modelo seguido, em particular, pelos países da Europa continental, pelo contrário, as codificações determinaram uma ruptura com o passado, ou seja, com o método casuístico herdado do direito romano de época clássica, sobretudo porque a prevalência da lei escrita se sobrepôs a todas as outras formas de expressão do direito.

Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores.³ O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

Bem é de ver que, pressupondo, sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em precedente *vinculante* (*binding authority*: sistema do *common law*) e precedente persuasivo, ou *de fato*, ou *revestido de valor moral* (*persuasive authority*: em regra, sistema do *civil law*).

2 Em seus famosos comentários acerca da formação do direito inglês, William Blackstone, em importante passagem, enalteceu a função judicial (textual): "Mas aqui surge uma questão muito natural e substancial: como estes costumes ou máximas foram conhecidos e por quem a sua validade foi determinada? A resposta é: pelos juizes nas várias cortes de justiça. Eles são os depositários da lei; *the living oracles*, que devem decidir em todos os casos duvidosos e que devem obedecer a um juramento de decidir em consonância com as leis da terra" (*Commentaries on the Laws of England*, v. 1, ed. comemorativa da 9ª ed., London, Cavendish, 2001, p. 69). Em meados do séc. XX, John P. Dawson, inspirado nos *Blackstone's Commentaries*, dedicou um livro notável (*The Oracles of the Law*, Ann Arbor, William S. Hein, 1986 – reed.), talvez o melhor, sobre a penosa tarefa de julgar e o importante papel da jurisprudência em diversas experiências jurídicas, pretéritas e modernas.

3 Cf., nesse sentido, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação. A nova retórica*, tr. port. Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 404.

Desse modo, não é preciso dizer que em cada sistema jurídico, qualquer que seja ele, o precedente é dotado de diferente eficácia. É inequívoco, nesse sentido, que nos ordenamentos dominados pelas regras do *case law* os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte de direito. Para tanto, desenvolveu-se um complexo aparato conceitual (reconhecido, dentre outras, pelas seguintes expressões: *stare decisis*, *rule of the law*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, *binding* e *persuasive precedent*...), de resto, estranho ao jurista do *civil law*.

O aspecto que caracteriza a regra do precedente, nesse particular, é o seu cunho fortemente coercitivo. Esse princípio jurídico é denominado *stare decisis*, significando que a anterior decisão cria direito.

O fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão examine os precedentes como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior.⁴

Na órbita do direito codificado, por outro lado, predomina a orientação de que a jurisprudência não goza de força vinculante. Prevalece, portanto, a idéia de que o precedente tem eficácia meramente persuasiva.

Com efeito, é opinião corrente, sob esse aspecto, que as decisões judiciais não são consideradas fonte de produção do direito, mas apenas "fonte de conhecimento" do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz. O precedente, na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto. Apresenta-se, assim, com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada.⁵

Ressalte-se, outrossim, que a praxis do direito anglo-americano, por paradoxal que possa parecer, também trabalha hoje em dia com a categoria dos precedentes persuasivos. E isso ocorre quando, por exemplo, um litigante, perante um tribunal inglês, invoca anterior decisão proferida por uma corte do *common law* mas de outro país, vale dizer, dos Estados Unidos da América ou do Canadá (e vice-

4 Peter Stein, *I precedenti nella "common law"*, Legge, giudici, giuristi (obra coletiva), Milano, Giuffrè, 1982, p. 53.

5 Cf., e. g., Adele Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 121-122.

-versa). Assim também, v. g., entre as províncias canadenses de Ontário (direito codificado) e de Toronto (*common law*).

Ainda sob esse enfoque, visando a fundamentar a *ratio decidendi*, os tribunais podem, *ex officio*, colacionar precedentes de cortes estrangeiras. Consta, de fato, de um famoso julgamento proferido no caso *Donoghue v. Stevenson*, atinente a relação de consumo (inseto encontrado em uma garrafa de refrigerante), que o Lord Atkin, ao proferir o seu voto perante a *House of Lords*, referiu-se a precedente judicial dos Estados Unidos (*Mac Pherson v. Buick Motor Co.*), argumentando que a responsabilidade extracontratual do produtor já havia sido debatida e assentada naquela experiência jurídica muito antes de ter surgido, na corte inglesa, questão similar.⁶

Diga-se, de passagem, que o precedente invocado por Lord Atkin é considerado o *leading case* em matéria de responsabilidade aquiliana, no qual se anteviu a falácia do princípio da relatividade dos efeitos contratuais ("*privity of contract fallacy*"), e que, depois, foi aos poucos sendo aplicado a um sem número de situações análogas, em que a vítima experimentou danos materiais.⁷

Sem embargo dessa possibilidade de alusão a precedente, não obrigatório, mas persuasivo, os juízes do *common law* são criticados em época moderna, porque têm uma visão extremamente afeiçoada ao próprio sistema, não razoam além de seus limites ("*across the frontiers*"), e, portanto, não se valem, por analogia, dos princípios gerais do direito codificado para suprir as eventuais lacunas do ordenamento.⁸

O precedente judicial não se confunde com o costume⁹; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em precedente.

6 V., a respeito, o original artigo de Richard Brunaugh, *Persuasive Precedent*, *Precedent in Law* (obra coletiva ed. Laurence Goldstein), Oxford, Clarendon, 1991, pp. 217 ss. Consulte-se, ainda, sobre este instigante assunto, Pier Giuseppe Monateri, *Il precedente in Inghilterra*, *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti*. *Profili storico-comparatistici* (obra coletiva), Torino, Giappichelli, 2000, pp. 104 ss.

7 Consulte-se, sobre esse relevante assunto, Patrick S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Oxford, Clarendon, 2000, pp. 374-376. V., aproximando os sistemas do *common law* e do direito codificado no que respeita à responsabilidade objetiva, Pietro Barcellona, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, Jovene, 1995, p. 419.

8 Patrick S. Atiyah, *Judgments in England*, *La sentenza in Europa – metodo, tecnica e stile* (obra coletiva), Padova, Cedam, 1988, pp. 148-149, que acredita existir espaço para o intercâmbio e o desenvolvimento integrado entre os dois diferentes "bodies of law".

9 Vem a calhar o conceito fornecido por José de Oliveira Ascensão (*O direito. Introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*, 11ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 249), para quem "costume é a fonte privilegiada do direito, enquanto exprime diretamente a ordem da sociedade, sem necessitar da mediação de nenhum oráculo. Por isso, a eficácia da regra costumeira está automaticamente assegurada... Quer dizer, verificado o fato consuetudinário, igualmente está em princípio determinado que a regra nele contida não é repelida pela ordem social".

A sentença, pois, confirma o costume: "*Sententia iudicis confirmat consuetudinem...*"¹⁰

Ademais, o precedente vertical, que vincula ou que potencia maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do precedente horizontal, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente.

O precedente também pode deixar de ter eficácia quando se revela ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação. Nesse caso, nos sistemas do common law, o precedente *overruled* (revogação de sua *ratio*) é formalmente excluído das fontes e perde, por via de consequência, qualquer valor. No ambiente do *civil law* ocorre algo semelhante, na hipótese de *revirement* da jurisprudência, ou seja, quando determinado posicionamento pretoriano, até então dominante, é substancialmente alterado por um julgado que se transforma em *novo* precedente.¹¹

Parece claro, por outro lado, que no ordenamento jurídico dominado pelo *case law* torna-se extremamente importante a seleção e a documentação das decisões judiciais nos conhecidos *Law Reports*.¹²

Já para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência.

Atenta-se, ainda, para o fato de que a eficiência da justiça e a constância da jurisprudência em relação a determinadas questões de natureza empresarial trazem significativos reflexos no contexto econômico.¹³

10 Jacobi Cujaci, *Operum priorum*, 3, Napoli, Michaelis Aloysii, 1722, p. 570.

11 V., a respeito, Theodore M. Benditt, *The Rule of Precedent*, Precedent in Law (obra coletiva), cit., pp. 100-101; Michele Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, *Scintillae iuris* – Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, Milano, Giuffrè, 1994, p. 403; Giovanni Sartor, *Precedente giudiziale*, Contratto e impresa (obra coletiva dir. Francesco Galgano), Padova, Cedam, 1995, pp. 1.344-1.345; Marino Bin, *Il precedente giudiziario – valore e interpretazione*, Padova, Cedam, 1995, pp. 54-55.

12 V., sobre o ponto, Luisa Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, *Rivista di diritto civile*, 39(1993):137.

13 Consultem-se, a propósito, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York, Aspen Law, 1998, p. 596; *Droit et littérature*, tr. fr. Christine Hivet e Philippe Jouary, Paris, PUF, 1996, pp. 205-206; Giovanni Orrù, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 76.

Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do precedente, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada de decisão judicial.¹⁴

Aduza-se, por fim, que, no plano da pragmática forense, quando a decisão é baseada em um precedente que guarda atualidade e se reveste de consistente fundamentação, a experiência demonstra que, com freqüência, vem ela "confirmada" pelo tribunal superior. Nesse sentido, alguns juristas afirmam ser mais provável que qualquer juiz atribua maior relevo a decisões anteriores providas de tribunais superiores e inferiores de sua própria jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições; "pode ele também atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às antigas, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres".¹⁵

2. A questão do precedente judicial como fonte do direito

A temática peculiar da presente tese seguramente justifica a tentativa de proporcionar, nesta introdução, uma impressão inicial, à luz da dogmática moderna, de que a atividade dos juízes e, por via de consequência, os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (civil law), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina.

Na verdade, como bem asseverado, uma teoria da argumentação jurídica que porventura deixe de considerar a relevância dos precedentes judiciais perderia um dos mais característicos aspectos da justificação jurídica. Atualmente, "mesmo na lei continental européia, a importância – ao menos a importância *de fato* – dos precedentes é reconhecida por todos os lados. O que é disputado é sua posição teórica. A disputa se concentra acima de tudo na questão de se pelo precedente deve ser acordado o caráter de uma fonte de lei".¹⁶

14 Cf. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, tr. port. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo, Landy, 2001, p. 260.

15 Ronald Dworkin, *O império do direito*, tr. port. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 32; Jerzy Wróblewski, *Concepto y función del precedente en sistemas de statutory law*, Sentido y hecho en el derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, s/d., p. 227. Note-se que o § 1º-A do art. 557 do nosso CPC, introduzido pela Lei 9.756/98, tem a seguinte redação: "Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com *jurisprudência dominante* do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso". Em diversas ocasiões, criticando a infeliz expressão *jurisprudência dominante*, tivemos a oportunidade de questionar qual teria sido a verdadeira intenção do legislador: *jurisprudência qualitativa ou quantitativamente dominante*?

16 Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 258.

Antes de ser enfrentado esse ponto fundamental, é necessário lembrar que a locução *fonte do direito*¹⁷, no campo do discurso jurídico, tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito. Assim, pelo ângulo da história, fala-se em *fonte de cognição* para indicar tudo aquilo de que se pode valer o estudioso para conhecer o direito de uma determinada experiência jurídica do passado ou o *locus* onde ele se revela. Tanto um texto epigráfico (inscrição em pedra) pode servir de fonte como um poema antigo ou mesmo uma epístola de cunho particular estampada em um papiro egípcio.¹⁸

A ciência jurídica tradicional, por outro lado, designa como *fontes formais de produção do direito* os modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, as *formas de expressão do direito*.¹⁹ Todo ordenamento jurídico, enquanto sistema

- 17 Tenha-se presente que essa expressão, de emprego generalizado, encerra flagrante ambigüidade. Anota, a propósito, Enrico Paresce (*Fonti del diritto (filosofia)*, Enciclopedia del diritto, 17(1968):893-894) que se for mantido o significado físico originário da metáfora, "segundo a implícita presunção paralela com os processos de produção do direito, não se pode deixar de frisar a ambigüidade, ou melhor, a inadequação deste significado no campo do direito". Aduz, ainda, que "Petrazzky, utilizada pelos juristas. 'A doutrina das fontes' – ele diz – 'irrompe indefensável contra a crítica científica e é inclusive curiosamente anormal sob a ótica da lógica elementar... As fontes do direito (costume, leis, etc.) não são fontes, mas são o próprio direito. A referida locução deve ser abolida e substituída por outra, qual seja, *doutrina do direito positivo e de suas espécies e variedades*'...". V., igualmente nesse sentido, Vezio Crisafulli, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, Enciclopedia del diritto, 17(1968):926), que, em substituição à locução *fontes do direito*, prefere falar em *fontes de validade das normas*... Cf., também, Alessandro Baratta, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, t. 20, n. 1, 1990, p. 194: "fonti di validità".
- 18 V., nesse sentido, Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, Ed. RT, 1996, pp. 27-28, com o esclarecimento de que as *fontes de cognição*, nesse contexto histórico, classificam-se "em fontes técnicas: aquelas propriamente jurídicas, oficiais ou privadas; e em fontes atécnicas: constituídas pelas obras literárias ou escritos de natureza particular. *Primárias* são as fontes mais importantes, uma vez que retratam fielmente, sem qualquer deformação, a legislação e a atividade negocial da época. *Secundárias* ou *derivadas* são as que permitem, por método indutivo, chegar-se o mais próximo possível do texto original. As fontes de cognição, quanto à sua natureza, podem ser catalogadas em jurídicas ou literárias, e, sob, o aspecto formal, podem ser documentais (*stricto sensu*), epigráficas ou papirológicas". Saliente-se, outrossim, que no campo da exegese das fontes romanas, "havendo suspeita de manipulação (adição, supressão ou atualização) de um determinado texto, diz-se que ocorreu interpolação..." (*op. et loc. ult. cit.*).
- 19 Verifica-se que, comumente, é feita a distinção entre estas e as *fontes materiais*, isto é, os fatores ou poderes sociais e culturais (e. g.: formas de dominação e ideologias) e as exigências históricas que determinaram o processo de formação normativa. Para Julio Cueto Rua, *fontes materiales* "serían todos aquellos factores reales que gravitan sobre el ánimo de los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos, inclinando su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear una norma jurídica" (*Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 26).

de normas, encerra uma estrutura tanto quanto possível harmônica. Elementos normativos e não-normativos devem guardar intrínseca relação entre si. E, por essa razão, o direito positivo, sob a ótica dinâmica, vem disposto segundo regras de coordenação que visam a conferir estrutura ao ordenamento.²⁰

Já as regras de subordinação, dotadas de eficácia normativa, segundo um elenco genérico e tradicional, são: a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do direito. É certo que o grau de relevância hierárquica das fontes está condicionado ao valor que lhe é conferido conforme o sistema jurídico e, no âmbito de um mesmo sistema, segundo o ramo do direito. Aliás, "por isso é que o sentido de uma fonte varia objetivamente consoante a ordem em que se integra".²¹

Há consenso entre os juristas de época contemporânea quanto às dificuldades para a construção de uma "teoria das fontes", circundada pela árdua questão de saber o que constitui o direito *como direito*; justamente a "questão de saber como a *validade* encarna na realidade social-histórica, adquirindo vigência, mais exatamente adquirindo o modo de ser próprio do direito".²²

É certo que as reações da realidade influenciam a experiência jurídica e, por via de consequência, deformam a hierarquia pré-determinada das fontes. A esse notável fenômeno não pode, à evidência, restar estranha a obra da ciência do direito, mais especificamente da *dogmática*, entendida como uma complexa atividade, na qual cabe distinguir essencialmente os seguintes escopos: a) o de fornecer uma análise conceitual e de propiciar o conhecimento sistemático da lei em vigor; e b) o de elaborar propostas para a solução dos dilemas jurídicos e superação dos paradigmas e, ainda, de fornecer critérios para a aplicação do direito.

Na verdade, a problemática que decorre da natureza e da hierarquia das fontes transcende a vontade do legislador (o vetor legislativo é insuficiente para solucioná-la), sendo uma questão que se encarta na teoria e na metodologia do direito. Por exemplo: o não reconhecimento expresso pela lei da doutrina como forma de expressão do direito não tem "poder de exclusão". E o mesmo ocorre com

20 Exemplo de regra estrutural – como bem esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Introdução ao estudo do direito*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 165) – “é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou o da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que dispõe especificamente)”.

21 José de Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*, cit., p. 239.

22 Cf. J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 10ª reimpr., Coimbra, Almedina, 1997, p. 153.

outras fontes, como o costume ou a jurisprudência. Tudo dependerá da opção que for feita pelo intérprete por uma ou outra das denominadas teorias das fontes.²³

É provável que, por essa fundamental razão, inúmeros autores modernos têm sentido menor receio em ampliar o estudo de comparação jurídica (de estabelecer um «diálogo»...) entre os sistemas do *common law* e do *civil law*. Não é preciso frisar que realmente existem profundas discrepâncias acerca das matrizes teóricas do direito europeu-continental e do direito anglo-americano e, por via de consequência, entre os seus respectivos fundamentos. Não obstante, “na realidade da praxe jurídica, ou seja, no que se refere à interpretação e à aplicação do direito, essa presumida diferença não joga qualquer papel determinante... As duas faces da decisão judicial – autoridade e razão – estão estritamente ligadas: uma legislação e uma jurisprudência constantemente irracionais perderiam toda autoridade, mas um pensamento jurídico racional, revestido portanto de autoridade, deve transpor-se à decisão. Na teoria do direito europeu-continental o acento mais forte é colocado sobre o elemento da autoridade, naquela anglo-americana, sobre o elemento da razão. Na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes do *common law*”.²⁴

É, pois, nessa seara que se insere a questão da eficácia do precedente judicial no quadro das fontes de expressão do direito no âmbito dos ordenamentos de países que adotam legislação escrita e codificada.

Por paradoxal que possa parecer, vem assinalado que, sob o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos precedentes persuasivos, precedentes com eficácia vinculante, sendo certo que entre estes sobressaía a jurisprudência de cortes superiores (precedentes verticais), como, e. g., os arrêts de règlement do Parlamento francês; os julgamentos das “causas maiores” da Rota Romana, da Itália pré-unitária; o regime de *assentos* da Casa da Suplicação em Portugal; o *prejulgado* trabalhista no Brasil; e, ainda hoje, o controle exercido pelo Tribunal Constitucional espanhol sobre as decisões que contrariam precedentes judiciais; e a inusitada regra constante do art. 1º, al. 2, do Código Civil suíço, que outorga ao juiz, diante de lacuna da lei, o poder de criar a regra aplicável ao caso concreto.

Na experiência jurídica anglo-americana, pelo contrário, o direito jurisprudencial destacou-se do direito consuetudinário somente em época relativamente

23 J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, cit., p. 159; Paresce, *Fonti del diritto (filosofia)*, cit., p. 924.

24 Martin Kriele, *Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano*, La sentenza in Europa, cit., p. 517.

recente, e, ademais, a teoria do precedente vinculante (*binding precedent*) desenvolveu-se integralmente apenas no século XIX.

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 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 do *common law* são os juízes; os protagonistas do direito romano, pelo contrário, foram sobretudo os jurisconsultos e a chancelaria imperial, que também atuavam mediante a observância do método casuístico".²⁵

Muitos séculos depois, a partir de célebre e polêmico escrito, reiterado no *Sistema di diritto romano attuale*, Savigny tinha absoluta convicção de que, ao lado da lei e do costume, a atividade dos juristas (*Juristenrecht*) – direito jurisprudencial (teórico e prático) – a par de contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica, constituía importante fonte de direito.

Afirmava mesmo, que, "na origem, todo o direito positivo é direito popular, e que ao lado desta produção jurídica originária encontra-se (inclusive nos tempos mais antigos) a legislação como complemento e apoio. E, depois, pela progressiva evolução do povo, ao direito popular se agrega a ciência do direito... O direito evolui bom e normal somente quando as suas forças de produção operam harmonicamente em conjunto, sem que atuem de modo isolado... Este íntimo liame da legislação e da ciência jurídica com o direito popular, que constitui a base daquela, torna-se sempre mais necessário examinar para descobrir diligentemente a natureza do conteúdo do direito".²⁶

Ora, 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".²⁷

Além disso, a máxima jurídica que é extraída da decisão anterior e que, como visto, constitui efetivamente o "precedente", sofre um tal processo de generalização que se insere em uma categoria de dogma dotado de extensão lógica. Desse

25 Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 38.

26 *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. Vittorio Scialoja, v. 1, Torino, Utet, 1886, pp. 72-73.

27 Cf., nesse mesmo sentido, Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 259; Andrés Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, s/ed., 1989, pp. 75-76.

modo, o caso concreto julgado passa a ser apenas um *exemplum* dentro de um conjunto genérico de casos.²⁸

É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros.²⁹

Assim, o que se pretende enfatizar, ao longo da tese, é que, a rigor, o *common lawyer* e o *iuris peritus*, este forjado na tradição do direito romano, procediam, no passado, e procedem, no presente, guardadas as devidas fronteiras e feitas as necessárias ressalvas, exercendo um raciocínio não muito diverso.

Constata-se realmente que, considerado o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo do *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*.

As duas técnicas extremas de argumentação jurídica, considerando-se os métodos de pensar que remontam a Aristóteles e a Cícero, classificados em *axiomático dedutivo* e *tópico*, podem perfeitamente ser aproximadas. O modo de pensar tópico surge como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo, do qual a geometria de Euclides é o emblema mais eloqüente do passado.

Uma elaboração jurídica que se serve dos *topoi* ("depósitos de argumentos") não pode renunciar ao pensamento dedutivo. Ainda que chegue às premissas por uma via indutiva, sua aplicação ao caso concreto deve ser feita mediante dedução lógica.

A tópica, isto é, a "arte de achar os argumentos", procura, portanto, as premissas que não sejam passíveis de dedução; a lógica, pelo contrário, as elabora em forma de silogismo. Afirma-se, pois, que o método jurídico de pensar que se vale do tópico não dispensa o pensamento dedutivo.³⁰

28 Julio Cueto Rua, *Fuentes del derecho*, cit., p. 131.

29 Cf. Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, tr. port. Maria Cristina G. Cupertino, São Paulo, Landy, 2002, p. 156.

30 Max Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, tr. esp. Juan Miquel, Facultad de Derecho de Valladolid, 1964, p. 14.

3. Objeto e delimitação cronológica da tese

Centra-se aqui então o nosso propósito de oferecer ao direito atual a compreensão de sua retrospectiva, no que toca ao importante papel desempenhado pelos personagens incumbidos de dizer o direito, nas mais diversificadas situações individualmente consideradas, e de construir, ao longo dos tempos, pela solução dada em cada caso concreto, o próprio ordenamento jurídico.

O nosso ponto de partida, voltado ao enfoque histórico do precedente judicial como forma de expressão do direito, será o cenário jurídico dos romanos, desde os fins da época republicana, em que se torna possível flagrar alguns textos jurídicos e outros provenientes da literatura retórica, nos quais tudo indica que a *interpretatio* dos órgãos judicantes servia de *exemplum* para decisões subseqüentes.

Será igualmente objeto de análise minudente a percepção de Cícero, concernente aos elementos de formação do *ius civile* – dentre eles as sentenças judiciais – que, por certo, constitui a primeira tentativa de classificação das fontes do direito.

Iremos observar que as veredas históricas do direito romano, derivadas das sucessivas reformas políticas: da República ao Principado, e deste ao Dominato, determinaram profundas transformações na organização judiciária e, como consequência, nas formas de expressão do direito.

A investigação passará a ter como foco, no que toca ao tema examinado, as fontes clássicas, em especial a casuística das constituições imperiais (*leges*) e dos pareceres dos juristas (*iura*) dessa época de esplendor, para passar ao período justinianeu, no qual se encerra, com o *Corpus Iuris Civilis*, a milenar produção da *scientia iuris* dos romanos no ocidente. Para completar o estudo das fontes jurídicas romanas será ainda examinada a legislação bizantina que germinou no oriente.

Desenvolve-se então a matéria em um arco temporal que abrange praticamente todas as etapas mais importantes da história do direito ocidental, a partir da notável codificação de Justiniano, seguindo-se a pesquisa, em um relance, na legislação romano-visigótica, para mergulhar no estudo das fontes do direito comum, que foram recepcionadas em todo o território do Velho Continente.

As vicissitudes do direito hispano-lusitano constituem pólo de subseqüente atenção, especialmente a investigação das importantes compilações, coevas à saga dos descobrimentos: *Siete Partidas*, Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas, Código Sebastiãoico, Ordenações Filipinas e legislação absolutista do século XVIII.

As raízes históricas da teoria do *stare decisis* passam então a ser destacadas, sobrelevando-se as peculiaridades que determinaram a sua ruptura com a tradição do direito romano-canônico.

Prossegue a pesquisa, após traçar os fundamentos do positivismo jurídico, e já nos alvares do jusnaturalismo, enfocando a consistente contribuição dada pela Escola Histórica, em particular, por Savigny, em prol do reconhecimento da fecundidade da atuação judicial para a evolução do direito; chegando até os dias atuais, nos quais, como é notório, a produção jurisprudencial, antecipando-se, em muitas situações, à própria lei, tem granjeado relevância vital como fator de complementação e aperfeiçoamento das mais diversificadas legislações.

Culmina a tese com a síntese do perfil histórico e moderno dos precedentes judiciais na experiência jurídica brasileira, aludindo-se, inclusive, à tormentosa questão da denominada *súmula vinculante*.

À guisa de conclusão, vem examinada a importância da iteração das decisões jurisdicionais na teoria da argumentação jurídica de época contemporânea.

Partindo-se da premissa de que o precedente é uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, e que apresenta características próprias em diferentes legislações, apresentamos, por fim, um esboço de uma *teoria geral* do precedente judicial.

2. Fontes republicanas

2.1. Sobre a produção da jurisprudência nacional

SUMÁRIO: 1. Consideração preliminar. 2. Fontes republicanas: 2.1. Secularização da jurisprudência romana. 2.2. Características da sentença e "poder criativo" do iudex. 2.3. Interpretatio do tribunal dos centúviro. 2.4. Relevância do precedente na praxe judiciária. 3. Fontes clássicas: 3.1. Auctoritas imperial como fundamento da iurisdictio principis. 3.2. Atividade normativa e jurisdicional do princeps. 3.3. Constituições imperiais como precedente persuasivo. 3.4. Eficácia vinculante do ius respondendi ex auctoritate principis. 3.5. Precedentes judiciais na prática judiciária do Egito romano. 4. Fontes pós-clássicas: 4.1. Declínio da scientia iuris. 4.2. Valor da jurisprudência clássica como precedente. 4.3. Lei das citações. 4.4. Hierarquia das fontes no Código Teodosiano. 5. Fontes justinianéias: 5.1. Imperador solus legislator et interprete iuris. 5.2. Jurisprudência uniforme e constante. 6. Fontes bizantinas: 6.1. Eficácia persuasiva dos precedentes judiciais.

1. Consideração preliminar

É importante ter-se presente que a rica e complexa dimensão da história política de Roma acarretou alterações de significativo impacto na organização judiciária e na composição hierárquica dos órgãos judicantes. Devido a essa circunstância, torna-se praticamente impossível reconstruir, de modo sistemático, o perfil histórico das formas de produção do direito e, em particular, do valor persuasivo dos precedentes judiciais ao longo da experiência jurídica romana.

Procuramos, não obstante, seguir a trilha cronológica, enfrentando, como ponto de partida, as fontes dos fins da República, e assim sucessivamente, com a divisão deste capítulo em cinco partes, a saber: 1. *Fontes republicanas*; 2. *Fontes clássicas*; 3. *Fontes pós-clássicas*; 4. *Fontes justinianéias*; e 5. *Fontes bizantinas*.

2. Fontes republicanas

2.1. Secularização da jurisprudência romana

A praxe jurídica na *civitas* romana em seu período de formação, ainda de organização arcaica, era influenciada pela religião. Em uma comunidade rústica, imbuída de sentimento místico, vinha atribuída aos pontífices a tarefa de emitir pareceres e cuidar das questões mais importantes do *ius civile*.¹

¹ Pompônio, D. 1.2.2.6 (*l. sing. Enchiridii*): "... A ciência da interpretação e as ações processuais relativas a estas normas eram patrimônio do colégio de pontífices..." (= "*interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant...*"). Anote-se que os fragmentos de Pompônio, extraídos da obra *Enchiridion* e que foram recolhidos no Digesto, constituem fonte de inestimável valor para

Nasce assim em Roma a jurisdição como atividade de *ius dicere* exclusiva dos pontífices, vocacionada ao regramento de fórmulas negociais e a disciplinar a autotutela dos litigantes.

Essa a razão pela qual a estrutura jurídica da *legis actio sacramento in rem* – o mais antigo instrumento romano de tutela processual – era muito formalista, sobretudo com a intervenção de uma casta de sacerdotes detentora do monopólio do conhecimento do direito, que, auxiliando o *rex*, ditava o comportamento dos cidadãos, bem como o solene ritual a ser observado pelos demandantes.

Não é possível desprezar, pois, a íntima interação entre direito (*ius*) e religião (*fas*) nos primórdios de Roma. O que parece certo é que o *rex*, único depositário da *potestas publica*, reunia em suas mãos, por força de seu *imperium*, além dos poderes militares e religiosos, poderes civis, legitimando-o a julgar, com o auxílio do colégio pontifical, em primeira e última instância.²

Pressupondo então que o processo civil arcaico, do período das *legis actiones*, desenrolava-se integralmente diante de uma única autoridade – o *rex*, *magister populi* –, com o andar dos tempos, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tornam-se sempre mais intrincados e numerosos, fator esse determinante da criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais.

Assim, à predominância desfrutada durante mais de dois séculos pelos sacerdotes, opuseram-se, nas derradeiras décadas da Realeza e na sucessiva constituição política republicana, os magistrados públicos (*magistratus publici populi romani*).³

o conhecimento do direito da época arcaica, dada a escassez de dados relativos a esse período mais antigo, que é demarcado a partir dos primórdios da história de Roma até a Segunda Guerra Púnica (241 a. C.). V., a respeito, Mario Bretonne, *La fondazione del "ius civile" nel manuale pomponiano*, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Roma, ESI, 1971, pp. 161 ss.; Guglielmo Nocera, *"Iurisprudencia". Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni, 1973, pp. 11 s. Schulz afirma que, embora os antigos documentos se perderam no incêndio provocado pelos gauleses no ano 387 a.C., a reconstrução das regras pela memória não deve ter sido muito difícil. No entanto, da própria reconstrução não temos informações diretas; elas chegaram até os nossos dias, não em sua configuração original, mas por intermédio da literatura jurídica de época bem posterior (*History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon, 1946, p. 35).

2 Consulte-se, a respeito, Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 41-42.

3 Consoante o testemunho de Dionísio de Halicarnasso (4.25), perdendo terreno o elemento religioso com a progressiva laicização do direito e com o incremento quantitativo da prática judiciária, o Rei Sêrvio Túlio (578-534 a.C.) teria desmembrado a justiça em pública (reservando para si o *imperium* sobre as causas de conotação penal – *iudicia publica*) e privada. Cf. Cruz e Tucci, *Jurisdição e civil romano*, cit., pp. 16-17; Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 42-43.

Ademais, para atender a exigências sociais, em particular a *aequatio iuris* postulada pela plebe, a Lei das XII Tábuas consolidou, por escrito, os antigos costumes (*mores*).

Supõe-se mesmo que as normas contidas nesse importante monumento legislativo, em vigor a partir de 455 a.C., resultavam de regras já conhecidas na prática por força da *interpretatio* dos costumes pelos pontífices. Assim, apenas para ilustrar, tenham-se presentes as normas relativas ao procedimento da *in ius vocatio*, à sucessão dos agnados e dos gentis na ausência de testamento, à *aucto-ritas* na *mancipatio*, ou, ainda, à sanção da perda da *patria potestas* imposta ao pai que vendesse o filho por três vezes. Essas normas, na verdade, fornecem-nos um importante subsídio para o conhecimento da jurisprudência de época arcaica, construída pelo *rex* e pelos pontífices, e ainda da técnica de abstração e simplificação pela qual as disposições vinham sintetizadas em regras de aplicação geral.⁴

Verifica-se, desse modo, que, a partir do momento no qual o direito escrito outorga certeza ao *ius civile*, as fórmulas negociais e de regência dos procedimentos judiciais deixam de ser monopólio exclusivo dos magistrados, então únicos detentores do "saber jurídico", e inicia-se um processo de secularização da jurisprudência.

Ampliado o conhecimento do direito, surgem, segundo a tradição, as primeiras obras escritas por Appio Cláudio Cieco (cônsul em 307 e 296 a.C.) e seu escriba Gneo Flavio (edil curul em 304 a.C.), bem como a praxe de dar pareceres em público, introduzida por Tibério Coruncanio, primeiro pontífice máximo plebeu (meados do sec. III a.C.).

Igualmente, importante fator de avanço do direito de época republicana foi a instituição do pretor urbano (*leges Licinia Sextiae* – 367 a.C.) e, em seguida, do pretor peregrino, em 242 a.C., entre os quais havia uma competência exclusiva na própria esfera de atuação, determinada pelo estado pessoal dos litigantes.⁵

4 Cf., nesse sentido, Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 20-21. Ocorria, assim, "uma espécie de movimento circular: as máximas consuetudinárias, entendidas como fórmulas admitidas pela sociedade, traduzem-se em formulações preceptivas das 'decisões judiciais' régias; estas, embora exaurindo a sua eficácia no caso concreto, passam a fazer parte em um certo sentido de uma experiência jurídica ainda eminentemente 'fatual', introduzindo a idéia de que esta deve desenvolver-se de conformidade com certas 'regras'; mas esta experiência pode também em qualquer momento vir 'refiltrada' e alimentada por meio de novas decisões, as quais, não estando necessariamente subordinadas a um valor vinculante das 'precedentes', podem pouco a pouco adequarem-se a novas situações e necessidades" (Orestano, *I fatti di produzione normativa nell'esperienza giuridica romana*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 169).

5 V., sobre estes importantes magistrados, Alan Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon, 1974, pp. 31 ss.; Feliciano Serrao, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Milano, Giuffrè, 1954, *passim*.

mesma experiência jurídica romana, cuja unidade permaneceu preservada por obra dos juristas".¹⁰

É de salientar-se que toda essa evolução se complementa no derradeiro século da época republicana.

2.2. Características da sentença e "poder criativo" do iudex

No âmbito do sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, abrangente dos dois primeiros períodos do processo civil romano: o das ações da lei e o formular -, após a bipartição do procedimento e sobretudo após a criação do pretor urbano, o processo se iniciava diante do pretor (detentor da *iurisdictio*), incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da controvérsia; e, em seqüência, *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, o qual, assistido por um *consilium* integrado por membros de sua confiança, tomava conhecimento do litígio a ele submetido e julgava soberanamente em nome do povo romano.

Anote-se que a fase *apud iudicem* ou *in iudicium*, nos litígios promovidos por romanos contra estrangeiros, visando à recuperação de bens saqueados pelo inimigo e, mais tarde, nas questões de natureza possessória, desenrolava-se diante do tribunal dos *recuperatores*, que exerciam a sua atividade de forma mais simples e expedita.

As demandas sobre sucessão hereditária, pelo contrário, eram julgadas pelo tribunal dos *centumviri*.¹¹

Apesar da precariedade das fontes, pode-se afirmar com certa segurança que, nas ações de conhecimento, a sentença tinha natureza de provimento meramente declaratório, uma vez que o *iudex*, após analisar os argumentos e as provas produzidas pelos litigantes, restringia-se a proclamar a procedência ou não da pretensão do autor: "*si paret..., condemnato, si non paret, absolvito*".

Nos tribunais dos *recuperatores* e dos *centúnviro*s a sentença resultava da deliberação da maioria de seus componentes.

No mais das vezes, como revelam as fontes, o ato decisório era oral, não significando, contudo, fosse esse um requisito formal. Considerando-se a sua estrutura, a sentença não continha fundamentação, até porque o *iudicium* encontrava-se atrelado aos termos da fórmula que havia sido elaborada pelo pretor.¹²

10 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 32.

11 V., a respeito dos órgãos judicantes no âmbito do *ordo iudiciorum privatorum*, Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 54-55.

12 V., a respeito, Matteo Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e "precedenti" nel processo privato romano*, *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, cit., pp. 23-24.

Acrescente-se que aqueles que exerciam a função de *iudex*, escolhidos no *album iudicum*, não eram especialistas em direito e estavam circunscritos aos limites do parecer do jurista (pretor) especificado na fórmula.

Realmente, quem detinha a faculdade de dizer o direito (*ius dicere*) eram os pretores. Segundo importante passo de Pompônio, ao contemplar as derradeiras décadas da República: "os magistrados administravam a justiça e emanavam os editos para que os cidadãos soubessem qual direito estes aplicavam em cada caso. Estes editos dos pretores construíram o direito honorário: chama-se honorário porque deriva do cargo [*honor*] do pretor".¹³

Assim, distinguindo o *ius honorarium* do *ius civile*, outro conhecido jurista clássico encarrega-se de esclarecer que: "o direito civil é, pois, aquele que deriva das leis, dos plebiscitos, dos senatusconsultos, dos decretos dos imperadores, da autoridade dos juristas. O direito pretoriano é aquele que os pretores introduziram para auxiliar, suprir ou corrigir o direito civil em razão do interesse público; o qual também se chama honorário à vista do cargo do pretor".¹⁴

Diante dessa abrangente descrição da atividade dos pretores, torna-se mais do que evidente que o *iudex* não possuía qualquer margem para «criar direito». Essa circunstância, a rigor, impossibilitava a que os juízes fizessem expressa referência a precedente julgado.

Frise-se, outrossim, que o direito romano, em todos os seus momentos históricos, jamais reconheceu valor vinculante, *ad futurum*, às sentenças já proferidas em casos concretos. É evidente que esse fato não poderia subtrair a autoridade dimanada de uma série de decisões proferidas em senso convergente como instrumento de interpretação ou mesmo de persuasão.

Tomando como base esse pressuposto, a historiografia moderna tem procurado demonstrar, a partir de uma nova percepção das fontes, que, com a evolução do *ius honorarium*, a fórmula se apresentava ao juiz como um documento oficial repleto de significado técnico-jurídico, que deveria ser examinado e confrontado com os fatos da causa, à luz das provas produzidas, antes de proferir o veredito. E, portanto, a interpretação judicial não podia deixar de ter repercussão em casos futuros.

13 D. 1.2.2.10 (I. sing. *Enchiridii*): "Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quesique dicturus esset, seque premunirent, edicta proponebant, quae edicta praetorium ius honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat".

14 Papiniano, D. 1.1.7, pr. e 1 (I. 2 *definitionum*): "Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. 1: Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum".

Em uma importante situação concreta, na qual estava sendo pela primeira vez aplicada uma fórmula emitida pelo pretor Lúculo, em 76 a.C., com o intuito de reprimir o *dolus malus*, Cícero chegou a advertir o juiz no sentido de que a respectiva decisão era fundamental para futuras demandas.¹⁵

Sob diferente enfoque, infere-se também que os pareceres emitidos pelos juristas mais antigos gozavam de certo valor como precedente, uma vez que poderiam influir na convicção do juiz.

Seguindo, com efeito, conhecida narração de Aulo Gélío, extrai-se que, desempenhando ele a atividade de *iudex*, instaurou-se um processo no qual um cidadão reclamava certa quantia resultante de mútuo, sendo que o réu afirmava já ter pago. O autor, pessoa que gozava de comprovada idoneidade, não produzia qualquer prova que certificasse o fato então alegado. O demandado, por sua vez, tinha fama de espertalhão e reputação discutível. O seu advogado insistia a Gélío que o demandante provasse como de costume, isto é, por meio de documento ou testemunha, a existência da dívida; caso contrário, deveria absolver o cliente e condenar o autor por ter cometido calúnia. Diante do impasse, Gélío determina a suspensão do processo e reúne-se com o seu *consilium*. Expondo o caso ao filósofo Favorino, pergunta-lhe se ele, no papel de juiz, poderia julgar com base no conhecimento privado ou estava obrigado a cingir-se aos elementos de convicção constantes do processo. Favorino, então, respondendo à indagação, invoca antiga opinião difundida, em questão análoga, pelo jurista Marco Porcio Cato (falecido em 152 a.C.), segundo a qual se um sujeito pretende alguma coisa de outrem, se os litigantes têm a mesma dignidade social e não produziram qualquer prova em abono de suas alegações, deve-se acreditar na versão daquele contra o qual foi formulada a pretensão, por força do princípio "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*". Não obstante, Favorino sustentou a condenação do réu que não granjeara estima social. Todavia, retomando curso o processo, Gélío, a despeito de reputar correto o precedente parecer do referido jurista, não se sentiu seguro para proferir sentença com base em um juízo puramente moral e, por isso, afastou-se do processo, com a pronúncia de *non liquet*, sempre possível nos quadrantes do processo formular.¹⁶

Delineia-se ainda possível individuar, no âmbito do sistema do *ordo*, especialmente do processo *per formulas*, uma liberdade de interpretação facultada

15^o *Pro Tullio*, 36: "Por essa razão, a sentença esperada não irá definir uma única causa, mas sim decidir para todas..." (= "*Hoc iudicium sic expectatur ut non unae rei statui, sed omnibus constitui putetur...*").

16^o *Noites Áticas*, 14.2.25. V., a respeito, Umberto Vincenti, *Duo genera sunt testium. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, Cedam 1989, pp. 99-100; Pietro De Francisci, *La prova giudiziale (a proposito di Gellio, N. A., 14.2)*, *Helikon*, 4(1961):591-601; Cruz e Tucci, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 126-127.

aos juízes nos *iudicia bona fidei*, originados de contratos consensuais, nos quais, em virtude da redação da *intentio* na fórmula, mais ampla e flexível, possibilitava-se dilatada valoração do direito subjetivo em litígio, nas demandas, e. g., pro *socio*, *mandati* e *negotiorum gestio*.

Anote-se que a construção dos quatro importantes contratos consensuais – compra e venda, arrendamento, sociedade e mandato – no ordenamento romano deveu-se à praxe das ações de boa-fé.¹⁷

Com efeito, “visando a renovar o direito das obrigações nos últimos dois séculos da República, vem outorgado ao *iudex* o encargo de decidir segundo a boa-fé e, portanto, de aplicar tal critério geral. Dessa forma, em tais limites, o juiz poderia ‘criar normas jurídicas novas’”.¹⁸

É o que, por exemplo, ocorria em relação à compensação, como forma de extinção das obrigações. Gaio reconhece, com absoluta clareza, que, «em todas as fórmulas de boa-fé, o juiz tem a liberdade de proceder ou não à *compensatio*, uma vez que esta não decorria dos termos explícitos da própria fórmula, mas provinha do fato de que o *iudicium* era de boa-fé, e a valoração desta encontrava-se inserida no *officium iudicis*”.¹⁹

Assim também, as presunções guardam estreita imbricação com a atividade judicial no momento de ditar a sentença. Sob o ponto de vista técnico, a *praesumptio* constituía “uma espécie de dado fictício que, sem dúvida, deveria ser considerado ao ensejo da formação da *opinio iudicis*”.²⁰

2.3. Interpretatio do tribunal dos centúviro

O tribunal dos centúviro, instituído em 241 a.C., gozava de relevante importância política, porque, como visto, detinha competência para julgar as causas atinentes ao inventário dos bens deixados *mortis causa* e à proteção do vínculo agnático.

17 Cf. José Luis Murga Gener, *Derecho romano clasico II: el proceso*, Universidad de Zaragoza, 1980, p. 242.

18 Umberto Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea (obra coletiva dir. Umberto Vincenti), Padova, Cedam, 1998, p. 10; John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 104.

19 Gaio, I, 4.63: “O juiz pode também não admitir compensação alguma; pois a medida não é recomendada expressamente nas palavras da fórmula; mas parecendo conveniente realizar a compensação, nas ações de boa fé, considera-se a faculdade de determiná-la inerente ao ofício do ‘juiz’ (= “*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*”). Cf., a propósito, Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 45-46.

20 Murga Gener, *Derecho romano clasico*, cit., p. 318.

O antigo *ius civile*, consolidado na Lei das XII Tábuas, concedia ampla liberdade ao testador para dispor de seus bens. Essa regra, segundo testemunho de Cícero, teria sido modificada pelo tribunal centunviral: "Mas se todos os casos – eu não falo somente dos mais vulgares, mas de casos importantes – podem oferecer questões de direito civil, que instigam um advogado, ousaria ele delas se ocupar sem conhecer as leis? Qual causa seria mais grave do que aquela de um soldado, que tivesse sido falsamente anunciado como morto ao exército? O pai, surpreendido com essa notícia, faz um novo testamento, institui um herdeiro e morre. O soldado, no retorno, traz o caso para o tribunal dos centúnvios, e reclama a herança paterna, da qual não se trata de examinar a hipótese de um filho ter sido excluído da sucessão de seu pai, sem que tivesse sido nomeado herdeiro testamentário, ou tivesse sido formalmente deserdado".²¹

Mais tarde, observa-se que o caráter casuístico da restrição, imposta pela *interpretatio* dos centúnvios, passou a ser considerada pelos juristas posteriores como uma regra revestida de valor normativo.

Nesse sentido, comentando a obra de Quinto Mucio Scevola, Pompônio destaca: "Com estas palavras da lei das XII Tábuas: 'seja direito do modo que um tivesse legado sobre seus bens', parece que se atribuía latíssimo poder para instituir herdeiro, como para conceder legados e liberdades, e também para constituir tutelas; todavia isto foi restringido ou pela interpretação das leis ou por autoridade daqueles que instituem o direito".²²

Em suma: sugere tal ponderação que, das sentenças emanadas da corte centunviral, resultou consolidado o princípio de que se o filho viesse preterido pelo testamento, este deveria ser considerado inoficioso.

21 De orat., 1.38: "Quid? si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili; quod tandem os est illius patroni, quid ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis, de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset, et pater eius, re credita, testamentum mutasset, et, quem ei visum esset, fecisset heredem, essetque ipse mortuus: res delata est ad centumvirus, cum miles domum revenisset, egissetque lege in hereditatem paternam, testamento exheres filius. Nempe in ea causa quaesitum est de iuri civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim?".

22 D. 50.16.120 (l. 5 ad Quintum Mucium): "Verbis legis duodecim tabularum his: 'uti legassit suae rei, ita ius esto', latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi, sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium".

V., quanto à suspeita de interpolação desse fragmento formulada por Solazzi e à sua exegese no contexto que nos interessa, Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., pp. 38-42.

2.4. Relevância do precedente na praxe judiciária

As fontes literárias constituem importante subsídio para o conhecimento do direito romano, notadamente do início da época clássica, sendo certo que a obra retórica de Cícero delineia-se fundamental. Como advogado influente na vida quotidiana dos fins da República, as informações por ele fornecidas, são, de um lado, revestidas de grande cultura jurídica e filosófica, e, de outro, dotadas de importante cunho pragmático.²³

Procurando traçar os elementos que compunham o *ius civile* na realidade jurídica de sua época, Cícero elabora a primeira classificação técnica das fontes do direito romano de que se tem notícia.

Ao estabelecer a distinção conceitual entre "partição" e "divisão", expressa-se do seguinte modo: "E também as definições podem ser ou partição ou divisão; trata-se de partição quando o conceito a ser definido vem decomposto em seus elementos [*in membra*], assim, por exemplo, se alguém diz que o *ius civile* é o que se encontra nas leis, nos senatusconsultos, nas sentenças, na autoridade dos juristas, nos editos dos magistrados, no costume e na equidade".²⁴

Empregando, como se observa, o método retórico de individuação entre *partitio-divisio* e *genus-species*, Cícero insere as sentenças (*rebus iudicatis*) no rol das "partes" integrantes do direito positivo "com o mesmo valor normativo, no sentido de que em cada uma das *pars* se evidencia um aspecto particular do *ius civile*, visto em sua dimensão concreta e dinâmica, e não como conceito abstrato, fixado em uma dimensão unívoca".²⁵

Ora, não pode haver dúvida de que se faz passível de crítica o elenco alvitado por Cícero, uma vez que as sentenças jamais poderiam ter sido incluídas em uma definição de fontes do direito, porque despidas de valor normativo e, portanto, não vinculantes para as causas sucessivas.

Na verdade, é possível supor que a intenção de Cícero teria sido a de justapor todas as formas de manifestação do direito que concorriam à sua formação. Tudo

23 Consulte-se, sobre a vida e obra de Marco Tulio Cícero, o livro clássico de Emilio Costa, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, Zanichelli, 1927.

24 *Topica*, 5.28: "Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discernitur; ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris perituro auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat".

25 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 37.

leva a crer, pois, que a definição em exame é que teria provocado, desde a sua gênese, a já referida ambigüidade da expressão "fonte de direito".²⁶

Essa hipótese fica mais clara se observarmos que em outros discursos, a sentença judicial vem efetivamente considerada por Cícero como prova *inartificial*, isto é, como um *exemplum*, um precedente. O orador chega mesmo a aludir aos critérios mais produtivos para a citação dos precedentes perante o juiz.²⁷

Desse modo, o *exemplum* é colocado entre os instrumentos de convencimento do juiz, no contexto dos elementos de fato e de direito que fundamentam o caso (provas *inartificiales*), e distingue-se das meras argumentações lógica e jurídica excogitadas pelo orador (*provas artificiales*).

Nesse exato sentido, na *Rethorica ad Herennium*, afirma-se que: "Em uma causa que se fundamenta na analogia, deve-se procurar antes de mais nada as disposições escritas ou julgados proferidos em casos de maior importância ou,

26 V., nesse sentido, atribuindo a Cícero a paternidade da utilização da "fórmula metafórica fontes do direito", A. Castanheira Neves, *As fontes do direito e o problema da positividade jurídica*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 51(1975):123; Paresce, *Fonti del diritto (filosofia)*, cit., p. 892, nt. 8.

27 Cf. Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 39, que se reporta a Cícero, *De orat.*, 2.27: "Quanto às provas, elas são de duas sortes: umas não são imaginadas pelo orador; ele as encontra no exame do objeto e as faz valer por raciocínio; tais são: os atos escritos, os depoimentos das testemunhas, as convenções, os contratos, os interrogatórios, as leis, os senatusconsultos, os *julgamentos*, as decretos, os pareceres dos jurisconsultos, e outras coisas semelhantes, que o orador não inventa e que lhe são fornecidas pela causa em si mesma, ou pelo cliente. As outras provas consistem na discussão dos meios e na argumentação do orador. Assim, no primeiro caso, trata-se da utilização de material pronto; no segundo, é preciso mais, é preciso criar" (= "... *Ad probandum autem duplex est oratori subjecta materiae: una rerum earum, quae non excogitantur ad oratore, se in re positae, ratione tractantur; ut tabulae, testimonia, pacta, conventa, quaestiones, leges, senatusconsulta, res iudicatae, decreta, responsa, et reliqua, si quae sunt, quae non pariuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa, atque a reis referuntur: altera, quae tota in disputatione et argumenatatione oratoris collocata est. Ita in auperiore genere de tractandis argumentis, in hoc autem etiam de inveniendis cogitandum est*"). Remonta a Aristóteles a classificação entre as "provas da arte" (*písteis éntechnoi*) e "provas que não advêm da arte" (*písteis átechnoi*), admitidas na retórica dos romanos, respectivamente, como *probationes artificiales* e *probationes inartificiales*. Estas últimas excluía-se da arte do orador-advogado e respeitavam ao conjunto de fatos e de direito da causa. Conquanto o juiz romano não fosse um especialista em direito, devia conhecer ou aconselhar-se sobre as regras jurídicas, com a finalidade precípua de considerar as denominadas provas *inartificiales*. Cícero, *De orat.*, 2.144, catalogava, de fato, entre as provas "*quae non excogitantur ad oratore*" ("que não eram excogitadas pelo orador"), quase todas as fontes de direito (cf., nesse sentido, Giovanni Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, Piccin, 1985, p. 358. V., ainda, Mario Talamanca, *Il diritto in Grecia*, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma, Laterza, 1981, pp. 42-43).

ao menos, que sejam iguais. Em seguida, se o fato é semelhante àquele do qual se cuida, ou se dele difere...".²⁸

Na percepção do orador, a questão judiciária desponta absoluta, "sempre que se sustente a justiça de uma ação na qual se reconhece o autor, sem recorrer a nenhum meio acessório. Nesses casos, é preciso examinar se está fundada em direito: o que se poderia fazer, uma vez estabelecida a causa, quando se conhece as fontes do direito. Ou o direito deriva da natureza, da lei, do costume, dos julgamentos, da equidade, ou das convenções. O direito natural tem por base os liames de sangue ou de respeito; é a natureza que estabelece entre os pais e filhos o culto a uma afeição recíproca. O direito fundado sobre a lei é aquele que sanciona a vontade do povo, de modo tal que a lei os força a comparecer diante dela quando estiver determinado. O direito resulta do uso, desde que na falta de qualquer lei, o costume o consagre até torná-lo legítimo. Por exemplo, se vocês depositarem fundos em mãos de um banqueiro, podem reclamar do seu sócio. Resulta dos julgamentos, desde que incida sobre a mesma questão, uma sentença ou um decreto. Mas há julgados que se contradizem, segundo as decisões prolatadas por um juiz, um pretor, um cônsul ou um tribunal; pode ocorrer que, dentro de um mesmo caso, um se pronuncie de uma maneira contrária ao outro. Por exemplo: 'M. Druso, pretor da cidade, autoriza a ação intentada contra um herdeiro em decorrência de um mandato; S. Julio a recusa. O juiz C. Celio absolve o comediante que tinha se referido injuriosamente em cena ao poeta Lucilio, e P. Mucio condena aquele que tinha feito o mesmo com o poeta L. Acio'. Dessa forma, como podem se produzir dois julgados contraditórios sobre um mesmo assunto, é preciso, desde que essa situação se apresente, comparar em conjunto os julgamentos, os juízes, o tempo, o número de sentenças...".²⁹

28 2.12: "In causa rationali primum quaeretur, ecquid in rebus maioribus, aut minoribus, aut similibus, similiter scriptum aut iudicatum sit: deinde, utrum ea res similis sit ei rei, qua de agitur, an dissimilis". V., entre nós, sobre a obra anônima *Rethorica ad Herennium*, Aloísio Surgik, *Lineamentos do processo civil romano*, Curitiba, Livro é Cultura, 1990, p. 75.

29 *Rethorica ad Herennium*, 2.13: "Absoluta juridiciali constitutione utemur, quum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factam dicemus, sine ulla assumptione extrariae defensionis. In ea quaeri convenit, jurene factum sit: de eo, causa posita, dicere poterimus, si ex partibus ius conste, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. Natura ius est, quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur. Lege ius est id, quod populi iussu sancitum est; quod genus, ut in ius eas, quum voceris. Consuetudine ius est id, quod sine lege, aequae acsi legitimum sit, usitatum est; quod genus, 'id, quod argentario tuleris expensura, a sócio eius recte repetere possis'. Iudicatum est id, de quo sententia lata est, aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alii iudici, aut praetori, aut consuli, aut tribuno plebis placitum sit; et fit, ut de eadem re saepe aliud aliud decreverit, aut iudicaverit; quod genus: 'M. Drusus, praetor urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit; S. Julius non reddidit. Item, C. Coelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scena nominatim laeserat; P. Mucius eum, qui L. Attium

A exegese desse texto leva à conclusão de que se utilizava o precedente judicial para persuadir a convicção do juiz, a fim de que decidisse em senso análogo. Com tal escopo, deduz-se que o domínio do assunto pelo orador *ad Herennium* era patente, mormente quando considerado que: "a invocação do *exemplum* será tanto mais útil e eficaz quanto maior for a sua similitude com o caso a ser decidido; quanto mais forem próximos no tempo, e quanto maior for o prestígio do juiz da precedente decisão; ainda mais eficiente será a citação de um grande número de sentenças de idêntico conteúdo, sobretudo se o adversário não tiver a possibilidade de opor àquelas um número igual ou maior de sentenças que adotam orientação contrária".³⁰

Por outro lado, vem esclarecido que será contraproducente "invocar um julgamento, como precedente, se ele se refere a um objeto diferente ou a qualquer ponto que não esteja em discussão; ou, ainda, for de tal natureza que os adversários possam citar em contrário um número maior de sentenças ou que melhor se ajustam à causa".³¹

Vale anotar que toda essa técnica preconizada pela retórica, quanto à citação de precedentes decisões como fundamental subsídio de convencimento do *iudex*, é devida, com muita probabilidade, ao fato de que os juízes do processo formular não eram geralmente versados em direito. Entende-se assim como deveria ser importante mostrar ao julgador que, em momento anterior, outro órgão judicante já havia apreciado questão análoga e formado determinada convicção.³²

3. Fontes clássicas

3.1. *Auctoritas imperial como fundamento da iurisdictio principis*

É incontroverso que a data tradicional de 13 de janeiro de 27 a.C. marcou o fim do agitado período de crise da *respublica* romana e o início de uma nova era, a mais gloriosa e próspera da civilização romana.

poetam nominaverat, condemnavit'. Ergo, quia possunt res simili de causa dasimiliter iudicatae proferri, quum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numeris iudiciorum proferemus...".

30 Cf. Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 39.

31 *Rethorica ad Herennium*, 2.29: "*Res iudicata vitiose profertur, si aut dissimili de re proferatur; aut de ea re, qua de controversia non est; aut si improba; aut eiusmodi, ut aut plures, aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint*".

32 Cf., nesse sentido, Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e "precedenti" nel processo privato romano*, cit., p. 31: compreende-se ainda "come, negli scritti di retórica, la sentenza era considerata non solo utile *exemplum* ma anche, di più, elemento concorrente alla formazione del *ius*".

A estrutura da sociedade de Roma, no trânsito da República ao Principado, não sofreu transformações de natureza sócio-econômica; contudo, em razão dos graves distúrbios que se prolongaram por mais de um século, mister se fazia a instauração de uma nova ordem política em busca da *pax romana* no território do vasto império.³³

O esforço então exigido para o retorno da normalidade institucional culminou com a concentração de amplas prerrogativas nas mãos do *princeps*, cuja atuação suplantou inclusive a produção legislativa dos comícios e do senado, dando início a um processo de unificação das fontes do direito. As novas feições das instituições públicas, devidas às evidentes mudanças da realidade histórica, exerceram direta influência nos modos de revelação do direito, uma vez que as determinantes do mundo jurídico estavam agora sob uma única e exclusiva direção.

Não bastasse a concessão dos amplos poderes que, ao *princeps*, foram outorgados pelo senado, em nome do povo romano, a situação jurídico-constitucional de Otaviano Augusto resulta, outrossim, mais clara, se considerarmos a extensão da *auctoritas*, poder, aliás, que ele mesmo afirmava, na propaganda oficial de seu governo, ser o sustentáculo de toda a sua atuação como soberano.³⁴

Com efeito, a magnitude de tal prerrogativa bem demonstra o esforço dos juristas clássicos – primeiro Gaio e, em momento posterior, Ulpiano – de racionalmente tentarem conferir investidura legítima aos poderes do *princeps*.³⁵

É de concluir-se, pois, que as diretrizes traçadas pela política augustea se refletiriam sobre todos os campos do direito e, por via de consequência, sobre a organização judiciária.

Em 17 a.C., Augusto reorganiza o sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum*, então ainda em vigor, ao promulgar a *lex Julia privatorum*.

Como já tivemos oportunidade de asseverar, o detido exame do conjunto de circunstâncias relativas à edição dessa lei, que introduziu em definitivo o processo *per formulas*, em substituição àquele das *legis actiones*, demonstra que a fi-

33 Cf. Mario Mazza, *Lineamenti di storia del diritto romano* (obra coletiva dir. Mario Talamanca), Milano, Giuffrè, 1979, p. 415.

34 V. a transcrição das *Res Gestae*, 6.34.21 em Francesco De Martino, *Storia della costituzione romana*, v. 5 (reed.), Napoli, Jovene, 1971, pp. 246 ss., contendo inclusive a exposição da celeuma acerca desse importante documento. Consulte-se, ainda, Orestano, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Torino, Giappichelli, 1937, pp. 35-36, com o esclarecimento de que: "l'*auctoritas* va al di là della *potestas*, porquanto a reunião de todas as faculdades concedidas ao príncipe, mesmo tendo um valor mais amplo do que singularmente consideradas, era inferior àquele que representava o poder político dos soberanos a partir de Augusto.

35 V., a respeito das interpretações do texto da *lex de imperio Vespasiani*, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 27.

nalidade última de tal intervenção legislativa não foi apenas a de racionalizar o regramento processual vigente, mas certamente o desejo de diminuir a discricionariedade do pretor em relação ao maior número possível de controvérsias, incluídas, de modo especial, aquelas que se fundavam nas fórmulas do *ius honorarium*, inseridas ano após ano no edito pretoriano.³⁶

Essa reforma determinou ainda a unificação da instância, ou seja, com a intromissão da *cognitio extraordinaria* do *princeps* ou de seus delegados na apreciação de determinadas causas que, em princípio, careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal ("magistrado-funcionário").

Com a gradativa oficialização das instituições processuais, resultante da consolidação da *cognitio extra ordinem*, o magistrado, agora também juiz, passa a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença, a qual não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, uma atuação jurisdicional em que se descortinava a vontade do soberano.

As vantagens do novo procedimento, a maior autoridade conferida ao juiz e o abandono do formalismo, propiciaram a expansão da *cognitio*, chegando, em pouco tempo, a ser aplicada tanto na metrópole como nas províncias.³⁷

No segundo século do Principado, outrossim, a *interpretatio* dos juristas é enriquecida pelo desenvolvimento do pensamento jurídico nos círculos das duas escolas que haviam sido fundadas: a dos Sabinianos, por Caio Ateio Capítão, e a dos Proculeianos, por Antístio Labeão. A passagem da jurisprudência republicana à jurisprudência clássica "veio marcada pela personalidade de Labeão, cuja obra é caracterizada pela maturidade e por um refinado aperfeiçoamento do processo de elaboração racional do direito em forma problemática, iniciado por Quinto Mucio Scevola e Sêrvio Sulpício Rufo".³⁸

36 Cf., ainda, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 27, com lastro em Nicola Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, Giappichelli, 1980, p. 29.

37 Cf., nesse sentido, reproduzindo Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 140-141.

38 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 96-97. O procedimento lógico-heurístico utilizado por Labeão, com amparo na analogia, "revela que a sua obra constitui expressão completa da técnica de abstração, entendida não como instrumento para propor 'regras' reputadas definitivas e 'normas' para a solução dos casos futuros, mas como esquema de argumentação que permite a passagem da solução concreta a uma literatura problemática, na qual os resultados da interpretação prática vêm 'fixados' em 'máximas', que, em sua estrutura, apresentam implicações próprias do método casuístico" (cf. Letizia Vacca, *I precedenti e i responsi*

3.2. Atividade normativa e jurisdicional do princeps

À época de introdução do sistema processual *extra ordinem* não havia regras uniformes que disciplinassem a intervenção jurisdicional do *princeps* ou de seus magistrados. Em algumas questões não contempladas pelo *ius civile* ou não previstas no edito do pretor (*ius honorarium*) – como, v. g., fideicomisso, alimentos entre consagúneos -, o tribunal imperial julgava diretamente mediante *decreta*, compreendidos entre as *constitutiones principis*.

Em outras situações, em atenção à solicitação do juiz da causa ou a requerimento de uma das partes, o príncipe, também consultando o seu *consilium*, emitia um *rescriptum*, que servia de orientação para o juiz encarregado de dirimir a controvérsia.

Essa atividade irrompe cada vez mais crescente, à medida que o Principado se firmava, e transforma-se, na passagem do II para o III século d.C., em significativa fonte de expressão do direito. É bem de ver, contudo, que a ingerência do poder imperial não visava apenas a introduzir princípios jurídicos novos, mais consensuais com a realidade da sociedade romana, mas também tinha por finalidade interferir na esfera processual, com o intuito de subtrair o julgamento da lide de seu juiz natural.

Um primeiro problema que se coloca sobre esse tema diz respeito ao caráter vinculante das *constitutiones*.

Não se pode negar que os *edicta*, dada a natureza legislativa e geral que os conotavam, ostentavam força normativa. Exemplos paradigmáticos de *edictum* são o Edito aos Cirineus, do início da era cristã, baixado por Augusto para regulamentar a composição dos tribunais provinciais, e o Edito de Caracala (*constitutio Antoniniana*), de 212 d.C., que estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do império romano.

Os *mandata*, a seu turno, que tinham por objeto instruções administrativas dirigidas pelo imperador aos seus funcionários, possuíam igualmente ampla eficácia.

Já as outras espécies de constituições imperiais, vale dizer, os *decreta*, os *rescripta*, e as *epistolae*, revestiam-se de natureza decisória e respeitavam a casos concretos.

Cumprir observar, de logo, que os *decreta principum* eram as sentenças proferidas pelo imperador no exercício de sua jurisdição, em grau originário ou recursal.

dei giuristi, Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici, cit., p. 54). V., acerca das controvérsias entre as duas referidas escolas, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, *Manual de direito romano*, v. 1, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1961, pp. 425 ss.

Na verdade, “o caráter vinculante destes provimentos do imperador em relação ao caso decidido é inequívoco: trata-se do normal efeito da sentença irrevogável segundo a regra do ordenamento romano; e é óbvio que, interposta a apelação, a sentença do imperador é inapelável”.³⁹

Os *rescripta* e as *epistolae* – diferentes na forma, mas coincidentes na substância – tinham natureza casuística, pois eram as respostas dadas pelo *princeps* em atendimento a consultas suscitadas pelos magistrados ou pelo próprio litigante sobre uma questão controvertida pertinente a um caso concreto. Estas constituições, de idêntico modo, deveriam também ser acatadas pelos juízes ao decidirem o caso concreto por força da *auctoritas* do soberano.

Tais julgamentos, como se observa, tinham a natureza de atos decisórios subjetivamente complexos, uma vez que construídos, em escalonada seqüência, por diferentes órgãos judicantes. Ademais, ostentavam, em regra, invejável qualidade técnica, porque elaborados por juristas que integravam o *consilium principis*. O exemplo mais notório é o de Papiniano, “cujo estilo é reconhecido em inúmeros rescritos de Caracala, no exercício da função de *magister libellorum*”.⁴⁰

Aprofundando a pesquisa na essência das fontes clássicas, caberia indagar se esses pronunciamentos imperiais, de cunho casuísta, teriam alguma eficácia vinculante no domínio de processos futuros.

3.3. Constituições imperiais como precedente persuasivo

Dentre as fontes primárias e autênticas pré-justinianéias que retratam os rumos do direito romano clássico – *Tituli Ulpiani*, *Pauli sententiae* e *Vaticana fragmenta* – destacam-se, assim, pela indubitável importância, as *Instituições* de Gaio; um manual, claro e didático, escrito em quatro livros, para servir de compêndio objetivando o estudo do direito no primeiro ano das escolas, em Roma e, particularmente, nas províncias.

Escrevendo em meados do século II d.C., Gaio procura traçar, no início de sua obra, o rol das fontes de produção do direito àquela época, expressando-

39 Cf. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano* (obra coletiva), cit., p. 458. V., em senso análogo, José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 1, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 43; Thomas Marky, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo, Ed. Franciscana, 1971, p. 36.

40 V., sobre esse pormenor, Nicola Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali del II secolo d.C.*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 45. A atividade de Papiniano vem aludida inclusive pelos próprios juristas romanos: Trifonino, D. 20.5.12.pr (l. 8 *disputationum*): “O Imperador refutou por rescrito, atuando Papiniano no libelo, que o credor podia obter a garantia prestada pelo devedor, visto que este conserva o domínio” (= “*Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris*”).

-se então do seguinte modo: "2... os direitos do povo romano constam das leis, plebiscitos, senatusconsultos, *constituições imperiais*, editos dos que têm o direito de expedi-los, respostas dos prudentes... 5. A *constituição imperial* é o que o imperador ordena mediante um decreto, edito ou epístola. Nem mais se duvidou tenha força de lei, pois é em virtude da lei que o imperador assume o governo...".⁴¹

É muito provável que a expressão "*leges vicem optinere*" (tem força de lei), empregada pelo jurista clássico aos decretos e às epístolas (e, ainda, com toda certeza aos rescritos), não alvitrasse projetar eficácia alguma destes além dos limites da natural força vinculante atinente à hipótese concreta.

Isso não obstante, Ulpiano refere-se às *constituições imperiais*, fazendo uma importante distinção entre aquelas que são pessoais (e. g.: indulgência em razão dos méritos do interessado ou cominação de pena) e outras, que poderiam ser invocadas como *exemplum*.⁴²

E, por essa razão, atribui-se valor aos *decreta*, aos *rescripta* e às *epistolae* como precedentes judiciais, porque fundados na *auctoritas* do órgão que as proferia, sendo certo que, em tal período, cunha-se a famosa máxima: "*quod principi placuit legis habet vigorem*".⁴³

Não parece, contudo, que a orientação ditada pelo *princeps* ou pela chancelaria imperial *a libellis* ou *ab epistulis*, isto é, em resposta a um caso concreto, potenciasse, de fato ou de direito, efeito legislativo generalizado.

Todavia, na praxe judiciária do Principado, sobretudo a partir da época de Adriano (117-138 d.C.), "a citação de *constituições imperiais* anteriormente expedidas em casos análogos possuía, sem dúvida, eficácia persuasiva de *exemplum*, que não se confundia com a força vinculante de uma lei geral. De fato, se é evidente que um argumento, assentado na invocação de precedente provimento imperial, induzia, geralmente, o juiz a se convencer, em decorrência da *auctoritas* do soberano, isto também demonstra que o processo de generalização aí se opera

41 Gaio, 1.2 e 5: "*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium... 5. Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam debitum est, quim id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*".

Sobre a relevância da obra de Gaio, v. Moacyr Lobo da Costa, *Gaio. Estudo bio-bibliográfico*, São Paulo, Saraiva, 1989.

42 D. 1.4.1.2 (l. 1 *institutionum*): "Destas, algumas são certamente pessoais e não se prestam para exemplo..." (= "... *Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur...*").

43 Ulpiano, D. 1.4.1 (l. 1 *institutionum*). V., nesse sentido, Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano* (obra coletiva), cit., p. 461; José Reinaldo de Lima Lopes, *O direito na história. Lições introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 57.

mediante um mecanismo que não pode ser identificado com a aplicação de uma lei, mas, sim, com a incidência analógica de uma regra específica".⁴⁴

Observe-se que o texto original das manifestações casuístas do *consilium principis* era bem mais amplo do que aquele sintetizado na obra dos juristas clássicos e no *Codex* justinianeus, porque continham a *consultatio* ou o *libellus*, a fundamentação e a respectiva conclusão da resposta.

Esses elementos formais, como se assevera, equiparam os *rescripta* à estrutura de qualquer parecer legal ou decisão de época moderna.⁴⁵

Depois da solicitação oficial, a resposta à questão era, em regra, fornecida pela própria chancelaria imperial, ao passo que nos casos mais complexos, o *consilium* era chamado a intervir para debater o problema, e então vinha aposta a *subscriptio* na base do libelo original, conservando-se uma cópia do *rescriptum*.

Infere-se que "os *rescripta* assim obtidos podiam ser exibidos não apenas na causa para a qual haviam sido elaborados, mas ainda em controvérsias análogas. É de presumir-se destarte que, por essa razão, sempre era possível obter dos arquivos imperiais a cópia de um rescrito, acompanhada do relativo *libellus*".⁴⁶

Nesse sentido, segundo prestigiosa doutrina, a conservação das constituições imperiais nos arquivos oficiais era feita com a indicação do nome do imperador e com o do destinatário, seguida, se este fosse um funcionário, da alusão ao seu cargo.⁴⁷

Ademais, importante subsídio à elucidação desse tema é fornecido por Frontão, no discurso de *testamentis transmarinis* perante Antonino Pio (138-161), referenciado pelo orador em uma carta dirigida ao Imperador Marco Aurélio (161-180): "Nas questões e nas causas que são julgadas pelos juízes privados não há perigo algum, visto que as suas sentenças valem somente nos confins da causa; pelo contrário, com os teus decretos, o imperador sanciona exemplos destinados a valerem publica e perpetuamente. A força e poder deles são bem maiores do que

44 Cf. Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 89.

45 Cf. Tony Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2ª ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 59: "some rescripts tend to be composed in the syllogistic form: law, facts, conclusion".

46 Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, cit., p. 51, que invoca, em abono de sua afirmação, D. 36.1.76.1 (Paulo, l. 2 *decretorum*): "... os tutores de Variana, filha de Antonio, alegavam sua pobreza, e citavam uma Constituição do Divino Adriano, na qual havia determinado, em relação aos encargos municipais..." (= "*tutores Valerianae, filiae Antonini, egestatem eius praetendebant, et recitabant Divi Hadriani Constitutionem, in qua, quantum ad munera municipalia...*").

47 Edoardo Volterra, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, La critica del testo. Atti del II Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Firenze, s/ed., 1971, p. 869, *apud* Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, cit., p. 51, nt. 90.

aquelas atribuídas ao fato. O fato estabelece que coisa deve acontecer a cada um de nós: tu, quando decreta qualquer coisa em relação aos indivíduos, no mesmo momento vincula tudo mediante o exemplo. Portanto, se aprovares este decreto do proconsul, terás fornecido um precedente a todos os magistrados de todas as províncias, orientando como devem eles decidir as causas análogas".⁴⁸

Apesar da significativa distinção entre as sentenças (dotadas de eficácia *intra muros*) dos juízes e os *decreta*, que constituíam *exempla publice valitura in perpetuum* pela *vis et potestas* do julgador, não se pode admitir uma eficácia vinculante de tais precedentes em relação a processos futuros. A "validade constante" referida pelo orador sugere que as decisões imperiais fossem realmente invocadas, em processos futuros, com o intuito de persuadir o órgão incumbido de julgar a causa análoga.

Importante também para a compreensão dessa temática é um texto de Ulpiano, que se reporta a um rescrito, no qual o imperador envia cópia da solução dada a um caso concreto, em matéria de *cognitio alimentorum*, a todos aqueles juízes competentes para julgar questões análogas, com a declarada finalidade de servir de *exemplum*: "... como demonstram os seguintes rescritos: 'Envie-se cópia da instância que me foi apresentada pelo liberto de Sílio, sabendo que este caso servirá de exemplo'..."⁴⁹

De um ponto de vista ainda mais técnico, a roborar a linha de raciocínio ora desenvolvida, é de ser invocado um rescrito do Imperador Settimio Severo (193-211), mencionado por Calistrato: "De fato, o nosso imperador Severo respondeu que, nas ambigüidades originadas das leis, deve ter força de lei o costume ou a autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme".⁵⁰

48 Ep. ad M. Caes. 1.6.2-3: "In iis rebus et causis quae a privatis iudicibus iudicantur, nullum est periculum, quia sententiae eorum intra causabus iudicantur, nullum est periculum, quia sententiae eorum intra causarum demum terminos valent; tuis autem decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciantur. Tanto maior tibi vis et potestas quam fatis attributa est. Fata quid singulis nostrum eveniat statuunt: tu, ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis. Quare, sic hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eiusmodi causis decernant", apud Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., pp. 15-16.

49 D. 34.1.3 (l. 2 de officio consulis): "...ut rescripta subiecta ostendunt: 'Exemplum libelli dati mihi a libertis Sillii misi vobis, sciens ad exemplum, istam rem pertinere'. Interessante é notar que o vocábulo *exemplum*, nesse fragmento, é utilizado em duplo sentido: como cópia e como precedente. V., sobre esse ponto, Palazzolo, *Processo civile e politica giuziditaria nel principato*, cit., pp. 118-119.

50 D. 1.3.38 (l. 1 quaestionum): "Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere". V., ainda, Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 19, que afasta a suspeita de interpolação do transcrito fragmento.

Assim, ao que tudo indica, é pela primeira vez na experiência romana que se reconhece, de modo expresso, considerável eficácia persuasiva ao precedente uniforme e constante.⁵¹

Verifica-se, por outro lado, que os provimentos decisórios do tribunal imperial foram, pouco a pouco, contribuindo para a formação de sólida jurisprudência, que resultou no aperfeiçoamento e na criação de novos institutos jurídicos.⁵²

Os *rescripta* e os *decreta* integram assim as fontes de caráter jurisprudencial da história do direito romano clássico. Sua origem e finalidade identificam-nos ao método e à natureza dos *responsa* dos juristas, que, a seu turno, conferem a tais provimentos imperiais o caráter de regras casuísticas. Foram recepcionados pelos juristas como precedentes a considerar ao ensejo de manifestarem a própria opinião, como refere Gaio: "Se um litiga com alguém por meio de várias ações, cujo valor de cada demanda encontra-se na jurisdição daquele que deve julgar, mas a soma de todas excede o limite de sua jurisdição, perante ele pode ajuizá-las, como pareceu a Sabino, Cássio e Próculo, cuja sentença é confirmada pelo rescrito do imperador Antonino".⁵³

3.4. Eficácia vinculante do *ius respondendi ex auctoritate principis*

Por determinação de Augusto, os juristas mais destacados passam a gozar da prerrogativa de elaborar pareceres jurídicos (*ius respondendi*), com força vinculante para os juízes, porque emitidos *ex auctoritate principis*. É mais uma vez Pompônio que noticia: "O divino Augusto, para conferir maior autoridade ao direito, foi o primeiro que permitiu [aos jurisconsultos] que respondessem investidos de sua própria autoridade".⁵⁴

Realmente, como antes já destacado, outra fonte de produção do direito clássico, enunciada por Gaio, eram os *responsa prudentium*, ou seja, "as sentenças e as opiniões daqueles a quem é permitido constituir o direito. E se todos concorda-

51 Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 19.

52 Consulte-se, sobre as efetivas modificações do ordenamento jurídico, v. g., em matéria de fideicomisso, estado da pessoa, alimentos, Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, cit., pp. 247 ss.

53 D. 2.1.11.pr (l. 1 ad edictum provinciale): "Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitatis intra iurisdictionem iudicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino Cassio Proculo placuit: quae sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est". V. Carlo Augusto Cannata, *Lineamenti di storia della giurisprudenza romana*, 1, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1976, p. 75; *Historia de la ciencia jurídica europea*, tr. esp. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 93.

54 D.1.2.49 (l. sing. Enchiridii): "Primus Divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent".

rem na mesma opinião, esta tem força de lei; se porém dissentirem, poderá o juiz seguir a que melhor lhe parecer, conforme dispõe um rescrito do divino Adriano".⁵⁵

No transcurso do século II d.C. estreita-se a relação entre a atividade dos juristas e a cúpula imperial, fator esse que permitiu àqueles ingressar na burocracia oficial, alcançando importantes funções.

Frise-se, ainda uma vez, que na experiência jurídica romana, seja na esfera do *ius honorarium*, seja no âmbito dos poderes normativo e jurisdicional dos imperadores, e, ainda, da *interpretatio iuris* dos juristas clássicos, o direito é construído à luz do exame do caso concreto, a partir da utilização racional das soluções precedentemente individuadas, que implicam a formação de um sistema casuístico, isto é, um direito no qual a solução exige sempre uma argumentação científica "da caso a caso".⁵⁶

Pois bem, a partir da reforma de Adriano, os pareceres dos juristas da chancelaria imperial apresentam-se como emanção "mediata" da vontade do imperador, mas nem por essa razão o seu valor normativo extrapolava os limites dos casos específicos para os quais haviam sido elaborados.

A rigor, sob o aspecto substancial, os *responsa signata* pelos juristas diferenciavam-se dos provimentos decisórios do imperador, exarados em hipóteses concretas, apenas pela menor autoridade ("funcional") ocupada pelo subscritor em relação ao soberano.

A opinião do imperador era sempre acatada pelos jurisconsultos, como consequência lógica do *ius respondendi ex auctoritate principis*.

Desse modo, para um caso concreto, o precedente *rescriptum* era decisivo frente a qualquer outro ponto de vista acerca da questão jurídica que se apresentava. A interação entre as teses dos juristas e as decisões do imperador (consideradas, umas e outras, como precedentes e, portanto, fora de uma hipótese específica), pelo contrário, vem esclarecida em uma passagem de Ulpiano, "que se refere a um *rescriptum* dos *divi fratres*, no qual tais imperadores explicam que o jurista Volusio Meciano havia adotado, em sinal de respeito, a solução dada em um anterior rescrito, mas, que, discutindo sobre a questão tanto com Meciano

55 1.7: "*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur*".

56 Cf., uma vez mais, Letizia Vacca, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., p. 46. V., para uma análise percutiente do conceito de "caso", Franz Horak, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e nel diritto moderno*, Legge, giudici, giuristi (obra coletiva), Milano, Giuffrè, 1982, pp. 68 ss.; *Dogmática e casuística no direito romano e nos direitos modernos*, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, tr. port. Eduardo César Silveira V. Marchi, 28(1984):84-85.

como com outros juristas, tinham preferido modificar a orientação e reconhecer o acerto da solução sustentada anteriormente por Juliano".⁵⁷

No entanto, não se pode olvidar a determinação do imperador Adriano, aludida por Gaio, no sentido de que, havendo convergência de opinião entre os juristas que detinham o *ius respondendi ex auctoritate principis*, revestia-se ela de força de lei. Entendemos, contudo, que, mais uma vez, a locução *legis vicem optinet*, no texto gaiano, vem utilizada com enfoque restrito ao caso concreto, e, portanto, não relacionada a qualquer eficácia *erga omnes*.

E isso, até porque, como bem esclarece Gaio, no texto antes transcrito, se houvesse colidência de pontos de vista acerca de alguma tese jurídica, o juiz da causa tinha a liberdade de julgar nos limites de um dos pareceres, sendo certo que não estava autorizado a proferir decisão lastreada em novo fundamento.⁵⁸

Ressalte-se, por outro lado, que a autoridade de precedente de que eram revestidos os responsa prudentium decorria da praxe de leitura (*recitatio*) diante dos juizes, de extratos de obras de juristas, e, até mesmo, de trechos de constituições imperiais casuístas.

Diante desse quadro, complexo e interativo, as regras práticas que prevaleciam, nas últimas décadas da época clássica, no tocante à observância dos precedentes podem ser sintetizadas da seguinte forma:

- a) as opiniões dos imperadores prevaleciam sobre a dos juristas;
- b) na hipótese de contradição entre constituições imperiais, acatava-se a mais recente;
- c) somente era permitida a citação das opiniões dos juristas credenciados com o *ius respondendi*;
- d) se, acerca de um caso concreto, houvesse divergência entre os juristas, seguia-se a tese mais prestigiada; e
- e) se nenhuma opinião pudesse ser considerada dominante, o juiz escolhia livremente, mas não podia criar uma nova.⁵⁹

Acrescente-se, por fim, que "as obras jurídicas mais recentes eram as únicas utilizadas no foro; e, no crepúsculo da época clássica, eram, sobretudo, os livros de Papiniano e dos outros grandes enciclopedistas da época dos severos, a saber: Paulo e Ulpiano, aos quais se soma Modestino; mas nas obras destes, e, em

57 D. 37.14.17.pr (l. 11 ad legem Iuliam et Papiam). Cf. Carlo Augusto Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., pp. 92-93.

58 V., nesse sentido, Jean Kalindéro, *Droit prétorien et réponses des prudents*, Paris, Chevalier-Marescq, 1883, p. 181.

59 V., em sentido semelhante, Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 94

particular, nas de Paulo e Ulpiano, a jurisprudência precedente era amplamente citada".⁶⁰

Na verdade, sob essa ótica, pode-se mesmo concluir que até a época do Imperador Constantino – na qual se acentua a idéia absolutista de que o monarca é o único legislador e intérprete do direito, idéia esta totalmente contrária aos pressupostos do direito jurisprudencial – a evolução do direito romano foi determinada pela técnica dos precedentes.⁶¹

3.5. Precedentes judiciais na prática judiciária do Egito romano

Na província do Egito, o *praefectus Aegypti* era a mais elevada autoridade judiciária, e contava com o auxílio dos *estrategos* e *epistrategos*, juizes inferiores.⁶²

O exame dos papiros egípcios da época do Principado revela que não raro os litigantes invocavam, em suas respectivas manifestações, anteriores sentenças judiciais.⁶³

Saliente-se, no entanto, que não é possível afirmar com segurança se no Egito havia obrigatoriedade de o juiz inferior acolher precedente decisão de juiz superior. Parece que a tendência de invocar julgados proferidos em outras demandas teria o escopo de persuadir o magistrado a manter a continuidade de determinada tradição jurídica.

Entre tais documentos, cita-se, como exemplo, um papiro do ano 200, em que uma mulher, Apollonarion, pleiteava isentar-se da responsabilidade do cultivo da terra. E, então, para justificar as razões, o seu defensor, perante o estratego, argumenta com base em precedentes judiciais: "... *Parmenion disse: Leia os julgados atinentes a casos análogos:... Leu um edito de Tiberius Alexander do segundo ano de Galba, no qual se proibia às mulheres o cultivo, e uma sentença do mesmo teor proferida pelo prefeito Valerius Eudaemon, no quinto ano de Antonino, e uma outra do epistratego Minicius Corellianus, no décimo ano de Antonino Cesar imperador. Parmenion disse: De conformidade com os julgados que invocaste, pode Tathun... ser liberada do cultivo.... outros colonos encarregar-se-ão do cultivo...*".⁶⁴

60 Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 94.

61 Cf. Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 131.

62 V., a respeito da organização da justiça na província do Egito, Giuliana Foti Talamanca, *Ricerche sul processo nell'Editto greco-romano*, 1, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 27 ss.

63 Cf. Gianfranco Purpura, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 96.

64 *P. Oxy.* 6.899, reproduzido por Umberto Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustiniana*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1995, pp. 72-73. V., ainda, Ranon Katsoff, *Precedents in the Courts of Roman Egypt*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Romanistische Abteilung)*, 82(1972):268-269.

Com base nas pesquisas desenvolvidas sobre esses textos⁶⁵, a romanística também se reporta a outro papiro, do ano 186, que contém uma petição ao prefeito Pomponio Faustiano, dirigida por Dionysia, contra o seu pai Chaeremon, por ter sido afastada de seu marido contra a sua vontade. Vários precedentes são invocados: o primeiro deles teve processamento perante o prefeito T. Flavio Ticiano, em 128, no qual um pai chamado Sempronio, raptou sua filha do marido Antonio. Este recorreu ao epistratego para reaver sua mulher. Sempronio defendeu-se alegando ter direito com base na lei nativa do Egito, sobretudo porque Antonio o tinha ameaçado de acusá-lo por incesto. Em tal caso o prefeito decidiu a favor da requerente, declarando que o pai não tinha direito de "*apospasis*" (espécie de pátrio poder). Este precedente serviu para fundamentar outra situação – o segundo colacionado por Dionysia – ocorrida seis anos mais tarde, em 134, perante o epistratego Paconio Felix. Aqui também prevaleceu a vontade da mulher, acolhendo-se a anterior decisão de Flavio Ticiano. A causa foi decidida em prol de Dionysia.⁶⁶

Em outro documento, datado de 254, os demandantes, Aurélio Theo e Aurélio Arsino, queixavam-se ao juiz de Oxirinto que haviam sido indevidamente indicados à função de exatores da cidade. Invocaram, então, um precedente judicial no qual, em caso análogo, havia sido reconhecido o equívoco da nomeação.⁶⁷

É importante esclarecer, nesse particular, que prevalecia na praxe judiciária do Egito romano o princípio *iura non novit curia*, sendo, assim, ônus do litigante produzir prova da lei vigente e dos eventuais precedentes judiciais citados como paradigma.

4. Fontes pós-clássicas

4.1. Declínio da *scientia iuris*

Com a morte do derradeiro imperador da dinastia severiana, Alexandre Severo (222-235 d.C.), chega-se ao fim do Principado.

A partir desse momento eclode uma grave crise social – conhecida como anarquia militar – que teve como última consequência a transformação de todas

65 Sobretudo levadas a cabo, em inúmeros trabalhos, por Katzoff, merecendo especial destaque o ensaio *Sources of Law in Roman Egypt*, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, 2, Principat, 13, Recht, Berlin, 1980, pp. 809-819.

66 *P. Oxy.* 2.237. Cf., a respeito, Katzoff, *Precedents in the Courts of Roman Egypt*, cit., pp. 257 ss.

67 *P. Oxy.* 8.1119, reproduzido por Umberto Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., pp. 77-78. Consulte-se, ainda, Katzoff, *Precedents in the Courts of Roman Egypt*, cit., pp. 269-270.

as instituições do mundo romano. É somente com a investidura do Imperador Diocleciano (285-305 d.C.) que cessam tais distúrbios.⁶⁸

Diocleciano institui um original regime imperial (Dominato), fundado na "tetrarquia", seguido da reforma do exército e da reorganização burocrática do governo.

Além de tais modificações, observa-se que, no campo do direito, em um longo edito de abrangência geral, apresentando-se como o mais imediato antecedente das reformas atinentes ao direito processual que deveriam ser concretizadas anos depois, Diocleciano, em 294, estabelece em definitivo as novas regras para um direto e efetivo controle do julgamento dos litígios.⁶⁹

Em seguida, com a inesperada abdicação do imperador, Constantino (306-337 d.C.) galga o centro do poder no império romano. Se o seu antecessor havia tentado institucionalizar a denominada tetrarquia militar, costuma-se afirmar que Constantino, acentuando tendência absolutista, introduziu a monarquia por graça divina ou teocrática. Nesse momento, o imperador é concebido como *dominus* por vontade de Deus.

No que mais nos interessa, bem é de ver que, já nas primeiras décadas do Dominato, a produção jurisprudencial perde a sua primordial característica, qual seja a "criatividade", enquanto a legislação é fortemente influenciada por dogmas da moral cristã e, ainda, por regras estranhas ao ordenamento jurídico clássico, importadas da praxe oriental.

Da pluralidade de fontes de produção do direito, que conotou toda a época clássica, passa-se a um regime em que prevalece uma única fonte: a lei imperial.

Verifica-se, em outro sentido, que o Imperador Constantino demonstrou particular interesse em reprimir a deslealdade processual e o abuso na aplicação das normas, que favoreciam os litigantes mais hábeis.

Essa situação tornava absolutamente ilusória a liberdade de juízo na qual se estruturavam os princípios do processo clássico: "um sistema de malhas largas, regido apenas em suas grandes linhas". Modificado o norte da política normativa, impunha-se, portanto, a imediata intervenção estatal para restringir os poderes discricionários extraordinariamente amplos dos juízes.⁷⁰

Em uma sucessão de *leges generales*, Constantino estabelece, antes de mais nada, que as causas civis e criminais deveriam obrigatoriamente ser processadas

68 V., com mais detalhes, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., pp. 46-47; Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, cit., pp. 152-153.

69 C. 3.3.2.

70 V., em senso idêntico, Kaser, *Gli inizi della "cognitio extra ordinem"*, *Antologia giuridica romanistica e antiquaria*, 1, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 196-197.

sob o signo da mais ampla publicidade⁷¹, enquanto advertia a todos os provincianos a dirigirem-se diretamente ao tribunal central, ou seja, o imperador reconhecia a cada súdito o direito legítimo de apresentar qualquer reclamação contra a autoridade da respectiva província.⁷²

Ademais, foi introduzido o princípio do *forum delicti* para a repressão de eventuais infrações perpetradas pela classe senatorial, abolindo-se assim todo privilégio *ratione personae* referente aos processos públicos.⁷³

A influência cristã também é detectada em várias leis de Constantino, que cuidam, em particular, da *manumissio in ecclesia*, da tutela, da curatela e, ainda, da emancipação de filhos.⁷⁴ O concubinato e a filiação natural vêm regulamentados, com prudência, à luz da notória disparidade social da época.⁷⁵

Cumprе esclarecer que essa relevante série de medidas de caráter moralizador atingiria um significado jamais conhecido na história judiciária romana, como instrumento de informação e de controle pela coletividade sobre a atuação dos juizes.⁷⁶

4.2. Valor da jurisprudência clássica como precedente

No ano 315, no âmbito dessa nova postura tendente a concentrar todo poder nas mãos do monarca, é introduzida, por força de uma constituição, orientação visando a impedir a utilização, como precedente, dos rescritos emitidos para casos concretos, quando considerados *contra ius*. Eis o trecho que interessa: "Os rescritos não são válidos contra o direito, qualquer que tenha sido o modo de obtenção destes. De fato, os juizes devem seguir mais aquilo que pelo direito é prescrito de forma geral".⁷⁷

71 Em particular, as constituições em C. Th. 1.12.1 (a. 315) e 1.16.6 e 7 (a. 331), que impunham o dever aos governadores de julgar publicamente todas as causas.

72 C. Th. 9.1.4 (a. 325).

73 C. Th. 9.1.1 (a. 316).

74 Consulte-se, sobre essa temática, a obra específica de Biondo Biondi, *Il diritto romano-cristiano*, 3 vv., Milano, Giuffrè, 1952-1954.

75 V., a respeito, Manlio Sargenti, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino*, Studi sul diritto del tardo impero, Padova, Cedam, 1986, p. 38 ss. Somente mais tarde, sob a legislação de Justiniano, é que se proíbe o concubinato do homem casado.

76 Cf. Franca De Marini Avonzo, *La giustizia nelle province agli inizi del basso impero in un editto di Costantino*, 1 (I principi generali del processo in un editto di Costantino), Studi urbinati, 31(1962-63):310.

77 C. Th. 1.2.2 (a. 315): "*Imp. ad populum. Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura perscribunt, magis sequi iudicis debent*".

Procura-se destacar que a “*ratio* desta hostilidade em relação aos *rescripta* ‘casuístas’ irrompe evidente: a sucessiva obra de generalização, que era sempre mais difundida na praxe judiciária, corria o risco da atividade interpretativa dos juízes, que acabaria comprometendo o princípio da unicidade da fonte do direito. Não se deve esquecer que o imperador não apenas é o único legislador mas também é o único intérprete”.

A despeito desse aspecto, que passa a caracterizar a produção do direito em época pós-clássica, é claro que o “*ius vetus*”, cunhado sob o método casuístico tradicional nos séculos anteriores, continuava em vigor. Desse modo, o único critério distintivo entre as “normas legislativas” e a “autoridade das regras casuístas com eficácia não vinculante” fundava-se na circunstância de que as primeiras provinham da sanção imperial.⁷⁸

É certo que as novas constituições não desprezavam todo aquele fecundo acervo jurídico do passado, sobretudo as normas «originadas na praxe viva dos tribunais», conservando-se então o valor da *interpretatio iuris* em uma numerosa série de julgados uniformes e constantes.⁷⁹

Com o incremento da burocracia imperial, dada a divisão do império em dioceses e províncias, era notável a atividade da chancelaria imperial para desincumbir-se da tarefa de examinar as *preces*, *consultationes*, *cognitiones*, que provinham de toda parte do império.

Apesar da necessidade da concessão de tais funções aos seus subordinados – o que substancialmente não alterava a base institucional do império – o soberano reservava para si a qualidade de único intérprete do direito (*source de toute justice*⁸⁰) e de supremo juiz em qualquer grau de jurisdição e, por isso, legitimado a reexaminar a atuação dos funcionários a ele submetidos.

Por outro lado, é de acrescentar-se que ainda nessa época não havia uma perfeita e harmônica ordem de delimitação das recíprocas atribuições entre os graus da hierarquia judiciária. Assim é que um simples governador de província podia remeter, *per saltum*, uma causa diretamente à *cognitio* do imperador e, por sua vez, o imperador poderia responder-lhe pessoalmente.

Essas “opostas tendências (da praxe e da legislação) tinham origem no dualismo presente na pessoa do imperador, o qual era ao mesmo tempo chefe de um sistema de poderes e de competências hierarquicamente ordenados (em

78 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 151 e 153.

79 Cf. Vincenti, *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, cit., p. 21.

80 Jean Gaudemet, *L'Empereur, interprète du droit*, Festschrift für E. Rabel, v. 2, Tübingen, Mayer, 1954, p. 178.

que dominava o princípio da delegação) e fonte do direito, portanto depositário de uma competência indelegável"⁸¹.

Nesse período, inúmeros são os magistrados com funções jurisdicionais, como, e. g., os *proconsules*, os *praesides*, os *vicarii*, o *praefectus urbi*, o *praefectus praetorio*, o *praefectus Aegypti*.

Diante de intrincado emaranhado burocrático, a *recitatio* dos rescritos como precedentes judiciais *persuasivos*, na praxe forense do Dominato, passou a apresentar o problema da autenticidade dos textos invocados, assim como o próprio conhecimento geral das obras. Essa nova questão, na verdade, tinha como causa "a ausência de uma literatura jurídica contemporânea, uma vez que, durante a época clássica, os livros dos juristas também haviam conservado o conhecimento dos rescritos mais importantes".⁸²

É importante considerar que o direito romano, em sua configuração derivada da *interpretatio prudentium*, constituía um direito prevalentemente não-escrito, no sentido de que não impunha a aplicação de uma determinada "norma", moldada em forma escrita definitiva, mas se erigia na pragmática jurídica quotidiana, mediante pareceres e opiniões expedidos, de modo natural e sucessivo, às partes e aos magistrados.⁸³

Ora, com a profunda modificação do acervo de fontes de produção do direito, origina-se inusitado fenômeno pelo qual a literatura jurídica clássica passa a desfrutar de um efeito normativo geral, desde que não afrontasse as constituições imperiais mais recentes.

Surgem então inúmeras obras contendo uma suma dos textos de juristas clássicos. E é exatamente nessa espécie de resumo que se encontra, "com grande evidência, a passagem dos princípios gerais de interpretação, formulados com a técnica do método problemático-casuístico, à regra abstrata de tipo normativo".⁸⁴ Alinham-se assim, entre outras, a *Epitome Ulpiani*, as *Pauli sententiae* e, até mesmo, de Gaio, uma atualização prática contida nas *Res cottidianae*.

Anote-se – e esse é o dado mais interessante – que todos estes compêndios eram utilizados, ao lado das obras originais, na *recitatio* perante os juízes, com *idêntica autoridade persuasiva*! Pode-se afirmar que, de um lado, "essa prática em

81 Cf. Gisella Bassanelli Sommariva, *La legislazione di Giustino I*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 37(1971):161.

82 Cf. Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea*, cit., p. 97.

83 Cf., também, Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 153-154.

84 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 158.

muito contribuiu para a sobrevivência do direito romano na *praxis* forense, mas, de outro, fomentou a transformação das obras dos juristas clássicos em um imenso repertório de 'regras normativas'.⁸⁵

Resta evidente que o escopo prático das referidas sínteses e antologias, contendo máximas e decisões casuístas, era exatamente o de invocá-las como precedentes.

Devido à imensa produção jurídica recebida, sobretudo no tocante ao número considerável de constituições, cuja circulação dificultava a aplicação das normas vigentes, várias tentativas foram feitas em busca de uma solução que pudesse minimizar o problema da incerteza do direito.

Registre-se, aliás, que duas anteriores iniciativas nesse sentido, sob o império de Diocleciano, lograram relativo êxito. Com efeito, os *Códigos Gregorianus* e *Hermogenianus*, que datam respectivamente dos anos 291 e 295 d.C., continham uma seleção, por assunto, de rescritos em ordem cronológica, editados a partir do Imperador Adriano.

Essas coleções, conquanto largamente difundidas na prática, não obtiveram aprovação oficial.

Presume-se que persistiam os problemas relativos à genuinidade do material jurídico invocado, à guisa de precedente persuasivo, pelos advogados, e, na fundamentação das sentenças, pelos juízes, no dia-a-dia do foro.

O Imperador Constantino procurou, com efeito, reprimir a atuação daquele que, *per mendacium*, obtinha ou citava um *rescriptum* que lhe era favorável.⁸⁶

Os respectivos textos jurídicos também não eram suficientemente conhecidos. Um advogado erudito poderia perfeitamente citar opinião em abono do direito de seu cliente de obra desconhecida pelo juiz. É certo que a maioria dos operadores do direito dependiam de um número limitado de escritos, como os *Responsa* de Papiniano ou os livros *ad Sabinum* de Ulpiano, ou mesmo de manuais resumidos das obras dos juristas mais prestigiados.⁸⁷

No início do reino de Honório (395-423), já dividido o império, alguns judeus da província da Calábria pretenderam obter determinada isenção fiscal, com base em "uma certa lei que havia sido editada no oriente". Não obstante, o tribunal

85 Cf., ainda, Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 159.

86 C. 1.22.3 (a. 313) e, depois, na última década de seu governo, C. Th. 1.2.6 (a. 333). V., sobre o ponto, Gian Gualberto Archi, *L'imperatore e le fonti del diritto*, Teodosio II e la sua codificazione, Napoli, ESI, 1976, pp. 88-89.

87 A. Hugo M. Jones, *Il tardo impero romano (284-602 d.C.)*, 2, tr. it. Eligio Petretti, Milano, Saggiatore, 1974, p. 686.

imperial do ocidente considerou que a atuação dos interessados se revestia de má-fé, porquanto não provaram a existência do texto legal citado, e, ainda, determinou a revogação "da lei, porque, se existe, afigura-se danosa à minha parte" do império.⁸⁸

Urgia, pois, a instituição de critérios para assegurar a autenticidade das *epistulae* e dos *rescripta* colacionados em juízo como paradigma, e, outrossim, das *leges* em vigor.

4.3. Lei das citações

As fontes jurídicas do Dominato demonstram, com razoável nitidez, que a preocupação da chancelaria imperial polariza-se, ao longo das décadas, sobre a aplicação harmônica das *leges generalis* e dos *rescripta*.

Pois bem, visando a reduzir drasticamente a mole de textos jurídicos herdados da experiência clássica e, ainda, a regulamentar a respectiva utilização, como precedente, perante os tribunais, e como fundamento das sentenças, pelos juízes, é promulgada, em 7 de novembro de 426, pelos Imperadores Teodósio II (408-450 d.C.) e Valentiniano III (425-455 d.C.), uma famosa constituição, que mais tarde foi denominada *Lei das citações*.

Procurando, destarte, revestir de maior certeza a aplicação do direito, em época na qual a cultura jurídica clássica, mormente no ocidente, já se encontrava decadente, instituiu-se que apenas gozariam de *auctoritas* nos tribunais as obras de cinco grandes juristas: Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino. Na hipótese de terem manifestado opinião diferente sobre um determinado assunto, valeria o ponto de vista da maioria; havendo empate, deveria prevalecer a tese de Papiniano. Nesse caso, não tendo este emitido opinião, o juiz então estaria livre para decidir a causa segundo a sua própria convicção. Autorizou-se, ainda, a citação de outros juristas, desde que tivessem sido mencionados pelos cinco corifeus.

O texto da constituição que nos interessa é o seguinte: "Confirmamos todos os escritos de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino, de modo que, assim, a Gaio seja atribuída a mesma autoridade que a Paulo, a Ulpiano e a todos os outros, e possam ser recitados em juízo excertos de toda a sua obra. Determinamos que também seja válida a doutrina daqueles, cujas opiniões e tratados foram utilizados pelos referidos juristas em suas obras; assim, de Scevola, de Sabino, de Juliano, de Marcelo e de todos que aqueles juristas citaram, porém, sob a condição de que os seus livros, pela incerteza que deriva da antigüidade, sejam con-

88 C. Th. 12.1.158 (a. 398).

firmados através da exibição dos manuscritos. Na hipótese de serem produzidas diferentes opiniões [dos juristas de início apontados], prevaleça o maior número de autores, ou, se o número for igual, prevaleça a autoridade do grupo em que estiver Papiniano, homem de engenho excepcional, que, no entanto, enquanto supera o parecer individual daqueles, é inferior em relação a dois. Decidimos ademais que, como já de algum tempo foi estabelecido, sejam invalidadas as notas feitas por Paulo e Ulpiano na obra de Papiniano. Por fim, na hipótese em que forem citadas, em igual número, opiniões divergentes dos juristas da mesma paridade, escolherá a prudência do juiz qual seguir. Decidimos também que as Sentenças de Paulo mantenham o seu valor. Ravena, 7 de novembro de 426".⁸⁹

Por terem tais juristas vivido séculos antes, o critério que aí veio estabelecido foi também chamado de "tribunal dos mortos".

Cumprе esclarecer que a escolha dos cinco juristas, cujos escritos poderiam então ser livremente citados nos tribunais (*recitatio*), com o intuito de persuadir o julgador, não se deveu ao arbítrio dos legisladores, mas, na verdade, coadunava-se a uma prática já de algum tempo adotada, como, por exemplo, na compilação conhecida como *Vaticana fragmenta*, datada de época bem anterior, que contém fragmentos de *iura* extraídos exclusivamente da obra daqueles mesmos jurisconsultos.⁹⁰

Como bem observado, a partir desse momento, as soluções contidas nas obras dos referidos juristas não ostentam mais eficácia persuasiva, emergente do prestígio e da *auctoritas* da antiga jurisprudência, que permitia ao juiz valorá-la com certa liberdade, mas passam a ter um rígido cunho normativo, sancionado expressamente por uma *lex imperial* de âmbito geral. A única discricionariedade "deixada ao juiz é aquela de escolher entre as soluções possíveis na hipótese destas serem diferentes, e apenas no caso de um empate entre os juristas, desde que dentre estes não estivesse Papiniano".⁹¹

89 C. Th. 1.4.3: "Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scevolae, Sabini Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum colatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus (dat. VII id. Novemb. Ravenna DD. NN Theod. XII et Valent. II AA. Conss)".

90 Giuliano Cervenca, *Lineamenti di storia del diritto romano* (obra coletiva), cit., p. 690.

91 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 167.

4.4. Hierarquia das fontes no Código Teodosiano

Regulamentada a vigência da jurisprudência clássica (*iura*), o governo imperial traça um plano visando à consolidação das *leges generales*, antigas e mais recentes, cujo número expressivo não apenas obstaculizava a administração da justiça, como também se tornava tarefa quase impossível encontrar os respectivos textos nos arquivos do vasto império.

Assim, Teodósio II, em 429, anuncia as bases de um ousado projeto, que, na verdade, previa a elaboração de duas coletâneas.

Em primeiro lugar, foi idealizada uma compilação de cunho didático e doutrinário, que deveria catalogar, no mesmo formato dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano, todas as constituições imperiais a partir de Constantino, ainda que não estivessem em vigor ("*ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus*").⁹²

A outra compilação, que se destinava à atividade prática, alvitava a unificação normativa do direito vigente, devendo conter *leges* e *iura*, cuidando-se para que fossem extraídas as ambiguidades.⁹³

Todavia, malgrado o programa imperial, veio editada uma nova constituição, em 435, ordenando fosse feita uma seleção de leis imperiais, a partir de Constantino.⁹⁴ E esta, recebendo a denominação de *Codex Theodosianus*, foi promulgada, no oriente, em 15 de fevereiro de 438, e, em seguida, no ocidente, tendo entrado em vigor, em todo o império, a partir de 1º de janeiro de 439.⁹⁵

A despeito de conferir preeminência às constituições imperiais como fonte de direito, o Código Teodosiano reafirmou a *Lei das citações*, regulamentando, destarte, a tensão dialética existente entre *leges* e *iura*.

É possível entrever que a própria disposição da hierarquia das fontes do direito no *Codex* – C. Th. 1.1: *De constitutionibus principum et edictis* – C. Th. 1.2: *De diversis rescriptis* – C. Th. 1.3: *De mandatis principum* – C. Th. 1.4: *De responsis*

92 C. Th. 1.1.5 (a. 429).

93 C. Th. 1.1.5. V., a respeito, Archi, *Scopi e metodi della codificazione teodosiana*, Teodosio II e la sua codificazione, cit., pp. 29 s.

94 C. Th. 1.1.6 (a. 435).

95 Essa compilação de cunho oficial, dividida em 16 livros, vigorou até o advento do *Codex* de Justiniano; embora pouco investigada, é de grande importância para o estudo da organização judiciária romana do Dominato. Na parte ocidental do império, o Código Teodosiano sobreviveu à derrocada do exército romano e continuou em vigor até o advento das leis bárbaras, sendo, inclusive, parcialmente reproduzido na *lex romana visigothorum*, e, por essa razão, influenciou durante séculos o direito da península ibérica.

prudentium – “atribui claramente aos *iura* uma função meramente integrativa e subsidiária no âmbito de um ordenamento no qual a única fonte do direito é constituída pelas constituições imperiais. Os pareceres dos antigos juristas representavam, agora, uma dimensão do passado, estranha à nova concepção do império e do ordenamento normativo, se não como elemento ‘cultural’”.⁹⁶

5. Fontes justinianéias

5.1. Imperador *solus legislator et interprete iuris*

Apesar da queda da parte ocidental do império romano, ocorrida em 476, o oriente preservou sua fidelidade à Cidade Eterna...

À semelhança dos derradeiros imperadores que mantiveram a grandeza e o espírito de Roma, Justiniano era ilírico e recebera de seu tio Justino sólida formação clássica e cristã.⁹⁷

Reinando a partir de 527, esse notável monarca preconizava desde logo e de modo obstinado que a unidade política e jurídica do império somente seria possível se fosse atingida a estabilidade do exército e das leis.

Além do retorno à concepção da origem divina do poder imperial, vem também reafirmado o princípio de que toda norma – inclusive as de outrora, acomodadas às exigências atuais – derivava da suprema autoridade imperial.⁹⁸

Na verdade, partindo do pressuposto de que o direito não podia cingir-se à observância das novas leis, mas deveria também ser integrado pela experiência do passado, o imperador guiava-se pela idéia de continuidade do direito, segundo a qual a conservação das antigas fontes possuía um escopo vital.

Ao determinar, em 530, o início dos trabalhos de elaboração do Digesto, Justiniano esclarece o seu intuito: “... Ordenamos pois o exame e a reelaboração dos livros relativos ao direito romano dos antigos juristas, aos quais os divinos imperadores concederam o poder de formular e de interpretar o direito, para que destes, eliminadas (tanto quanto possível) todas as repetições e discordâncias, se faça uma obra suficiente a substituir todas...; ... todos os juristas, cujas opiniões

96 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 176-177.

97 Cf. Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 71; Isidoro Martin Martinez, *Los principios orientadores de la compilación justiniana*, Murcia, Nogués, 1945, p. 8. V., sobre a vida e obra de Justiniano, o profundo estudo de Gian Gualberto Archi, *Il classicismo di Giustiniano*, Giustiniano legislatore, Bologna, Mulino, 1970, pp. 151 ss.

98 (*De confirmatione digestorum*) Tanta, 10.

forem inseridas neste código, tenham a mesma autoridade que teriam se as suas opiniões promanassem de constituições imperiais e tivessem sido pronunciadas pela nossa boca divina; e justamente façamos nossas todas estas obras, sendo que todo o seu valor deriva de nós".⁹⁹

Conclui-se, assim, que Justiniano é considerado "um clássico"¹⁰⁰ exatamente porque, com a aprovação do Digesto, os fragmentos então recolhidos das obras dos juristas de outrora transformam-se em lei vigente, com a mesmíssima eficácia das *leges* encartadas no *Codex repetitae praelectionis*.

É interessante notar que os princípios e soluções jurídicas formulados, caso a caso, em época clássica, nos quadrantes de um direito em constante evolução, são corporificados em «leis gerais», no âmbito de um sistema «fechado», cuja interpretação somente era possível pelo próprio imperador, como ele mesmo afirmava, ao ensejo da «promulgação» do Digesto: «... se alguma norma restar de duvidosa interpretação, que isso seja reportado, pelos juízes, à majestade imperial, e venha explicitada pela autoridade do imperador, somente a quem é concedido ditar e interpretar a lei».¹⁰¹

Na monumental obra de codificação ordenada pelo imperador, marco derradeiro da evolução jurídico-legislativa do direito romano, verifica-se que essa concepção de único "legislador-intérprete" do direito vigente vem inúmeras vezes reafirmada. De uma constituição de 529, dirigida ao prefeito do pretório Demóstenes, extrai-se o seguinte trecho: "E quem parece ter idoneidade para dirimir os enigmas das leis e esclarecê-las a todos se não somente aquele a quem é concedido ser o autor das leis? Afastar portanto ridículas ambiguidades de tal monta, com razão somente o imperador será reputado tanto o criador quanto o intérprete das leis: esta lei não contraria em nada os artífices do antigo direito, uma vez que eles também reconheceram a majestade imperial".¹⁰²

99 (De conceptione digestorum) Deo auctore, 4 e 6.

100 Cf. Archi, *Il classicismo di Giustiniano*, cit., p. 179.

101 Tanta, 21: "... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari". V., ainda, Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 184-185.

102 C. 1.14.12: "... vel quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit". Frise-se que esta concepção justinianéia do imperador *solus legislator et interpret ius* granjeou tamanha importância, que, segundo a moderna historiografia, teria impedido, no passado medieval, a afirmação do princípio da eficácia vinculante dos precedentes judiciais nos países de tradição romanista (cf. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustiniana*, cit., p. 5).

Mais peremptória ainda, sob essa mesma perspectiva, mostra-se a continuação, ao que parece, da mesma constituição de Justiniano, na qual vinha estabelecido que: "Nenhum juiz ou árbitro pense ter o dever de seguir as decisões proferidas em consultas que entenda não estarem corretas, e, muito menos, as sentenças dos eminentíssimos prefeitos ou de outros juizes superiores (de fato, se alguma coisa não foi bem decidida, esse erro não deve ser disseminado por outros juizes, devendo-se julgar não com base nos exemplos, mas nas leis), nem mesmo se forem sentenças judiciais proferidas pela respeitadíssima prefeitura ou por qualquer máximo magistrado: determinamos, ao invés, que todos os juizes se deixem guiar pelos caminhos da verdade e da lei e da justiça".¹⁰³

Parece realmente claro que, com a expressão *non exemplis, sed legibus iudicandum est*, Justiniano desprezava qualquer efeito vinculante do precedente judicial, visto que reiterava a supremacia da lei como única fonte de direito.

5.2. Jurisprudência uniforme e constante

Importa observar, no entanto, que, a já referida constituição recolhida no *Codex justinianeu* (1.14.12) reconhecia expressamente força vinculante, *ad futurum*, às sentenças imperiais.

Com efeito, afirmava Justiniano que: "Se a majestade imperial examinou judicialmente uma causa e proferiu sentença entre as partes constituídas, todos os juizes, sem exceção, que estiverem sob o nosso império, saibam que aquela faz lei não apenas na causa em que foi proferida, mas em todos os casos similares".¹⁰⁴

É evidente que tal regra não causa surpresa, porquanto, no ideário de Justiniano, toda decisão imperial, ainda que atinente a uma hipótese concreta, implicava em *interpretatio legum*, exclusiva do imperador, e, portanto, revestida de eficácia legal.

Os juizes, como visto, impedidos de procederem a qualquer interpretação criativa do direito, deviam julgar em consonância com a lei.

103 C. 7.45.13: "Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicium vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus".

104 C. 1.14.12: "Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus..."

Não obstante, a continuação do texto da constituição (C. 7.45.13), acima transcrito, reconhece ("*putaverit*") aos próprios juízes a faculdade de individuar, com certa margem de discricionariedade, os eventuais vícios das anteriores *consultationes* e *sententiae*. Ora, desta importante atribuição infere-se, *a contrario sensu*, que o julgador poderia levar em consideração os *exempla* que estivessem em conformidade com as leis imperiais.

Assim, a rigor, ocorrendo antinomia entre leis ou lacuna no ordenamento, "não se proibia aos juízes de interpretar a legislação em vigor recorrendo a precedentes, desde que estes não fossem reputados equivocados ou *contra legem*".¹⁰⁵

Na verdade, a abonar esta conclusão, observa-se que o famoso fragmento de Calistrato, antes examinado, foi recolhido no Digesto, com inequívoco grau de generalização, confirmando, por assim dizer, a eficácia suasória da jurisprudência constante e uniforme ("*rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*").¹⁰⁶

Tudo indica, portanto, que os compiladores de Justiniano alcançaram um verdadeiro equilíbrio atinente ao binômio interpretação-aplicação da lei: o imperador e a sua lei se sobrepunham a todos. Os juízes estavam obrigados a ater-se àquela lei, mas para aplicá-la deveriam interpretá-la, considerando inclusive a "autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme".¹⁰⁷

Com essa regra, Justiniano circunscrevia um mecanismo técnico, com o escopo último de assegurar a uniforme interpretação da lei.

E, desse modo, podem ser extraídas, no particular, duas importantes regras da legislação de Justiniano, a saber:

- a) o imperador era o único intérprete da lei, *moto propriu* ou *in iudiciis*; e
- b) questões de interpretação poderiam surgir, diante de um caso concreto, permitindo-se ao juiz, nesta hipótese, para superar as possíveis contradições ou lacunas da lei, valer-se de regras consuetudinárias e da autoridade das sentenças precedentes proferidas em casos análogos.

105 Cf. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, cit., p. 9. V., em senso análogo, Ugo Zillett, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 246. V., em sentido contrário, afirmando que os juízes, em tal situação, estavam obrigados a submeter o problema ao imperador, Gisella Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 103.

106 D. 1.3.38 (l. 1 *quaestionum*): "De fato, o nosso imperador Severo respondeu que, nas ambigüidades originadas das leis, deve ter força de lei o costume ou a autoridade das coisas constantemente julgadas de modo uniforme". Para não ter dúvida quanto à vigência desse preceito, lembre-se que na constituição *Deo auctore* (n. 10), pela qual Justiniano determina a redação do Digesto, constava a orientação no sentido de que deveriam ser recolhidos somente os fragmentos que ainda estivessem em vigor na atividade negocial e na prática dos tribunais.

107 Cf. Vincenti, *I precedenti giudiziari: prospettive romanistiche*, cit., p. 25.

6. Fontes bizantinas

6.1. Eficácia persuasiva dos precedentes judiciais

Enquanto o império romano do ocidente era substituído pelos reinos de origem germânica, estabilizava-se (e perduraria até 1453) o império bizantino, que recebera essa denominação em razão do antigo nome de sua capital.

Com o intuito de evitar dúvidas e eventuais incertezas acerca do significado intrínseco das leis, Justiniano havia expressamente proibido que se escrevesse obra de comentário, autorizando apenas os *kata pódas*, ou seja, traduções literais do original latino, bem como os *paratitla*, índices sumários com referências a textos paralelos.¹⁰⁸

Tais inusitadas disposições não teriam sido observadas nem mesmo durante a vida de Justiniano, sendo bem provável que o próprio imperador autorizava excepcionar para fins didáticos.

A despeito do natural distanciamento do legado romano, após o governo do imperador ilírico, subsistia ainda, no tocante ao direito, certo interesse na interpretação e continuação da obra daquele monarca, mormente nas escolas de Beirute e Constantinopla.¹⁰⁹

Assim é que, desde logo, multiplicaram-se os comentários exegéticos de vários tipos.¹¹⁰ Muitas obras dessa época chegaram até nossos dias, como, por exemplo, uma epítome grega das Novelas, denominada *Authenticum*.

A partir de Heráclito (610), a produção legislativa imperial torna-se deveras escassa, e, por isso, pouco interesse há na investigação das fontes referentes a esse período.¹¹¹

Somente com a fundação da dinastia isáurica (717-867) é que ganha notável incremento a legislação bizantina.

Em 740 é promulgada, por Leão Isáurico e por seu filho Constantino Coprónico, a *Écloga*, ou seja, um manual destinado à praxe judiciária greco-oriental, mas que não reproduzia qualquer texto referente à eficácia dos julgamentos proferidos em anteriores questões.

108 *Deo auctore*, 12 e 13; *Tanta*, 19; *Omnem rei publicae*, 8.

109 V., a propósito, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 78; com arrimo em Paul Collinet, *Les preuves directs de l'influence de l'enseignement de Beyrouth su la Codification de Justinien*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1927, pp. 5-6; e em Jean Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IVe et Ve siècles*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1979, p. 84.

110 V., a respeito, Giannino Ferrari Dalle Spade, *Diritto bizantino*, *Novissimo digesto italiano*, 5(1960):793.

111 Cf. Ferrari Dalle Spade, *Diritto bizantino*, cit., p. 794.

A edição de novas leis também não iria estagnar-se sob a dinastia macedônica (867-1025). Vieram a lume o *Próquiron* (879) e a *Epanagoué* (886).

Ainda no reinado de Basílio (867-886) foi idealizado um projeto para a elaboração de uma compilação escrita exclusivamente em grego, que contivesse uma síntese prática de todo o *Corpus Iuris Civilis*, tendo por finalidade a eliminação completa do uso indiscriminado das leis de Justiniano.

Esse trabalho foi então ultimado sob a coroa de Leão, o Sábio (886-911), filho de Basílio, sendo que seus compiladores seguiram a ordem sistemática do *Codex Justinianeu*. É composto de 60 livros e conhecido pelo nome de *Basílicas*.¹¹²

Acerca do tema que nos ocupa, é possível inferir que, na época sucessiva a Justiniano, a prática bizantina prosseguiu reafirmando a orientação anterior. Com efeito, nas *Basílicas* foi inserido um resumo de um fragmento de Calistrato (D. 1.3.38), com a seguinte redação: "Na interpretação das leis deve-se recorrer ao costume da cidade e ao modo pelo qual foi julgado nos casos análogos durante todo o tempo".¹¹³

Confirma-se, assim, também nesse período histórico, a tradição da autoridade persuasiva dos precedentes judiciais.

do continente europeu, não se a-
qualquer rejeição pelas regras jurídicas mais evoluídas por eles encontradas
Chegaram inclusive a adotar o latim, o que restava da cultura trinitária e, até
mesmo, há pouco tempo, o Cristianismo em substituição à religião ariana.

Já no que se refere ao direito, o povo bárbaro deixou-se reger pelas suas pró-
prias normas por um período mais longo, na medida em que as leis eram determi-
nadas pelo modo de viver das comunidades passuais e pelo seu próprio direito, e
não em virtude de novas relações sócio-econômicas ou políticas.

Assim, os dois sistemas jurídicos se deparavam, distantes não apenas pela
discrepância de princípios e regras, mas, sobretudo, pelo nível de perfeição. Con-
tudo, destaca-se, inevitável que tal aproximação se transformasse em um processo
contrário, como profundo deve ter um contraste de civilizações.

As controvérsias entre romano-hispânicos continuaram a ser processadas
instituídas e julgadas consoante os preceitos do direito romano vulgar, muito vi-
vendo, todavia, intervindo um bárbaro interessado, o litigante era obrigado a ler de
o direito legal deste.

112 Giuseppe Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, 5ª ed., Torino Giappichelli, 1965, pp. 504-505; Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 80.

113 2.6.16: "In legum interpretatione consuetudo civitatis attendenda est, et quemadmodum in simili-
bus perpetuo iudicatum sit" (trad. de Heimbach, 1.39).

III

DIREITO VISIGÓTICO

SUMÁRIO: 1. Formação do direito visigótico. 2. *Interpretatio iuris* na legislação visigótica.

1. Formação do direito visigótico

O direito que regia a península ibérica antes das invasões das hordas nórdicas não se harmonizava àquele ordenamento jurídico que outrora predominara em Roma no período clássico.

A exemplo do que sucedera em todas as demais províncias do império em franca decadência, vigorava um sistema de direito romano vulgar, que era o produto da conjugação de dois fatores que se relacionavam: a persistência de certas práticas consuetudinárias anteriores à conquista romana e a degenerescência do direito romano clássico.¹

Ressalte-se que a partir do século V o estado espiritual dos godos, que ampliavam a invasão no extremo ocidental do continente europeu, não apresentava qualquer rejeição pelas regras jurídicas mais evoluídas por eles encontradas. Chegaram inclusive a adotar o latim, o que restava da cultura tardo-clássica e, até mesmo, em pouco tempo, o Cristianismo em substituição à religião ariana.

Já no que se refere ao direito, o povo bárbaro deixou-se reger pelas suas próprias normas por um período mais longo, na medida em que as leis eram determinadas pelo *modus vivendi* das comunidades pessoais e pelo seu próprio *ethos*, e não em virtude de novas relações sócio-econômicas ou políticas.²

Assim, os dois sistemas jurídicos se deparavam, distantes não apenas pela discrepância de princípios e regras, mas, sobretudo, pelo nível de perfeição, sendo, destarte, inexorável que tal aproximação se transformasse em um profundo contraste, como profundo deve ser um contraste de civilizações.³

As controvérsias entre romano-hispânicos continuaram a ser processadas, instruídas e julgadas consoante os preceitos do direito romano vulgar, então vigentes; todavia, intervindo um bárbaro interessado, o litígio era dirimido à luz do ordenamento legal deste.

1 Guilherme Braga da Cruz, *História do direito português*, Coimbra, s/ed., 1955, p. 124.

2 Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, 1, tr. it. de U. Santarelli, Milano, Giuffrè, 1981, p. 41 (= *História do direito privado moderno*, tr. port. Antonio M. Botelho Hespanha da 2ª ed. alemã, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1980, p. 27).

3 Cf. Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, 1 – Le fonti, Milano, Giuffrè, 1954, p. 119.

Mesmo depois da consolidação do reino visigótico na península ibérica, por Alarico II (484-507), no limiar do século VI, as normas vigentes permaneceram, "não apenas como direito positivo para disciplinar as relações jurídicas do povo vencido, mas também como modelo a inspirar as próprias leis estabelecidas pelos vencedores, em razão da influência que a civilização romana exerceu sobre aquele povo germânico, através dos muitos e estreitos contatos que mantiveram ao longo de um século, ora como aliados, ora como adversários, desde 376, ano da primeira incursão visigótica no império, até 476, ano da queda de Roma, quando Eurico iniciou a conquista do território da península, com exceção da zona ocupada pelo reino suevo".⁴

Embora os visigodos já tivessem compilado o *Edictum Theodorici regis*, entre 459 e 460, e o *Codex Euricianus*, em 476, quase meio século depois, Alarico II, em 506, estabelecido definitivamente em Toledo, promulga a *Lex Romana Visigothorum*, mas conhecida como *Breviário de Alarico* (*Breviarium Alarici* ou *Aniani*), composto exclusivamente de fontes de direito romano, extraídas do Código Teodosiano, dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano, da Epítome de Gaio e das Sentenças de Paulo, acompanhadas da *interpretatio* de época pré-visigótica.

Tratava-se de uma coletânea de *leges* e *iura*, aplicável nas relações entre romanos, com a precípua finalidade de tornar mais segura a observância do direito vigente, e que teve enorme repercussão na península ibérica, na Gália, e, mais tarde, inclusive na Itália.⁵

A extensão territorial do reino impunha a atualização da antiga legislação romano-visigótica, que acabou sendo determinada pelo Rei Leovigildo (573-586). O teor dessa reforma somente é em parte conhecido por meio das leis *antiquae*, coligidas, em momento posterior, no *Liber Judiciorum*. Foi também nesse reinado que o *Código de Eurico* foi revisto, substituindo-se normas obsoletas por outras mais modernas. Esse trabalho legislativo passou a ser denominado *Codex revisus*.

A conversão de Recaredo (586-601) ao catolicismo, no início de seu governo, ensejou, por via de consequência, a unificação religiosa do território conquistado, e destruiu um dos mais fortes obstáculos à fusão com os habitantes da raça dominada: "... a Igreja via, nem godos nem romanos, mas apenas católicos".⁶

4 Lobo da Costa, *A revogação da sentença na Península Ibérica*, São Paulo, s/ed., 1979, p. 3; *A revogação da sentença*, São Paulo, Edusp/Ícone, 1995, p. 85; Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., pp. 86-87, pesquisa em parte aqui reproduzida.

5 Antonio Padoa-Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa*, 1 – Il medioevo, Padova, Cedam, 1995, p. 68; Aloísio Surgik, *Gens gothorum. As raízes bárbaras do legalismo dogmático*, Curitiba, Livro é Cultura, 2002, p. 73.

6 P. D. King, *King Chindasvind and the First Territorial Law-code of the Visigothic Kingdom*, Visigothic Spain: New Approaches, Oxford, Clarendon, 1980, p. 140; *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, tr. esp. M. Rodrigues Alonso, Madrid, Alianza, 1981, pp. 36-37; e, com ele, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 92.

A partir de então, descortinando-se a possibilidade de ingerência do clero na administração temporal, significativa relevância passam a ter os concílios, nos quais, além de assuntos de ordem espiritual, eram também resolvidas questões de natureza profana.

Assim, diante de uma legislação comum para toda a comunidade, com a promulgação do *Liber Judiciorum* sob a coroa de Recesvindo (649-672), colocou-se termo ao sistema da personalidade das leis vigentes, uma vez que o referido diploma legal deveria ser aplicado a todos os súditos, quer fossem godos, quer fossem hispano-romanos.

Essa compilação foi efetivada com a colaboração de São Bráulio, "revisada no Concílio VIII de Toledo e promulgada no ano 654, constituindo uma grandiosa obra, que compreende leis próprias e leis promulgadas por monarcas anteriores. As leis anteriores a Recaredo qualificam-se como *antiquae*, que podiam ser provenientes do velho código atribuído a Eurico, do direito romano através do Breviário e outras fontes similares, como o *Codex revisus* de Leovigildo – se é que existiu –, algumas delas qualificadas como *emendatae* ou *antiquae emendatae*, o que significa que o texto original foi corrigido ou sofreu alguma modificação".⁷

Cumprе salientar que, diferentemente das coletâneas anteriores, Recesvindo adotou a forma de compilação propriamente dita, ao dividir o *Liber Judiciorum* em 12 livros e títulos, a exemplo do *Codex repetitae praelectionis* justinianeus.

A edição vulgar do *Liber Judiciorum* passou a ser chamada de *Forum Judicum* e, em castelhano, *Fuero Juzgo*.

A produção de leis visigóticas não se estanca, sendo certo que o *Liber recesvindiano* iria sofrer uma revisão oficial elaborada por Ervígio (680-687), alterando-se o teor de muitos textos e acrescentando-se outros, editados nos reinados de Vamba (672-680) e do próprio Ervígio.

Não muito tempo depois, a invasão moura, em 711, provocaria uma ruptura político-administrativa naquela comunidade racial, religiosa e juridicamente unificada que então se estabelecera ao longo de mais de dois séculos na península ibérica.

A partir desse momento, o direito volta a ter aplicação pessoal, perdurando essa situação durante largo período. O *Corão* (*Qur'ân*, em árabe) era aplicado aos seguidores do islamismo e nos negócios com os não-muçulmanos (*moçárabes*); e, entre estes, as relações jurídicas continuaram a ser regidas pelo *Liber Judiciorum*.⁸

7 Surgik, *Gens gothorum*, cit., p. 86. V., ainda, Rafael Gibert, *Historia general del derecho español*, Madrid, s/ed., 1975, pp. 17 e 465-466.

8 Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 95.

Essa a razão pela qual ter legado, o direito muçulmano, após quase oito séculos de domínio árabe, tão insignificante influência na formação do sistema jurídico do território peninsular depois da reconquista.⁹

2. *Interpretatio iuris* na legislação visigótica

Como já tivemos oportunidade de assinalar, o desenho inicial da monarquia medieval era marcado pelas prerrogativas pessoais e absolutas dos reis sobre cada uma das comunidades bárbaras, bem como sobre os povos subjugados.¹⁰

E isso se explicava, porque, diversamente do que ocorrera no campo das relações sociais, os invasores introduziram, no plano político, a concepção de reino (*regnum*), "entidade que, pela primeira vez na história das instituições políticas, unifica os dois elementos essenciais dos Estados modernos, o povo e o território, submetendo-os *ambos* à mesma autoridade política (o rei)".¹¹

É evidente que, além de administrar todos os negócios do governo, a atividade jurisdicional do monarca como supremo magistrado, visava, também nesse momento histórico, a preservar a soberania real sobre os territórios ocupados. Assim, desde os primeiros tempos do assalto bárbaro, os reis intervínham pessoalmente nos litígios sob a apreciação de juízes inferiores.

O *Codex euriciano* dispunha, a propósito, que, diante de duas sentenças conflitantes, a questão deveria ser submetida à *interpretatio* do rei, para que fosse decidido qual a que deveria prevalecer.¹²

O tribunal supremo – Aula Régia – também poderia ser alcançado por força do recurso de apelação, cuja disciplina vinha estruturada na *Lex Romana Visigothorum*.¹³

Ademais, nota-se que esse importante monumento legislativo reproduziu a *Lei das citações*, de 426, dos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III, trazendo a seguinte *interpretatio*: "Esta lei mostra de quais autores jurídicos as opiniões têm valor, ou seja, as de Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano, Modestino, Scevola, Sabino,

9 Cf. Lobo da Costa, *A revogação da sentença na Península Ibérica*, cit., p. 28; *A revogação da sentença*, cit., p. 97.

10 Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 95.

11 António Manuel B. Hespanha, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Alameda, 1982, pp. 116-117.

12 "Si existen dos sentencias contradictorias, deben ser referidas al rey, para que este decida cuál deve ser aprobada como válida" (cf. Alvaro D'Ors, *El Código de Eurico*, Estudios visigóticos, 2, Roma-Madrid, 1960, pp. 201-202).

13 Consulte-se, por todos, Padoa-Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, 1, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 115 ss.

Juliano e Maecelo. Se estes manifestaram opinião diferente, prevaleça a maioria concorde. Que se por acaso o número seja igual, prevaleça a autoridade daquele grupo no qual se pronunciou Papiniano: como Papiniano vence a opinião individual, ela cede no confronto de duas outras. Scevola, Sabino, Juliano e Marcelo não se encontram no original, mas estão inseridos nas obras dos referidos juristas. Esta lei ainda olvidou Gregoriano e Hermogeniano, visto que a sua autoridade vem confirmada pela lei que precede sob o título 'das constituições dos príncipes e dos editos'. Mas entre todos estes juristas, de Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano e Paolo, escolhemos aquilo que parecia necessário às causas dos tempos atuais".¹⁴

É interessante notar que essa interpretação visigótica, acrescentada ao original do texto romano e que procurava ajustá-lo à realidade, mesmo referindo ao rol dos juristas clássicos que tinham sido prestigiados, inclui as constituições recolhidas nos Códigos Hermogeniano e Gregoriano. E é curioso, outrossim, que, na parte final, ao invés de haver referência às leis compiladas por Gregoriano e Hermogeniano, ambos é que são alinhados entre os demais juristas, não se fazendo, portanto, distinção entre *leges* e *iura*. Ademais, verifica-se que dos cinco *laudati* juristas (Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino) são excluídos Ulpiano e Modestino.¹⁵

As fontes jurídicas do Dominato demonstram, com razoável nitidez, que a preocupação da chancelaria imperial polariza-se, ao longo das décadas, sobre a aplicação harmônica das *leges generalis* e dos *rescripta*.

Seja como for, é de observar-se que Alarico II também procurou dotar o direito vigente de maior certeza, tanto no que se refere à utilização, como precedente, perante os tribunais, quanto no que concerne ao fundamento das sentenças.

Após a adoção do catolicismo, a discricionariedade dos poderes monárquicos vem delimitada pelo respeito aos dogmas da fé e da moral cristã. Assim, o *Liber Judiciorum* sofre expressiva influência da religião católica por via do direito romano justinianeu, seja do ponto de vista estritamente jurídico, seja quanto à administração da justiça, uma vez que os bispos passam a desempenhar destacado papel no âmbito da organização judiciária visigótica.¹⁶

14 *Lex Romana Visigothorum*, 1.4.1.

15 Consulte-se, sobre esse tema, Renzo Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1991, pp. 79 ss.

16 Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 100. V., também nesse sentido, Lobo da Costa, *A revogação da sentença na Península Ibérica*, cit., p. 19; *A revogação da sentença*, cit., pp. 93-95, que se refere a afirmação de João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal brasileiro*, v. 1, 3ª ed., Max Limonad, Rio de Janeiro, 1920, p. 53), no sentido de que: "os visigodos foram uns 'vencedores vencidos', que se deixaram influenciar pela autoridade moral dos Bispos e superioridade das leis romanas".

Inspirada na *Novela 86* (a. 539) de Justiniano, uma disposição de Recaredo¹⁷, mais tarde confirmada por Recesvindo¹⁸, dispunha o seguinte: "*Nos amonestamos á los obispos de Dios, que deven aver guarda sobre los pobres, é sobre los coyados por mandado de Dios, que ellos amonesten los iuzes que iudgan tuerto contra los pueblos, que meiores, é que fagan buena vía, é que defasgan lo que iudgáron mal. E si ellos non lo quisieren fazer por su amonestamiento, é quisieren iudgar tuerto, el obispo em cuya tierra es, deve lamar al iuez que dizien que iudgó tuerto, é otros obispos, é otros omnes buenos, y emendar el pleyto el obispo cum el iuez, segund cuemo es derecho. E si el iuez es tan porfiado [obstinado], que non quiere emendar el iuyzio con él, estonze el obispo lo puede iudgar por sí, y el iuyzio que fuere emendado, faga ende un escripto de cuento lo emendó, y envie el escripto con aquel que era agraviado antel rey, que el rey confirme lo quel semeiare que es derecho. E si el iuez tollier al obispo aquel omne que ante era agraviado por el iuez con tuerto, que non venga antel obispo, peche el iuez dos libras doro al rey*".

Além da possibilidade de obter-se novo julgamento quando a sentença fosse reputada injusta¹⁹, tal disposição determinava que a decisão do bispo em conjunto com outros julgadores, que porventura corrigisse o julgado impugnado, deveria ser levada ao exame do rei, para que "*glorioso serenitatis nostrae oraculo conformitur*".

Verifica-se, destarte, que o monarca detinha a prerrogativa de dizer a última palavra sobre a questão que lhe fora remetida pelo bispo.

Essa *auctoritas* real vem também reiterada em uma lei de Recaredo, pela qual era regrada a hipótese de lacuna da lei.

Assim, nenhum juiz poderia julgar um caso que não tivesse previsão legal (... "*contenidos en las leyes*"). Diante de tal situação, o juiz ou o *comes civitatis* deveria encaminhar as partes ao rei, a quem competia decidir a controvérsia e editar a lei para ser aplicada em situações futuras.²⁰

Com a invasão muçulmana o direito volta a ser regido com base no princípio da personalidade. As normas jurídicas do povo invasor retornam com ele, quando foi expulso, ou permaneceram disciplinando "a sociedade dos *mudéjares*, que eram os mouros que se submeteram pacificamente durante a

17 *Fuero Juzgo*, 12.1.3.

18 *Forum Judicum*, 2.1.28.

19 V., no tocante ao procedimento recursal regido por esta lei, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., pp. 101-102.

20 *Fuero Juzgo*, 2.1.11.

Reconquista, aos quais foi tolerado nos novos reinos cristãos terem seus próprios magistrados e regerem-se pelo seu direito pessoal, que, por não se mesclar com o direito visigótico da população cristã, quase não deixou marcas de sua passagem na Península".²¹

1. O conceito de direito romano-canônico

Quando se fala de direito, que é o despoio de muitas denominações, quer-se dizer que se trata de um conceito que se originou em Bolonha a partir da segunda metade do século XI. É uma ciência que se mostra mais adequada, em certos aspectos, e de maior alcance, por ser mais abrangente e conter, dentro dela, a síntese de duas grandes tradições jurídicas: o direito romano-justiniano e o direito canônico. A síntese que se fez foi feita e sob esta síntese — (i) constitui um novo corpo de doutrina jurídica europeia, quer ainda enquanto se trata de uma ciência jurídica, quer ainda enquanto se trata de uma ciência jurídica, quer ainda enquanto se trata de uma ciência jurídica, quer ainda enquanto se trata de uma ciência jurídica.

Verifica-se, pois, que o conceito de *direito comum* encerra em si a síntese de duas grandes tradições jurídicas que não conheciam fronteiras físicas na Europa.

É importante assinalar que a dimensão desse novo ordenamento jurídico não se limita apenas por sua extensão geográfica, mas também pela importância que ele adquiriu para os juristas, integrados pela unidade metodológica e científica, resultante de uma formação romana-canônica.

Falta-se perceber que, no Ocidente, após a completa adoção do modelo jurídico romano-canônico, os juristas passaram a ser os responsáveis pela elaboração do direito pessoal de cada povo. Assim, durante toda a Idade Média, os juristas foram responsáveis pela elaboração do direito pessoal de cada povo, e não apenas pela elaboração do direito pessoal de cada povo, e não apenas pela elaboração do direito pessoal de cada povo.

21 Cf. Lobo da Costa, *A revogação da sentença na Península Ibérica*, cit., p. 29; *A revogação da sentença*, cit., p. 98.

IV
DIREITO COMUM

SUMÁRIO: 1. Confluência do direito romano-canônico. 2. Jurisdição laica e jurisdição canônica. 3. Precedente judicial na glosa e nos comentários. 4. Precedente judicial nas fontes canônicas.

1. Confluência do direito romano-canônico

Cumprе esclarecer, de início, que, a despeito de muitas denominações atribuídas ao sistema jurídico que se originou em Bolonha a partir da segunda metade do século XI, a locução que se mostra mais adequada, em nosso entender, é *direito comum* (*utrumque ius*), por ser mais abrangente e conferir, desde logo, uma idéia global de *unidade* – “quer enquanto (i) *unifica* (*harmoniza*) as várias fontes do direito (direito romano-justiniano, direito canônico e direitos locais), quer enquanto – uma vez levada a cabo esta síntese – (ii) constitui um *objeto único* (ou comum) de toda a ciência jurídica européia, quer ainda enquanto ‘trata’ este objeto segundo os métodos de uma (iii) *comum* ‘ciência’ do direito, forjada (iv) num ensino universitário do direito que era *comum* por toda a Europa, e (v) vulgarizada por uma literatura escrita numa língua também *comum* – o latim”.¹

Verifica-se, pois, que o conceito de *direito comum* encerra um fenômeno cultural dinâmico e complexo que não conheceu fronteiras étnicas ou territoriais. É interessante assinalar que a dimensão desse

É interessante assinalar que a dimensão desse novo ordenamento legal não se revela apenas por sua extensão geográfica, mas também pelo importante desempenho dos juristas, integrados pela unidade metodológica e científica, resultante de uma comum formação romano-canônica.

Tenha-se presente que, no Ocidente, após a completa cessação da produção jurídica causada pela queda do império romano, as fontes pós-clássicas continuaram difundidas durante toda a Idade Média. As *Institutas* de Justiniano, por exemplo, eram conhecidas e estudadas, não se olvidando jamais a memória de seu valor como texto legislativo, uma vez que a constituição *Imperatoriam* era citada até mesmo por escritores leigos.²

¹ Hespanha, *História das instituições*, cit., pp. 440-441; e, ainda, amplamente, Calasso, *Il concetto di "diritto comune"*. Introduzione al diritto comune, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 31-76.

2 Cf. Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 106, com apoio na original e profonda pesquisa de Carlo Guido Mor, *Per la storia dei libri giustinianeî nell'età preirneriana*, Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, v. 1, Milano, Giuffrè, 1953, p. 287; *Il digesto nell'età preirneriana e la formazione della "vulgata"*, Per il XIV Centenario delle Pandette e del

Como bem lembrado, na alta Idade Média, a despeito do poder político dos invasores, o direito romano, com alguma limitação, continuou sendo observado e aplicado nos territórios subjugados para reger as relações dos vencidos.³

No ambiente da Igreja, sabe-se que os clérigos possuíam suficiente conhecimento das normas jurídicas imperiais, haurido nos manuscritos que foram conservados nas bibliotecas dos mosteiros e abadias medievais.

Tal circunstância contribuiu sobremaneira à preservação de princípios do direito romano, facilmente detectados, quer na estrutura, quer na elaboração conceitual dos dogmas do ordenamento jurídico canônico.

A expansão econômica e o desenvolvimento do comércio no início do século XI propiciaram uma mudança de orientação na cultura, que passa a despertar interesse difuso na sociedade, e, portanto, o ensino, em princípio restrito aos clérigos, estende-se à burguesia laica.

O estudo científico do direito romano insere-se, assim, no contexto de um movimento mais amplo e geral, muito além do ensino superficial do *trivium* (gramática, dialética e retórica) que dominava àquela época.

Na verdade, o modelo de investigação jurídica – *studium civile* – que se origina na Escola de Bolonha, nos estertores do século XI, guarda íntima relação com o ingresso da literatura clássica – conservada nas fontes romanas, mormente no Digesto – na consciência científica da Idade Média.⁴

A restauração da idéia de uma sociedade disciplinada por meio de regras mais eruditas surge no momento em que os europeus voltaram a ter hegemonia sobre o mar mediterrâneo e teve início um extraordinário período de efervescente renascimento artístico e econômico.⁵

Em um mundo eminentemente cristão resulta evidente que tal agitação de cunho científico também repercutisse no âmbito do clero, depositário único da cultura da época. A ordem jurídica da Igreja escudou-se, durante quase toda a

Codice di Giustiniano, Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pavia, 1934, pp. 559 ss. (v., particularmente, p. 584).

3 Giovanni Cassandro, *Lezioni di diritto comune*, 1, Napoli, ESI, 1980, p. 14. V., ainda, a clássica obra de Savigny, *Storia del diritto romano del medio evo*, 3 vv., tr. it., Firenze, V. Batelli, 1844-1845 (v., em especial, o v. 2).

4 V., nesse sentido, Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., pp. 55-56 (= *História do direito privado moderno*, cit., pp. 38-39).

5 Cf. J. H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, tr. esp. Carlos Sierra, México-DF, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 26. V., ainda, na esteira da mesma lição, Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 108.

Idade Média, em uma tradição salvaguardada pelo uso da escrita e pela manutenção do ensino da teologia. Os seus alicerces se fundavam nos documentos escritos e nos preceitos relativos à aplicação do direito canônico.

Sucede que no curso do século X, a autenticidade das cópias dessas fontes tornou-se duvidosa, principalmente pela querela das investiduras e pela reforma de Cluny, efetivada pelo Papa Gregório VII (1073-1085). Assim, a missão de uma nova ciência do direito da Igreja não era, em princípio, a descoberta, mas, antes, a ordenação sistemática e espiritual de uma cultura tradicional contínua, embora confusa e dispersa.⁶

Diversos eram, portanto, os objetivos científicos perseguidos pelos dois ramos do direito. Não é preciso dizer que, em um primeiro momento, *ius civile* e *ius canonicum* andavam destacados em razão de concepções políticas peculiares da época ou da proibição do estudo das fontes laicas aos clérigos em missão pastoral. Contudo, com o passar do tempo, era inevitável que as duas culturas se aproximassem e passassem a ser investigadas simultaneamente.⁷

Os legistas buscavam, por meio da exegese do *Corpus Iuris Civilis* em forma de *glosa* – método criado e difundido pelo *magister artium* Irnério (*lucerna iuris*), solucionar questões práticas através da discussão erudita, consubstanciada em *limitationes*, *ampliationes* e *declarationes* dos textos jurídicos de Justiniano, adaptando-os às novas exigências condicionadas pela dinâmica social.

A canonística, a seu turno, preocupava-se com um trabalho de elaboração sistemática de textos provenientes da patrística, das antigas compilações, de bulas papais, dos cânones conciliares, e de decisões da *episcopalis audientia*.⁸

Foi significativa a influência cultural da Universidade de Bolonha não apenas na aplicação prática do direito. Com a fundação de outros centros de estudo, os discípulos daquela escola serão divulgadores, pensadores hegemônicos dos problemas jurídicos e das questões políticas, e criadores deste campo autônomo do saber no Velho Continente. O seu método será conhecido, mais tarde, “como o *mos italicus*, a maneira italiana de estudar o direito e influirão

6 Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., pp. 95-96 (= *História do direito privado moderno*, cit., pp. 69-70).

7 Consulte-se, ainda, uma vez, Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 104 (= *História do direito privado moderno*, cit., p. 76). V., ainda, Javier Paricio e A. Fernández Barreiro, *História del derecho romano y su recepción europea*, 5ª ed., Madrid, Paideia, 2000, pp. 219-220.

8 V., nesse sentido, Giovanni Cassandro, *La genesi del diritto comune*, Il diritto comune e la tradizione giuridica europea, Università di Perugia, 1980, p. 62. Consulte-se, outrossim, a bibliografia citada por Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 110.

até o século XVII, em oposição ao *mos gallicus* (francês, histórico, culto e sistemático) que virá a formar-se a partir do humanismo e do renascimento".⁹

2. Jurisdição laica e jurisdição canônica

A tensão dialética e a ingerência recíproca entre os poderes temporal e eclesiástico caracterizaram, com acentuada constância, as vicissitudes políticas da Idade Média.

Na verdade, como já pudemos observar, a questão atinente à supremacia do império e do papado já existia de há muito, embora desde os tempos do Papa Gelásio II (1118-1119) a delimitação das esferas de atuação da Igreja e do poder laico houvesse sido demarcada: no campo das coisas temporais, devia o Papa obediência ao imperador; no terreno espiritual, subordinava-se o imperador ao Papa.¹⁰

Com o renascimento científico do direito romano entendeu-se ter havido também uma *renovatio* da *respublica* romana e o imperador do *Sacrum Imperium* achava-se sucessor de Justiniano (*translatio imperii*), protetor da Igreja, desejando, por isso, imiscuir-se na *auctoritas sacrata pontificum*, isto é, na jurisdição eclesiástica; ao passo que o Papa, preconizando a cada momento a sua superioridade, julgou-se legitimado a deter a *regalis potestas*, ou seja, a jurisdição temporal. Daí a evidente impossibilidade de seguir-se o vetusto regramento gelasiano.¹¹

Desse embate de poderes surge a célebre "querela das investiduras", iniciada entre o poder temporal e o Papa Gregório VII, ensejando profícua discussão teórica e, conseqüentemente, uma rica literatura entre os juristas da época, a respeito da soberania e da lei.

O conflito concentra-se, nas comunas italianas, entre guelfos e gibelinos; nas Universidades, às constituições imperiais opõem-se as decretais e os cânones; leigos e canonistas passam a ser célebres rivais. A tônica característica da discórdia nesse sentido é comprovada pela produção literária da época: enquanto na obra de Santo Tomás de Aquino é lançado o fundamento do direito público da Igreja, sustentando-se a imediata subordinação do Estado, Dante Alighieri proclama a necessidade da monarquia universal, legitimada por delegação popular e o poder imperial emanado diretamente de Deus.

⁹ Cf. Lima Lopes, *O direito na história*, cit., p. 135.

¹⁰ Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 112, com lastro em Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português. Fontes de direito*, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1985, p. 130; Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 140 ss.

¹¹ Gomes da Silva, *História do direito português*, cit., p. 131. Cf., também, Azevedo e Cruz e Tucci, *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)*, São Paulo, Ed. RT, 2001, pp. 46-47.

Dessa disputa ideológica, que determinava a divisão do direito em diferentes vetores e levava os monarcas, cada vez mais ciosos de suas prerrogativas, a combater as imunidades eclesiásticas, a relação Universidade-Império e Igreja tinha um fundamento de ordem eminentemente política, visto que as obras científicas se prestavam sobretudo a salvaguardar os direitos romano e canônico.¹²

Assim sendo, após essa idéia ser difundida pela doutrina da época, o *ius civile* e o *ius canonicum* representavam dois conjuntos normativos distintos, embora coordenados e indissolúveis, formando um sistema unitário de normas universais (*unum ius*). Dessa interação institucional, os juízes dos tribunais eclesiásticos passaram a aplicar, como direito subsidiário, as regras romanas; e as cortes laicas dispunham do mesmo modo de princípios gerais do direito canônico ("*ius canonicum et civile sunt adeo connexa ut unum sine altere non intellegi potest*").¹³

Os historiadores ressaltam que Acúrsio (1182-1259) – principal expoente da Escola de Bolonha – teve o mérito de traçar os fundamentos da separação que se efetivou, ao menos no plano teórico, entre as duas jurisdições (*iurisdictio divisa*), revelada no célebre princípio: "*nec Papae in temporalibus, nec Imperator in spiritualibus se debeant imiscere*".¹⁴

Décadas depois, aludindo expressamente à glosa de Acúrsio, Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), no mesmo sentido, afirmava em seus famosos *Comentários* que: "*iurisdictiones Papae et Principis sunt distinctae... Nota quod Imperium et Sacerdotium processerunt a Deo, et eodem tempore, et sic dicit Glossa quod istae iurisdictiones sunt distinctae, nec Papa in temporalibus, nec Imperator in spiritualibus debet se intromittere...*".¹⁵

12 Cruz e Tucci, *Jurisdição e poder*, cit., p. 113; Azevedo e Cruz e Tucci, *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 47.

13 "Os direitos canônico e civil são ambos conexos e um sem o outro não pode ser entendido". V. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, cit., pp. 104-105 (= *História do direito privado moderno*, cit., pp. 76-77); Calasso, *Il problema storico del diritto comune*, *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 108.

14 "Nem o Papa nas coisas terrenas, nem o Imperador nas espirituais, devem imiscuir-se": *Novellae constitutiones divi Caesaris Iustiniani, quae Authentica vulgo appellant*, Venetiis, Nicolau Bevilacqua, s/d., p. 34, glosa *Conferens generi*, sob letra o. Já escrevemos que também no *Decretum Gratiani* (*Concordia discordantium canonum*, 1139-1145), ainda que com outras palavras, mencionava-se tal princípio: "*Scilicet cum ambo fint laici, quia praelati non debent tractare saecularia iudicia*" – 2.6.3 – 2ª col. (Venetiis, 1591, p. 615). Era ele também reiterado nos Concílios da época (v., a propósito, amplamente, José Maldonado y Fernandes del Torco, *Las relaciones entre el derecho canonico y el derecho secular en los concilios españoles del siglo XI*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 14(1942):368-369).

15 "A jurisdição do Papa e a do Príncipe são distintas... O Império e o Sacerdócio emanam, ao mesmo tempo, de Deus, e o que a glosa diz é que as jurisdições são distintas, nem o Papa nas coisa terrenas, nem o Imperador nas espirituais, devem intrometer-se": *Ad Authenticum*, Venetiis, 1570, p. 37.

Mesmo com essas fronteiras bem delimitadas, é de observar-se que a jurisdição eclesiástica tinha competência mesmo fora do âmbito dos assuntos estritamente espirituais (*causae spirituales*), apresentando direta influência no ordenamento profano nas denominadas *causae saeculares*. Com o fim precípua de diminuir o prestígio da jurisdição temporal, nota-se a ingerência da jurisdição da Igreja na esfera de atribuições do poder laico, extrapolando a competência ínsita a seu *forum internum*.

Aduza-se, por fim, que em caso de conflito entre *leges* e *canones*, isto é, entre as duas jurisdições, estabeleceu-se o denominado "critério do pecado", pelo qual o tribunal eclesiástico era competente *ratione peccati*, ou seja, quando a controvérsia tivesse relevância sob o aspecto penitencial. Segundo a doutrina de Bártolo aplicava-se:

- a) o *direito romano* em matéria temporal sempre que sua observância não fizesse incorrer em pecado; e
- b) o *direito canônico* nas coisas espirituais, e, nas temporais, quando o direito romano fosse omissivo ou na hipótese em que sua aplicação acarretasse pecado.¹⁶

3. Precedente judicial na glosa e nos comentários

A preeminência da função judicante dos soberanos, no arco de todo esse período histórico, está amplamente comprovada pelos documentos coevos que chegaram até os nossos dias.

Muitas vezes sob a presidência dos próprios monarcas, as decisões que os tribunais imperiais proferiam em casos notáveis, não ficavam apenas na memória dos juizes e cidadãos, mas serviam de paradigma para o julgamento de casos futuros e, em outras oportunidades, para a edição de leis e capitulares.¹⁷

Infere-se, pois, que as fontes justinianéias que alargavam o poder temporal, inclusive e sobretudo no que concerne à distribuição de justiça, foram enfatizadas pelos legistas que exerciam funções na administração dos reinos que se multiplicaram com a expansão comercial da Europa no trânsito dos séculos XI e XII.

A atividade científica dos juristas da Escola de Bolonha desenvolve-se, em um primeiro momento, mediante breves anotações interlineares na versão integral e original do *Corpus Iuris Civilis*. Esta metodologia hermenêutica visava a preservar a

16 In *Primam Codicis partem*, Venetiis, 1570, p. 14: "... aut loquimur in spiritualibus et pertinentibus ad fidem et statum canonici...; aut loquimur in temporalibus, et tunc in terris subiectis Ecclesiae, et sine dubio statum decretalibus; aut in terris subiectis Imperio, et tunc, aut servare legem est inducere peccatum... et tunc statum canonibus...; aut non inducit peccatum, et tunc statum legi...".

17 Eduardo Piola Caselli, *Giurisprudenza*, Il digesto italiano, 12(1900-1904):837.

integridade do texto e a compreender o seu significado, ajustando-o aos reclamos da época.¹⁸

As anotações passaram a ser conhecidas como *glosas* – que havia de dar o nome à respectiva *Escola* –, sendo Acúrsio, autor da *magna glosa*, o seu mais expressivo representante.

Com a evolução dos estudos jurídicos, já durante o século XIII, aquele método exegético é substituído pelos comentários mais amplos e minudentes, que iriam introduzir um novo estilo – *mos italicus*. A opinião dos “doutores”, autores desses textos doutrinários, teve enorme reputação, inclusive em outros países. Cino de Pistóia (1270-1336), Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) e Baldo de Ubaldis (1327-1400) foram próceres da *Escola dos Comentadores*.

Os glosadores e os comentadores assumiram uma postura casuística, examinando a fonte romana à luz da realidade prática.

No tocante ao problema da força dos precedentes, Acúrsio tinha plena convicção de que uma série contínua de decisões culminava formando costume.

Este era considerado um *consuetudo curie* – precedente judicial – que se distinguia do *consuetudo loci* – costume da comunidade.¹⁹

De fato, ao anotar a examinada constituição de Justiniano, de 529, a glosa explica que: “reiteradas sentenças induziam costume. E, segundo Bassianus, deve-se seguir o costume confirmado nas sentenças...”²⁰

Para que se reconhecesse a eficácia de precedente para fixar *consuetudo*, Acúrsio afirmava que eram necessárias duas sentenças iguais proferidas em um prazo de dez anos, sem que houvesse qualquer mudança de orientação: “*in ducitur consuetudine per duas sententias latas intra decem ann. Item quia perpetuo sic est obtentum sine contradictione...*”²¹

Igualmente, na exegese do fragmento de Calistrato, a glosa esclarece que a expressão “*rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*”, ou seja, a eficácia suasória da jurisprudência constante e uniforme, impunha o transcorrer de um decêndio.

18 V., nesse sentido, Mário Reis Marques, *História do direito português, medieval e moderno*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 27.

19 Umberto Santarelli, *L'esercizio della funzione giudiziaria nell'esperienza giuridica medievale: una riflessione preliminare*, Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici (obra coletiva), cit., p. 74.

20 Acúrsio, *ad C. 7.45.13*: “... constrói-se o costume por duas sentenças proferidas dentro de dez anos. E ainda que se perpetue sem contradição...”.

21 Acúrsio, *ad D. 1.3.32*.

Nessa hipótese, o posicionamento pretoriano poderia ser considerado um verdadeiro *exemplum iudicatur*.²²

Acúrsio também se preocupou em delinear o conceito de precedente uniforme, isto é, *similiter*, asseverando que se traduzia na hipótese em que um julgado seguia, *in eundem modum* (do mesmo modo), outro anterior.²³

Toda essa problemática foi também objeto de reflexão de Bártolo de Sassoferrato em um longo comentário sobre o costume e sobre este e as decisões judiciais.²⁴

Antes de mais nada, o comentador afirmava ser suficiente o *binus actus* (duas sentenças do mesmo teor) para o posicionamento do tribunal ter força futura. No entanto, reportava-se à opinião, em princípio, contrária de Cino de Pistóia, que entendia equivocada a orientação da glosa atinente ao *bis iudicati* no mesmo sentido, visto que o consenso popular não exige *binus actus*, sendo suficiente um único julgamento (*sed sufficit unus*), desde que acolha o *tacitus consensus*.

Na verdade – ponderava Bártolo – uma decisão isolada corre o risco de ser errônea, o que dificilmente ocorreria com *pluries acta*, isto é, com várias decisões similares.

Em seguida, Bártolo formulava duas indagações fundamentais sobre essa temática, que ele mesmo se incumbiu de responder.

Perguntava-se, em primeiro lugar, se o reconhecimento do costume exigia decisão judicial? E respondia: "*Non veru est qd actus iudiciales inducunt consuetudinem...*" ("Não é verdade que atos judiciais isolados formam costumes"), embora "*sed qua ex illis actionibus facilliter comprehendit tacitus consensus populi*" ("aqueles facilitam a compreensão do consenso popular tácito").

Aduzia, a propósito, que inúmeras sentenças, em um idêntico senso, proferidas durante o lapso de dez anos transformavam-se em costume judicial, a menos que contivessem algum erro... Ademais, referindo-se à opinião de Azão, advertia que também excetuava-se tal regra se porventura houvesse descontinuidade do posicionamento do tribunal durante aquele período.

Questionava, outrossim, se o costume judicial valia *inter alios*, isto é, se possuía eficácia vinculante? Concluía, então, que: "*duo vel tres iudicant equaliter inter X annos, inducta erit consuetudo...*" ("dois ou três julgados iguais dentro de dez anos determinam a formação de costume").

22 Acúrsio, ad D. 1.3.37.

23 *In loc. cit.*

24 *Comentum in primam veteris partem*, Venetiis, 1570, pp. 17 ss.

4. Precedente judicial nas fontes canônicas

A estrutura hierárquica da organização administrativa e judiciária da Igreja, que havia sido desenhada desde o período de formação do direito canônico (a partir do século III), tinha em seu vértice o Sumo Pontífice.

Com isso, colocava-se a “pedra angular da competência universal do Papa” nas questões jurídicas, e sem dúvida um dos alicerces mais importantes da evolução do direito canônico.²⁵

Por força de um princípio da tradição canônica, durante toda a Idade Média, o Papa exerceu a *plenitudo potestatis*, desfrutando da faculdade de legislar *in genere*, por meio de bulas e cânones conciliares, e, ainda, *per iudicalem sententiam*, ou seja, decidindo um caso concreto.

Apesar do silêncio das fontes canônicas medievais quanto ao valor do precedente dos tribunais eclesiásticos, é certo que as decisões pontificais e a jurisprudência reiterada, considerada *stylus fori*, projetavam eficácia *inter alia*.²⁶

O primeiro documento relevante nesse sentido é uma decretal do Papa Inocêncio III (1198-1216), que praticamente constitui uma réplica da já analisada constituição de Justiniano dirigida, em 529, a Demóstenes, prefeito do pretório.²⁷ Mediante essa intervenção legislativa, foi determinado que: “Nas causas decididas pelo Sumo Pontífice devem ser observadas escrupulosamente tanto a ordem jurídica quanto a força da equidade, porque, nos casos análogos os outros estão obrigados a julgar analogamente, a menos que alguma coisa induza a decidir de modo diverso, por motivo de necessidade ou de utilidade”.²⁸

Assim, um único provimento judicial do Papa “*facit ius quoad omnes*” (“produz direito a todos”)²⁹ e, portanto, era suficiente para vincular as decisões dos juízes inferiores.

25 Willibald M. Plöchl, *Storia del diritto canonico*, v. 1, tr. it. Pasquale Giani, Milano, Massimo, 1963, p. 90.

26 Giuseppe Comotti, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea (obra coletiva dir. Umberto Vincenti), cit., p. 86.

27 C. 1.14.12 (v. nt. 132, *supra*).

28 Decretais de Gregório IX: 2.27.19: “*In causis, quae summi Pontificis iudicio deciduntur, et ordo iuris et vigor aequitatis est subtiliter observandus, quum in similibus casibus ceteri teneantur similiter iudicare, nisi forte, quum aliquid causa necessitatis et utilitatis inspecta dispensative duxerit statuendum*”.

29 Comotti, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, cit., p. 87, que se reporta à doutrina de Fagnanus, *Commentaria in secundum librum decretalium* (Venetiis, 1709).

A glosa de Abba Siculo, inserida ao lado desse texto, de fato, explica que: "[os juízes] inferiores devem julgar segundo o Papa decidiu *inter ceteras personas...*"³⁰

Ademais, o escólio subscrito pelo canonista Panormitano, logo abaixo da referida decretal, adverte que se porventura a sentença posterior contrariasse a precedente decisão aquela deveria ser considerada *iniusta*.³¹

Frise-se, por outro lado, que os canonistas também entendiam que os precedentes da *episcopalis audientia* poderiam ser invocados como meio de prova da existência de um costume e, ainda, como estilo judicial de um determinado tribunal.

A doutrina então considerava uma prova contundente da vigência de um costume a sentença que o reconhecia como tal. E, também nesse sentido, a existência de dois julgados conformes mantidos durante longo período.³²

Inferre-se, pois, que o princípio do *binus actus in iudicio*, vale dizer, da dupla sentença conforme (*duplex conformis*), que inclusive prevalece no direito canônico vigente para a produção da coisa julgada³³, remonta (pelo menos) às fontes medievais.

E, assim, ocorrendo esta hipótese, dúvida não poderia subsistir quanto à formação de um costume selado por meio de reconhecimento judicial.

Já o conceito de *stylus*, cunhado pelos canonistas, significava o procedimento seguido em uma determinada cúria, mas também indicava o próprio conteúdo das decisões judiciais, que passam a ser vinculantes *intra muros*, ou seja, revestiam-se da natureza de precedente para ser considerado em processos análogos, a serem julgados apenas pelo mesmo tribunal. Excetuavam-se dessa regra os estilos da Cúria Romana, que tinham eficácia universal, sobretudo quando o Papa impunha a sua observância.³⁴

Resta ainda salientar que o Papa Lucio III (1181-1185) instituiu a Sagrada Rota Romana, importante tribunal que tinha competência *vice sacra*, ou seja, julgava no

30 Decretais de Gregório IX, Venetiis, 1591, p. 634.

31 *In op. cit.*, p. 635.

32 Cf. Comotti, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, cit., p. 91.

33 Cf. cânone 1.641, § 1º, do Código de Direito Canônico de 1983: "Salva a prescrição do cân. 1.643, há coisa julgada: 1º se tiverem sido dadas duas sentenças concordes entre as mesmas partes, sobre a mesma petição e pela mesma causa de demanda". V., a respeito, Cruz e Tucci e Azevedo, *Lições de processo civil canônico*, cit., pp. 141-142.

34 Cf. Comotti, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, cit., p. 93.

lugar do Sumo Pontífice, em grau de recurso e, ainda, detinha competência originária para as causas de grande repercussão (*causas maiores*).

As decisões da Rota, embora não vinculantes para casos futuros, possuíam inegável valor persuasivo para todos os demais tribunais canônicos.³⁵

1. Precedentes judiciais à época da reconquista

1.1. *Facções e fazendas*

Examinando as vicissitudes históricas da península ibérica, quer no âmbito das artes do direito, quer no âmbito da prática jurídica, é possível afirmar que, a exemplo do que ocorrera no restante da Europa, também ali, não haveria produção jurídica literária entre o século VII e o início do século XI, chegando-se até mesmo a denominá-los "séculos mudos" da história do direito.³⁶

Nesse longo período, a unidade jurídica deixada pelos romanos é fragmentada pelos visigodos sob a égide do *Liber Iudiciorum*. Entre as comunidades indígenas do campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um direito de direito costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.³⁷

É então em tal ambiente, no qual princípios e práticas senhoriais e municipais se entrecruzam, mesclados geograficamente e alternados no tempo, transmitindo a novas gerações a tradição da localidade, que ocorrerá acentuada e inelutável prevalência do costume sobre quaisquer outras fontes jurídicas.

Em tal fase, na verdade, traduzia-se em regras consuetudinárias gerais a prática jurídica, muitas vezes no formato de *pasturas* ou *estatutos* e, ainda, em *preceitos* ou *ordens*, chamados de *facções*. Julgar por *forçança* "seja o mesmo que julgar por *facção*".³⁸

35 Fernando Della Rocca, *Tribunali ecclesiastici*, Novissimo digesto italiano, 19(1973):755-756; Jean Gaudemet, *Église et cité. Histoire du droit canonique*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 373.

VI

COMMON LAW

SUMÁRIO: 1. Gênese histórica do common law. 2. Precedente vinculante: tradição e praxe judiciária. 3. Consolidação da teoria do stare decisis. 4. Conservação dos precedentes judiciais. 5. Panorama da recepção do common law na América do Norte: 5.1. Estados Unidos. 5.2. Canadá. 6. Características formais dos precedentes: hierarquia, auto-referência e método distintivo (distinguishing). 7. Ratio decidendi, obiter dictum e dissenting opinion. 8. Exceções à regra do precedente vinculante. 9. Case law e direito casuístico: confronto e contrastes. 10. Common law e direito codificado.

1. Gênese histórica do common law

Durante muitos séculos, depois do sucumbimento do império romano do ocidente, não havia diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive da Inglaterra, no qual preponderava um sistema de regras não escritas, observado na prática negocial rudimentar e nos tribunais locais.

A ruptura com esse passado ocorreu a partir da notória evolução da sociedade européia em geral, e do direito em especial, no trânsito dos séculos XII e XIII. O estudo do *Corpus Iuris Civilis* suplantou a velha ordem jurídica. Em França e na Itália, além das Universidades, foram criados tribunais integrados por juristas profissionais.

É importante ter presente, nesse particular, que, na Inglaterra, por puro acaso, a centralização das fontes de produção do direito antecedeu aos influxos da propagação do direito romano-canônico.

O direito que começava a germinar na antiga Britania era essencialmente autóctone, fundado na regra conhecida e na prática quotidiana, e muito pouco influenciado pelo *ius romanorum*. Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na praxe dos tribunais canônicos, e, no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma, seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico.¹

O sistema do *common law*, desde a sua formatação inicial, “era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social de seu tempo, que qualquer intenção de alterá-lo se depararia com o adágio ‘*nolumus leges Angliae mutari*’, com o qual os barões, no Estatuto de Merton,

1 R. Ch. van Caenegem, *El nacimiento del common law inglés*, separata da *Interpretatio* – Revista de história del derecho, Madrid, Universidad Complutense, 4(1998):138 e 141-142.

de 1236, opuseram-se à exigência do clero de modificar as leis inglesas que regiam o casamento".²

Ademais, apesar de Ranulfo de Granvill, o primeiro grande tratadista do *common law*, demonstrar ciência das *Institutas* de Justiniano, também não despontou, àquela época, romanista algum em território inglês.

É verdade que Vacario, glosador civilista que imigrou para a Inglaterra, teve a idéia de fundar em Oxford uma escola de direito para estudar a compilação de Justiniano, que inclusive acabou granjeando relativo prestígio. Todavia, o rei Estéfano I (1151-1154) ordenou o seu fechamento e, mais tarde, em 1234, seguindo a mesma política, um *writ* de Henrique III (1216-1272) proibiu o ensino das *leges*, isto é, do direito romano.

A rejeição ao *Corpus Iuris Civilis* era devida à natureza "imperial" do direito romano pós-clássico, fator que incomodava os reis, porque poderia fomentar uma sublevação dos súditos diante de um "modelo absolutista de governo" e, também, hostilizava os grandes senhores feudais, que temiam, por sua vez, um recrudescimento do poder real.³

Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a "recepção falhada" das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. Enquanto, por exemplo, na Itália e na Alemanha, a divisão territorial em comunas e pequenos reinos, tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, "a Grã-Bretanha já tinha o seu próprio direito comum".⁴

O período entre o ano 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, é caracterizado como a época de formação do *common law*, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais.

A conquista normanda, em meados do século XI, foi fundamental para a história do direito inglês. Guilherme I (1066-1087), Duque da Normandia, considera-se herdeiro dos reis saxões, e, por isso, acolhe de bom grado os seus costumes e as suas decisões. Conserva das instituições saxônicas todas aquelas que se prestam aos seus propósitos.

Os primeiros juízes do *common law* aplicavam regras de origem germânica. Princípios provenientes do direito germânico serviram de alicerce do sistema jurídico anglo-americano.⁵

2 Caenegem, *El nacimiento del common law inglés*, cit., p. 142.

3 Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., p. 619.

4 Cf. Mario G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, Lisboa, Presença/Martins Fontes, 1978, p. 121.

5 Roscoe Pound, *El espíritu del "common law"*, tr. esp. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, s/d., p. 30.

A legislação de Henrique II (1154-1189) propiciou a ampliação dos limites da jurisdição da *Curia Regis*. O direito que dominava àquela época era composto por normas consuetudinárias, anglo-saxônicas e normandas, com certa influência de regras de direito romano e de direito canônico.

As decisões judiciais, do rei e dos juizes, que continham o comando a seguir em um caso determinado, iam sendo catalogadas, ao longo dos anos, nos *statute books*. Assim, tais coletâneas encerravam os costumes da corte.

A *interpretatio iuris* nessa época primitiva não se subordinava a qualquer critério mais rígido. O rei era o natural intérprete da lei. Competia também aos juizes a tarefa de procurar a *ratio* para adaptá-la ao caso concreto, não estando, pois, submissos a qualquer texto legal escrito.

Com a expansão do território reguengo, no final do século XIV havia três tribunais reais – *Common Pleas*, *King's Bench* e *Exchequer* – que se orientavam pelas regras do *common law*, cuja prática já estava disseminada, de forma natural e espontânea, em todas as regiões conquistadas.

Não é preciso salientar que essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.

O desenvolvimento e a aceitação dessa *praxis* foram tão amplos e inusitados, que Henrique de Bracton, escrevendo em meados do século XIII, foi capaz de desenhar um grande sistema de direito e de processo, arquitetado pelos próprios ingleses.⁶

Verificou-se, ademais, certa tendência de considerar as sentenças conservadas naqueles livros não propriamente como fonte de novo direito, mas, sim, como meio subsidiário de conhecimento deste nas chamadas escolas *Inns of Court*.

É interessante notar que na obra dos primeiros comentadores do *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. Sobretudo «na obra de Bracton começa a delinear-se a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos». Chega-se mesmo a suscitar a questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juizes que decidiam desprezando o direito elaborado nos *vetera iudicia*.⁷

Bracton, ao referir-se ao ofício judicial na obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, enfatizava, outrossim, que: “se surgisse um assunto novo, ainda não

6 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 2.

7 Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, cit. pp. 9-10, que inclusive se reporta à famosa obra de Granvill, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae tempore Regis Henrici secundi compositus*, escrito provavelmente entre 1187 e 1198.

examinado, mas se casos análogos já tivessem ocorrido, a decisão deveria ser naquele mesmo sentido, visto que se fazia oportuna a ocasião para proceder de um caso similar a outro similar. Mas se, porventura, não houvesse precedente e a decisão fosse difícil e obscura, o caso deveria ser levado a julgamento perante a Magna Curia".⁸

Toda essa ideologia que marcou o início de formação do *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito – juízes e advogados – invocassem os precedentes judiciais. Afirma-se, precisamente por essa razão, que, desde a sua fase embrionária, a *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*.⁹

Não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência, "os juízes ressaltavam a relevância dos julgados, e, sobretudo de uma série de decisões conformes, como sendo os melhores intérpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito".¹⁰

A guarda e seleção das atas de julgamento (*court enrollments* ou, simplesmente, *plea rolls*), a partir de um *writ* real, de 1292, passam a ser observadas com o escopo de auxiliar no aprendizado do ensino jurídico. Esse costume já estava consagrado sob a coroa de Henrique VI (1422-1461), tomando-se inclusive o cuidado de traçar, com maior clareza e precisão, a questão de direito debatida no caso concreto.

Os denominados anuários – *Year Books* – de importância vital para a memória jurídica, transformaram-se em verdadeiros repositórios de "doutrina judicial", substanciada esta em excertos de argumentos dos litigantes e de decisões judiciais – *grosso modo*, semelhante à arquitetura do Digesto de Justiniano – catalogados por assunto em ordem alfabética. A primeira versão impressa de um *Year Book*, atribuída a Statham, veio a lume em 1495.¹¹

8 "Si autem aliqua nova et inconsueta emergerint et quæ prius usitata non fuerint in regno, si tamen similia evenerint per simile iudicentur, cum bona sit occasio a similibus procedere ad similia. Si autem talia prius numquam evenerint, et obscurum et difficile sit eorum iudicium, tunc ponantur iudicia usque ad magnam curiam ut ibi per consilium curiæ terminentur" (texto latino compilado por George Woodbine, Yale University Press, 1942).

9 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 50.

10 Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, cit. p. 13.

11 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 64-65.

2. Precedente vinculante: tradição e praxe judiciária

Em meados do século XVI, seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituído pelos *Law Reports*, em formato muito próximo aos repertórios de época moderna, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. É evidente que esse novo método possibilitava maior precisão no estudo e manuseio das anteriores decisões à guisa de precedentes.

Tornaram-se famosas as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke, este considerado o fundador da teoria moderna do precedente judicial, tendo publicado, a partir de 1600, 11 volumes de repertórios (*Coke's Reports*), no exercício da função de *Chief Justice of the Common Pleas*.¹²

As notas elaboradas por Coke revelam que o seu esforço almejava, a um só tempo, imprimir certeza a uma prática que, durante três séculos, encontrava-se ainda desordenada, e, também, preservar os princípios jurídicos edificados pelo talento de juízes do passado, conservados nos respectivos julgamentos.

Prova suficiente do tirocínio apurado de Coke são, por exemplo, as suas considerações, em forma de *objections* e *resolutions*, no *Slade's Case* (ou *Slade v. Morley* [1602]), no qual se questionava se a mera troca de promessas implicava o aperfeiçoamento do contrato. Inúmeros juristas modernos vislumbram em tais anotações as bases estruturais da atual teoria dos contratos.¹³

É interessante notar que Coke atribuía maior relevância aos julgados mais recentes. A contribuição desse jurista – com a classificação dos precedentes, a tentativa de conciliar ou distinguir as decisões divergentes e o preciso discriminar entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* – chegou a alcançar um certo grau de generalização, que realmente facilitava a citação dos precedentes.¹⁴

12 Pound, *El espíritu del "common law"*, cit., p. 31; Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 68; Frederick G. Kempin Jr., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, 2ª ed., St. Paul, West, 1973, p. 105.

13 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 70-71. V., sobre a relevância desse precedente para o estudo do direito contratual, A. W. Brian Simpson, *A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 308 ss. Atente-se para o fato de que, no âmbito do direito codificado, o problema da responsabilidade derivada da ruptura das tratativas preliminares somente veio examinado muito tempo depois, na obra de Ihering *(De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, Oeuvres choisies, tr. fr. de O. de Meulenaere, t. 2, Paris, Libr. A. Marescq, 1893, pp. 40 s.)*.

14 Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, cit., p. 16.

Matthew Hale, autor da clássica história do *common law*, asseverava, ainda no século XVII, que as decisões judiciais possuíam grande peso e autoridade, especialmente quando congruentes com anteriores julgamentos.¹⁵

Aduza-se, por oportuno, que até o século XVIII os mencionados *Law Reports* eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial.

Partindo desse pressuposto, afirmava Blackstone que a antiga regra de julgar com base no precedente paradigma poderia sofrer exceção quando a anterior decisão fosse contrária à razão ou, ainda, com maior evidência, contrária à lei divina. “Mas, mesmo nestas hipóteses» – continuava – «o precedente não deve ser seguido, ainda que os juízes subseqüentes não pretendam criar direito, mas reproduzir o velho, conquanto errado”.¹⁶

Com a maturação necessária, a regra do precedente é aperfeiçoada, entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença.

Chief Justice Lord Mansfield, destacado magistrado da segunda metade do século XVIII, afirmou, em vários julgamentos, que: “O direito da Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza”.¹⁷

É então a partir das primeiras décadas do século XIX que vem reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial.

Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: “... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade”.

15 *The History of the Common Law of England*, Chicago, Universidade de Chicago, 1971, p. 45.

16 *Commentaries on the Laws of England*, v. 1, cit., pp. 51-52: “... For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined...”.

17 V., e. g., *Jones v. Randall* [1774]. Consulte-se, a propósito, Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, *Precedent in Law* (obra coletiva ed. Laurence Goldstein), cit., pp. 36-38.

Desse modo, e por paradoxal que possa parecer, verifica-se que “a *doctrine of precedent* vem ancorada à teria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento, tornando ‘heresia’ qualquer tentativa de superá-la”.¹⁸

No entanto, a mesma corte de justiça já havia declarado, anos antes, em *Bright v. Hutton* [1852], que, a exemplo de qualquer tribunal, “ela também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido”.

Segundo consta, a *House of Lords* exerceu pela primeira vez essa prerrogativa uma centúria depois, somente em 26 de julho 1966, ocasião em que o *Chancellor Lord Gardner* proclamou, em nome de todos os componentes da corte, em uma resolução específica – *Practice Statement of Judicial Precedent* – que era prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto: “Os Law Lords consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os Law Lords, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. A despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciamento da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno (“... when it appears right to do so”).

Esse *Practice Statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida: o primeiro caso registrado de *overruling* em tais termos é de 1968, seguindo-se-lhe um número insignificante.¹⁹

É evidente que aquela anterior postura, de intransigente rigidez, colocava a magistratura inglesa em difícil situação diante da evolução natural do direito. Revelava-se, portanto, de todo procedente a afirmação que se tornou famosa, formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: «o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro”.²⁰

18 Cf. Luisa Antoniolli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, cit., p. 156.

19 Luisa Antoniolli Deflorian, *Il ruolo del precedente giudiziale del common law inglese*, Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea (obra coletiva dir. Umberto Vincenti), cit., pp. 193-194.

20 A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication*, Law Quarterly Review, 50(1934):61, nt. 25.

3. Consolidação da teoria do *stare decisis*

A moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) informada pelo princípio do precedente (*vertical*) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio definitivamente consagrada em prestígio da doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na velha lição de Blackstone, escreveu: "O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência".²¹

A *doctrine of binding precedent*, já declarada com todas as letras no caso *Beamish v. Beamish*, repetida no caso *Bradford v. Pickles* [1895], vem definitivamente reconhecida, em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias anteriores decisões (*efeito auto-vinculante*), como, ainda, patenteou a eficácia externa destas a todas as cortes de grau inferior.

Tratava-se de uma ação condenatória promovida pela empresa privada de transporte que fora "desapropriada" pelo governo municipal, na qual pretendia indenização equivalente à soma do patrimônio imobilizado e, ainda, do *good will value*, isto é, da previsibilidade futura de lucro, enquanto o demandado afirmava que devia ser considerado apenas o montante relativo ao maquinário e ao estabelecimento. A diferença monetária, à toda evidência, era enorme.

Sucedo que, quatro anos antes, a justiça inglesa tinha sido instada a examinar um caso análogo (*London Street Tramways Lt. v. London County Council* [1894]). Já existia, portanto, pelo menos um valioso *precedent in point* da *House of Lords*.

21 *Mirehouse v. Rennell* [1833]. V., a respeito, Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, cit., p. 64; Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, cit., pp. 155-156.

Eis a ementa do julgado:

"LONDON TRAMWAYS COMPANY v. LONDON COUNTY COUNCIL

Prática – Decisão da House of Lords – Até que ponto é vinculante para a House.

– Uma decisão da House of Lords sobre uma questão de direito é definitiva e vincula a House nos casos sucessivos. Uma decisão errada somente pode ser revista mediante uma lei do Parlamento".

O trecho realmente importante desse histórico documento foi o em que constou a afirmação peremptória do Lord Halsbury, no sentido de que tal regra estava "assentada desde há alguns séculos" ("*for several centuries*").²²

4. Conservação dos precedentes judiciais

Em um sistema jurídico governado pelo *case law*, diante da concepção de que o precedente se revestia de reconhecida autoridade científica, vital à própria evolução do direito, tornavam-se imperativos a seleção e o armazenamento dos julgados.

Ademais, a crítica severa lançada por Jeremias Bentham contra a prática obsoleta do *judge-made law* também recomendava cuidado especial quanto à precisão dos textos das decisões. A idéia positivista e o movimento codificador que se alastravam pela Europa continental conspiravam contra a *common law*.²³

Com a precípua finalidade de imprimir maior certeza e genuinidade aos precedentes judiciais, em 1865, por sugestão de W. S. Daniel, foi instituído na Inglaterra um órgão semi-oficial incumbido de editar os repertórios: *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, composto por oito advogados mais experientes (*barristers*), escolhidos pelas *Inns of Court*, e dois mais jovens (*solicitors*), indicados pela comunidade jurídica.²⁴

Esse órgão, além da responsabilidade pela escolha da jurisprudência que é inserida nos *Reports*, deve também providenciar, junto aos próprios juízes, a revisão de seus votos, antes de serem publicados.

22 Cf. David F. Pugsley, *L'origine della regola stare decisis nella House of Lords e il caso London Tramways* (1898), tr. it. Luisa Antonioli Deflorian, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea* (obra coletiva dir. Umberto Vincenti), cit., pp. 242-244. É interessante notar que o articulista procura "corrigir" a expressão "*for some centuries*", que poderia estar realmente errada na transcrição do julgamento, avançando a hipótese de que o correto teria sido "*for some seventy years*".

23 Cf. Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, cit., p. 66; P. Koschaker, *Europa y el derecho romano*, tr. esp. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, *Rer. Der. Privado*, 1955, p. 315.

24 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 82-83. V., ainda, J. H. Baker, *Law Reports and English Legal History: the Editorial Problem, Scintillae iuris* – Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, cit., pp. 155 s.

Ademais, os *reporters* que compõem o referido conselho gozam da faculdade de omitir trechos dos julgados que não apresentam interesse para o cerne da questão debatida. Desde 1897 os critérios de seleção do material que merece ser colacionado foram praticamente mantidos. Deve ser dada prevalência a todos os *cases* em que:

- a) aparece um novo princípio ou uma nova regra;
- b) há modificação substancial de um princípio ou regra já consagrados;
- c) é solucionada uma questão sobre a qual a lei é duvidosa;
- d) por qualquer razão, haja interesse instrutivo.

Conclui-se, assim, que o princípio do *binding precedent* tornou-se mais rigoroso com a progressiva melhora qualitativa e quantitativa da seleção dos casos julgados.

5. Panorama da recepção do *common law* na América do Norte

5.1. Estados Unidos

Desde a época da colonização americana o sistema baseado no *case law* vigora em praticamente todo o território dos Estados Unidos. No entanto, por inúmeras razões, durante o século XVIII, o direito norte-americano distanciou-se da antiga tradição jurídica da Grã-Bretanha.

A estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes acarretou ao ordenamento jurídico dos Estados Unidos profundos contrastes em relação ao direito inglês.

Ressalte-se, no entanto, que, sob o ponto de vista histórico, o direito norte-americano, apesar de fragmentado, seguiu, *pari passu*, a experiência jurídica britânica até a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, em 1787.

Importa registrar que a recepção do *common law* nos Estados Unidos não se fez de modo automático. As realidades de uma nação do Novo Mundo, com as dimensões continentais dos Estados Unidos, não permitiram a adoção de institutos forjados para uma sociedade circundada por água e profundamente enraizados em uma mundivisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*); "por tais razões, os institutos como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos Estados Unidos. Outra diferença notável é o fato de os Estados Unidos terem sido formados sob a égide da liberdade de culto religioso, em uma fase histórica em que a *equity* já estava *laicizada* nos tribunais que a aplicavam; isso posto, a influência do direito declarado pelos tribunais quase-eclesiásticos do Chanceler do Rei, a *equity* (antes ou após a

Reforma anglicana), teve uma influência relativa sobre o direito norte-americano, como um todo".²⁵

A partir daquele referido momento, as fontes do direito americano são basicamente a Constituição, as leis ordinárias federais (*US Statutes – e. g.: Uniform Commercial Code; Federal Rules of Civil Procedure*) e estaduais, e as regras herdadas do *common law*. Embora estas sejam aplicadas em caráter subsidiário, apenas para suprir eventuais lacunas das leis escritas, possuem inequívoca relevância na atividade jurídica dos Estados Unidos.

O primeiro *Law Report* americano foi publicado em Connecticut, em 1789. Não demorou muito para que vários Estados regulamentassem a edição de coleções oficiais. Em outros, os próprios juizes das *Courts of Appeals* providenciavam a seleção e publicação por sua própria iniciativa.²⁶

Tenha-se presente que as normas recepcionadas durante muitos séculos não só influenciaram o direito material como, também, determinaram a adoção do procedimento decisório nos moldes do *common law*. Sem embargo de inúmeras adequações ao contexto institucional americano, as cortes de justiça dos Estados Unidos julgam, com vigorosa freqüência, segundo os princípios da teoria do *stare decisis*, referido pela própria doutrina como *decisional law*.²⁷

Cumpre salientar que a praxe dos tribunais americanos aplica com menor rigidez a regra do *binding precedent*. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores dos Estados, ao longo da história, revêem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados. Encontra-se expressivo exemplo da prática do *overruling* em uma conhecida situação na qual um consumidor acionou um fabricante de automóveis visando a receber indenização por danos pessoais, resultantes de defeito no carro. O Tribunal de Apelação reformou a sentença de primeiro grau, eximindo o fabricante de qualquer responsabilidade em relação ao demandante, porque este não era o comprador original. O automóvel havia sido adquirido de um terceiro.²⁸

Ocorre que, posteriormente, por força de um *writ of error* (espécie de ação rescisória), a mesma corte, reexaminando a orientação que antes prevalecera e desconsiderando o caráter privado do contrato, julgou procedente o pedido de

25 Guido Fernando Silva Soares, *Common Law. Introdução ao direito dos EUA*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2000, p. 59.

26 Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 85-86.

27 Geoffrey C. Hazard e Michele Taruffo, *American Civil Procedure. An Introduction*, New Haven, Yale University, 1993, p. 37 (= *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Mulino, 1993, p. 47).

28 *Johnson v. Cadillac Motor Co. V.*, a respeito, Benjamin Nathan Cardozo, *A natureza do processo judicial*, 3ª ed., tr. port. Lêda Boechat Rodrigues, Porto Alegre, Ajuris, 1978, pp. 146-147.

indenização, isto é, favorável ao consumidor, com fundamento em precedente do Tribunal de Apelação do Estado de New York (*Mac Pherson v. Buick Motor Co.*).²⁹

Verifica-se que, ainda hoje, prevalece entre os juristas norte-americanos a idéia clássica de que o sistema do *common law* "consiste em aplicar a razão e a experiência. Toda a teoria que daí decorre, parte da suposição de que a experiência proporcionará o fundamento mais satisfatório para os *standards* da ação e princípios de decisão. Sustenta-se, com acerto, que o Direito não pode ser criado arbitrariamente por um *fiat* da vontade soberana, mas, sim, descoberto pela experiência judicial e jurídica baseada em regras e princípios que, no passado, lograram alcançar uma solução justa ou fracassaram nesse intento...".³⁰

5.2. Canadá

Tendo recebido forte influência de dois sistemas jurídicos, dada a colonização simultânea de franceses e ingleses, o direito canadense apresenta peculiaridades próprias.

A vasta província de Ontário rejeitou formalmente as leis francesas, pelo *Constitutional Act* de 1791. Mesmo depois da união política das províncias do norte e do sul (*Upper and Lower Canada*), ocorrida em 1840, o *common law* continuou em vigor nos territórios do norte do Canadá e, ainda, na região da Columbia britânica.

Até 1949, o *Judicial Committee of the Privy Council*, situado em Londres, tinha competência para rever, em determinadas hipóteses, as decisões da Suprema Corte do Canadá.

29 Lembre-se que esse precedente judicial, como já referido, fora também invocado pelo Lord Atkin, perante a *House of Lords*, e é considerado o *leading case* em matéria de responsabilidade aquiliana, no qual se anteviu a inconsistência do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Procurando explicar a filosofia dessa possibilidade inerente de "reforma do precedente", vale transcrever trecho de magnífica página da clássica obra de Benjamin Cardozo (Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1932 a 1938), na qual se reporta a passagem de Monroe Smith: "... O *common law* não opera com verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões derivadas delas, por um processo dedutivo. Seu método é indutivo e ela extrai as suas generalizações de particulares. Este processo foi admiravelmente fixado por Monroe Smith: «Em seus esforços para dar ao sentimento social de justiça expressão articulada em regras e em princípios jurídicos, o método dos profissionais na pesquisa do direito sempre foi experimental. As regras e princípios do direito consuetudinário (*case-law*) nunca foram tratados como verdades finais, mas como hipóteses de trabalho, continuamente reexaminadas nesses grandes laboratórios do direito que são os tribunais de justiça. Cada caso novo é uma experiência; e se as regras aceitas, provavelmente aplicáveis, conduzem a resultado que se sente injusto, a regra é reconsiderada. Pode não ser modificada imediatamente, pois a tentativa de fazer absoluta justiça em cada caso concreto tornaria impossível o desenvolvimento e a manutenção de regras gerais; mas se continua a produzir injustiças, será eventualmente reformulada..." (A natureza do processo judicial, cit., pp. 59-60).

30 Cf. Pound, *El espíritu del "common law"*, cit., p. 182.

Hoje, no entanto, os *precedentes* daquele órgão judicial inglês exercem apenas influência persuasiva nas cortes canadenses.

É importante salientar que, desde o século passado, os tribunais do Canadá também manifestam grande interesse pela jurisprudência dos Estados Unidos.

Afirma-se que a atividade jurisdicional do país vizinho constitui "fonte de formação e de ensino... e que representa a experiência de uma nação de fortes tradições democráticas e idéias de liberdade com enfoque dinâmico e evoluído".³¹

Os *precedentes judiciais* americanos que mais são invocados, com eficácia persuasiva (e, à evidência, não vinculante!), nas cortes canadenses concernem a direitos sociais e garantias individuais.³²

Desde o *Colonial Laws Validity Act*, de 1865, as normas do *common law* não incidem quando forem contrárias às leis ou aos costumes do povo canadense.

Ressalte-se, por fim, que os dois sistemas jurídicos – codificado e casuístico – interagem e exercem recíproca influência: quando o juiz decide com base na lei escrita, na Província de Québec, a sentença é considerada *precedente* vinculante. Todos os tribunais do Canadá sujeitam-se às decisões da Suprema Corte, situada em Ontário.

6. Características formais dos precedentes: hierarquia, auto-referência e método distintivo (*distinguishing*)

Além da força obrigatória do *precedente* (*binding precedent*), que é conotação essencial de toda a teoria do *stare decisis*, vem ela também caracterizada por uma hierarquia funcional muito bem articulada.

Os *Judicatures Acts*, de 1873 a 1875, que regulamentaram as regras da *equity*, estabeleceram ainda a fusão e a moderna estrutura das cortes de justiça inglesas.

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica do *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Não se delineia possível, à evidência, a aplicação dessa regra em senso contrário.

No Reino Unido, pois, todo *precedente judicial* da *House of Lords*, de natureza colegiada ou monocrática, reveste-se de força vinculante no âmbito das cortes inferiores, ou seja a *Court of Appeal*, a *High Court*, as *Crown Courts*, as *County Courts*

31 Osborne v. Canada (Treasury Board) [1991].

32 Sara Volterra, *La giurisprudenza statunitense nelle pronunce della Corte Suprema Federale del Canada, Scintillae iuris* – Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, cit., p. 492.

e as *Magistrates Courts*, todas evidentemente dotadas de competência recursal e originária especificamente definidas.

Com a mesma força obrigatória, os julgados da *Court of Appeal* vinculam, em casos análogos, as suas decisões futuras e aquelas dos tribunais de grau menos elevado.³³

Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito do *common law*, é caracterizado pela "auto-referência" jurisprudencial. Na verdade, pela própria técnica do *precedente* vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte.

Inferre-se daí a relevância que ostenta, no sistema do *case law*, a interpretação do *precedente judicial* no cotejo com o caso concreto. A lógica jurídica, nesse particular, tem como pressuposto o método de "*reasoning from case to case*".

Em primeiro lugar, o juiz do *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do *precedente*. Dependendo da postura do juiz, pode este ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).

Isso significa que não se exige submissão "cega" a anteriores decisões. Permite-se à "corte *estender* um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal *estreitará* ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso". Por essa razão, deve ser assinalado que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e ampliações inerentes, bem como os fatores que determinaram a inaplicabilidade de *precedentes judiciais*, permitem a inafastável flexibilidade do ordenamento do *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito.³⁴

Na questão *Peabody Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.* [1984], a *House of Lords* interpretou de forma restritiva o *precedente* *Anns v. Merton London Borough*

33 V., a respeito da organização judiciária inglesa depois da reforma do século XIX, Peter Stein, *I precedenti nella "common law"*, cit., p. 55.

34 Edward D. Re, *Stare Decisis*, Revista Jurídica, tr. port. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, 198(1994):30.

[1978]. O caso *Anns* é citado como paradigma para as situações em que se imputa responsabilidade ao município por negligência na fiscalização de obras. No caso *Peabody Fund*, procurando circunscrever o dever do poder público de proteger os cidadãos ameaçados de dano à saúde ou à segurança, a *House of Lords* limitou a responsabilidade do município. Assim, a Corte não admitiu a ação do proprietário da casa em construção, que alegara prejuízo pela falta de fiscalização no sistema de drenagem, instalado em desacordo com o projeto aprovado. Desse modo, no *Peabody Fund* o elemento de distinção restritiva foi a inserção do requisito "possibilidade de dano à saúde ou à segurança".

Como exemplo de interpretação mais extensiva da tese jurídica (*ratio*) encampada pelo precedente, a doutrina alude à reiterada aplicação em hipóteses sucessivas do expressivo caso *Barwick v. The English Stock Bank* [1886], atinente à responsabilidade de entidade financeira pelo fato de um preposto ter induzido o demandante, cliente do banco, a aceitar uma garantia despida de valor, prestada por um terceiro, devedor do banco, para lastrear empréstimo que lhe fora concedido pelo referido cliente, com o qual quitou o seu débito. O núcleo da *ratio decidendi* centrou-se na seguinte argumentação: "No que concerne à questão de saber se um comitente é responsável por ato de seu agente, na execução de negócio realizado no interesse daquele, não se deve fazer qualquer distinção entre a fraude ou qualquer outro ilícito. A regra geral é a de que o comitente é responsável por qualquer ilícito do preposto ou do agente enquanto efetivado na execução do serviço e no interesse do comitente, mesmo que não fique provada qualquer ordem ou solicitação deste".

Em situação posterior, ou seja, no caso *Lloyd v. Grace, Smith and Co.* [1912], no qual um bancário, cumprindo o seu trabalho, fraudou o autor da demanda em seu próprio benefício, a Suprema Corte inglesa, entendeu aplicável o precedente *Barwick v. The English Stock Bank*, como se tratasse de caso absolutamente análogo, permitindo abstrair-se da expressão constante da decisão "no interesse do comitente", uma vez que a considerou como mero *obiter dictum* (alusão incidental) e, portanto, não um elemento essencial da *ratio decidendi* do precedente invocado (diversamente, aliás, da orientação que prevalecera perante a *Court of Appeal*).³⁵

Essa aparente discricionariedade das cortes inglesas vem delimitada pelo substrato cultural latente de seus componentes e pelo dever de justificar as razões da aplicação ou da rejeição de um certo precedente, a exemplo do que ocorre na esfera do direito codificado, em que também o julgador deve declinar os motivos pelos quais afastou-se de determinado texto legal.³⁶

35 Giovanni Sartor, *Precedente giudiziale*, cit., p. 1.343.

36 Neil Mac Cormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, ed. revisada, Oxford, Clarendon, 1994, p. 215.

A complexa atividade lógica de interpretação do *precedente judicial* vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma anterior.

Assim, o *precedente*, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedent in point*.

Esse referido processo de "distinção", dependendo das circunstâncias, implica dois tipos de atividade dos tribunais: *criadora* e *legislativa*. O tribunal pode decidir "um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparente exceção não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte, a regra do precedente. A despeito dessas duas formas de atividade legislativa deixadas em aberto pela eficácia vinculante do precedente, a praxe do sistema do *common law* produziu, ao longo do tempo, um corpo de princípios, dos quais um número significativo, quer de maior, quer de menor importância, delinea-se tão preciso como qualquer regra legislada".³⁷

Anote-se, por outro lado que, quando o juiz inglês se depara com uma questão pela primeira vez (*first impression*), sem que tenha existido a respeito prévia discussão pelos tribunais, considera-se um *hard case* (em contraposição aos *clears cases*, ou seja, amparados por *precedentes*). Os juízes terão então de enfrentar o mérito da controvérsia, deixando, nessa situação, de buscar subsídios imediatos nos *Law Reports*.

7. *Ratio decidendi, obiter dictum e dissenting opinion*

A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.

Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*).³⁸

³⁷ Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 2001, p. 148.

³⁸ Luisa Antoniolli Deflorian, *Il ruolo del precedente giudiziale del common law inglese*, *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, cit., p. 182.

Cumpra esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a "norma legal" (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

A submissão ao *precedente*, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos *precedentes* (*stare rationibus decidendi*). A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal, "e repercute, portanto, sobre todos os casos futuros aos quais tenha ela pertinência: assim, o vínculo do *stare decisis* distingue-se do dever de respeito à *res iudicata* (que é a disciplina do caso concreto)".³⁹

Frise-se que a literatura é enfática em acentuar esse caráter de "universalidade" da justificação das decisões judiciais.⁴⁰

É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado.

Não se afasta até a possibilidade de haver, em algumas ocasiões, um efetivo "receio judicial" de inclinar-se por determinada vertente (e, portanto, de potenciar a criação de precedente), que será seguida em grande número de decisões: "*Ides decidir, não a respeito de Isócrates, mas a respeito de uma regra de vida, se é mister filosofar*".⁴¹

As cortes britânicas, sob tal perspectiva, pautam-se sempre "*by a consequentialist reasoning*", valorando, na fundamentação, qual solução "faz melhor sentido como um comando legal de abrangência geral".⁴²

Denominada de *holding* na linguagem dos operadores americanos, a *ratio decidendi*, para potenciar força obrigatória pamprocessual, deve, pois, possuir um grau de generalização em relação ao próprio caso julgado.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a

39 Sartor, *Precedente giudiziale*, cit., p. 1.321.

40 V., por todos, Mac Cormick, *Why Cases have Rationes and what these are*, *Precedent in Law* (obra coletiva ed. Laurence Goldstein), cit., pp. 162-163.

41 Perelman e Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação*, cit., p. 122, que se referem a Aristóteles, em passagem alusiva a Isócrates (*Sobre a troca*, 173).

42 Cf. Mac Cormick, *The Motivation of Judgement in the Common Law*, *La motivation des décisions de justice* (obra coletiva), Bruxelles, É. Bruylant, 1978, p. 183.

decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decedendi*; caso contrário, a resposta será positiva.⁴³

Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia.⁴⁴ O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.

Acrescente-se, de outra parte, que se delineia possível aos juízes ingleses, em particular, aos membros da *House of Lords*, emitirem *opinions* ou *speeches* individuais, e que são igualmente publicados nos *Law Reports*. Tal prática acarreta, com efeito, situações muitas vezes inusitadas e que convidam à reflexão.

Pode ocorrer, por exemplo, que a corte esteja de acordo com a solução a ser dada em determinada causa, mas apresente divergência no *legal reasoning*, ou seja, na fundamentação jurídica. Qual então seria o princípio vinculante que prevaleceria neste precedente?

É certo que *reasons* unânimes dão vida a uma única *ratio decedendi*. No entanto, pontos de vista convergentes no dispositivo e discordantes na motivação, quando compatíveis em relação ao tema debatido, proporcionam ao intérprete a possibilidade de escolha por uma das duas posições, sendo até passível de ser invocada *a posteriori*.

Já a situação inversa, ou seja, quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, *não vinculante* no que concerne à solução dada ao caso. Nesta hipótese, as *opinions* podem até gozar de algum valor, dependendo do prestígio pessoal do juiz que a emitiu.⁴⁵

Esses votos divergentes, em algumas situações, também acabam destacando as fissuras da interpretação do paradigma consolidado e, de certo modo, sinalizam possível mudança na apreciação posterior de questão semelhante.

43 Sartor, *Precedente giudiziale*, cit., p. 1.309.

44 A respeito desta distinção, v. Rupert Cross, *Precedent in English Law*, 3ª ed., Oxford, Clarendon, 1977, pp. 80 s.; Francesco Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, Contratto e impresa (obra coletiva dir. Francesco Galgano), Padova, Cedam, 1985, pp. 701 ss.; Gino Gorla, *Precedente giudiziale*, Enciclopedia giuridica treccani, 23(1990):10 ss.

45 Confira-se, a propósito, Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, Contratto e impresa (obra coletiva dir. Francesco Galgano), Padova, Cedam, 1990, p. 689. Sobre o estilo dos pronunciamentos da *House of Lords*, que hoje é integrada por 10 magistrados, v. Lord Wilberforce, *La Chambre des Lords*, La Cour Judiciaire Suprême – une enquête comparative (obra coletiva dir. Pierre Bellet e André Tunc), Paris, Economica, 1978, pp. 94-95.

8. Exceções à regra do precedente vinculante

Em princípio, como visto, todo precedente deve ser considerado nos julgamentos futuros de casos análogos. Todavia, a inexorável evolução do direito determinada pela dinâmica social dos países que se orientam pela *doctrine of binding precedent* permite que, em certas circunstâncias, venha oposta exceção à referida regra.

Em primeiro lugar, as cortes superiores podem substituir – *overruled* – um determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*). A decisão que acolhe nova orientação incumbem-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante.

É possível também que, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, a nova decisão siga diferente vetor. Tem-se aí, embora mais raramente, uma revogação implícita do precedente (*implied overruling*), similar à ab-rogação indireta de uma lei.⁴⁶

Distinguem-se ainda, como exceção à regra do precedente *vinculante*:

a) a *retrospective overruling*: quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento;

b) a *prospective overruling*: instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos;

c) a *anticipatory overruling*: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overrruling*”.⁴⁷

⁴⁶ Anote-se que a *Court of Appeal*, por exemplo, não tem a prerrogativa de revogar implicitamente as suas próprias decisões. Se porventura proferir julgamento substancialmente divergente de anterior pronunciamento, em caso análogo, sem manifestar a intenção clara de revogar o precedente, será criada uma duplicidade de orientações, gerando evidente incerteza para as cortes inferiores, até que a *House of Lords* intervenha para fixar qual *ratio decidendi* deve prevalecer (G. Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, cit., p. 57).

⁴⁷ Sartor, *Precedente giudiziale*, cit., pp. 1.345-1.346; Moretti, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, cit., pp. 56-57.

Ora, todos esses mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de "normatização pretoriana". A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça.

Não obstante, o "abandono" do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificação complementar. Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo denominado *princípio da inércia*, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória.⁴⁸

9. *Case law* e direito casuístico: confronto e contrastes

Afirma-se correntemente que o método de "raciocinar de caso a caso" ("*reasoning from case to case*"), que marca o direito inglês, tem como ancestral mais remoto a técnica empregada pelo jurista romano de época clássica.

E isso se justifica porque o direito romano sempre manteve um perfil dinâmico, de natureza acentuadamente casuística, ou melhor, "problemática".⁴⁹

Nos ordenamentos jurídicos de natureza casuística não se deve mesmo subestimar os elementos de sistematização. Ainda que não se revelem no sistema externo, visto que lhe faltam o corpo de normas, encontram-se na órbita do sistema interno. É claro que também nesses sistemas jurídicos (direito romano no passado e *common law* em época contemporânea) as normas e conceitos próprios se articulam em conjunto, para alcançar uma unidade que faça sentido.⁵⁰

48 Cf. Perelman e Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação*, cit., p. 120: "A inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual, e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes"; Marina Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 40.

49 Cf. Kaser, *En torno al metodo de los juristas romanos*, cit., p. 16.

50 Kaser, *En torno al metodo de los juristas romanos*, cit., pp. 14 e 15. Quanto à distinção entre sistema interno e sistema externo, v., por todos, Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., tr. port. António Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1996, pp. 26 ss.

Todavia – e talvez fosse ocioso enfatizar – o sistema do *common law* e a experiência jurídica romana evoluíram sob circunstâncias históricas peculiares e totalmente heterogêneas. As formas de produção do direito e a própria ciência jurídica de cada qual são também diferentes. Basta pensar no “fato de que o direito inglês e aqueles que se inspiraram em seu modelo são direitos de ‘juízes’ – *Jugde-made law* – enquanto o direito romano é um direito de juristas (*Juristenrecht*). No primeiro, a criação do direito se manifesta por meio da sentença, no outro, mediante a *interpretatio*”.⁵¹

Ademais, deve ser de logo esclarecido que “o *case law* é sempre casuístico; mas um direito casuístico não é, de modo algum, sempre *case law*”.⁵²

Com efeito, o valor vinculante do precedente judicial, que constitui o ponto de referência normativo de toda a teoria do *stare decisis*, não era reconhecido no direito romano, visto que, em todos os seus momentos históricos, jamais outorgou força às sentenças, para terem eficácia em casos futuros.

O conceito de *ratio decidendi*, no qual se escuda a *doctrine of binding precedent*, mostra que é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior.

O juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim entendido, o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, pois, do particular para o geral.

Desse modo, o processo hermenêutico culmina com a identificação dos elementos necessários, para o fim de estabelecer se efetivamente os casos são análogos, e, por via de consequência, se deve aplicar a solução individuada na *ratio decidendi* do ou dos precedentes judiciais interpretados, ou então, são discrepantes e, portanto, o caso *sub iudice* deve ser decidido à luz de uma regra jurídica diferente.⁵³

Entende-se, destarte, a razão pela qual no sistema do *common law* não existem, em princípio, modelos legais abstratos estabelecidos de modo estável. São os precedentes catalogados nos *Law Reports* que constituem a fonte de confronto com os casos concretos.⁵⁴

51 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 112-113.

52 Horak, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e del diritto moderno*, cit., p. 68.

53 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 109.

54 Horak, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e del diritto moderno*, cit., p. 71.

No direito romano, pelo contrário, o jurista abstraía-se de todos os elementos que pormenorizavam as hipóteses já decididas e, assim, não se preocupava com a descrição dos fatos estruturais daquelas. O operador romano se limitava a subsumir o caso concreto no caso-tipo: apenas se a situação concreta não se encaixava entre aquelas já tipificadas é que o jurista deveria individuar um caso novo, por meio de um procedimento assemelhado ao de qualquer intérprete que deva colmatar a lacuna da lei.

De ordinário, os argumentos que a doutrina romanista se arvora para negar o caráter de verdadeiro *case law* à ciência jurídica construída pelos romanos são:

a) a carência de motivação dos *responsa*, que, na verdade, fundavam-se mais na autoridade dos juristas anteriores; e

b) o grau de abstração da casuística estampada na obra dos juristas, com a consequência de que se tornava impossível discernir os elementos intrínsecos dos casos examinados e, por isso, de detectar a respectiva *ratio decidendi*, ou seja, a *regula iuris*.⁵⁵

Os romanos tinham, com efeito, aversão aos dogmas gerais, como bem enfatizado pelo jurista Paulo: "o direito não provém da regra, mas é do próprio direito que se faz a regra".⁵⁶

As diversas máximas e regras cunhadas pelos romanos, e que se perpetuaram ao longo do tempo, jamais foram consideradas fontes independentes de conhecimento do direito romano, mas, a rigor, tinham o condão de refletir unicamente o direito tal e qual se manifestava nas soluções casuísticas concretas. Os romanos consideravam as *regulae* perigosas porque deixavam de fazer sentido quando não formuladas de modo exato e preciso.⁵⁷

A despeito de existirem outras importantes fontes de expressão do direito no âmbito da experiência romana, dúvida não pode haver acerca de que a técnica de raciocínio dos juristas clássicos, na exaustiva produção de *iura*, constituiu a base fundamental de uma ciência jurídica como forma autônoma do saber, organizado de modo racional e segundo uma lógica específica, a qual, dadas as suas peculiaridades, não encontra qualquer modelo similar nos direitos da antiguidade e do presente. Esta é seguramente a razão precípua da sobrevivência e do legado do direito romano através dos séculos.

55 Letizia Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 109 e 118.

56 D. 50.17.1 (l. 16 ad Plautium): "... non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat".

57 Kaser, *En torno al metodo de los juristas romanos*, cit., p. 28.

10. *Common law* e direito codificado

A dimensão da eficácia do precedente concerne à intensidade da influência que ele exerce sobre a decisão de um caso futuro. O ponto de referência normativo no âmbito do *common law* é exatamente o precedente judicial, enquanto, no tradicional sistema de fontes do direito que vigora nos países regidos pela *civil law*, o precedente, dotado de força persuasiva, é considerado fonte secundária ou fonte de conhecimento do direito.⁵⁸

A questão, como facilmente se nota, é de método: "enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *common law* o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita".⁵⁹

Sem embargo da evidente "diferença de valor" que é reservada ao produto da atividade judicial, o processo lógico do intérprete, em ambos os sistemas jurídicos, descortina-se assemelhado. A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada.⁶⁰

A peculiaridade da incidência do precedente em cotejo com a aplicação da lei consiste sobretudo na amplitude da área de discricionariedade que o juiz inglês possui. A individuação da *ratio decidendi* é uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial.

A sentença do juiz do *civil law*, a seu turno, também pressupõe um labor intelectual, porém, de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei.

É de ressaltar-se, por outro lado, que a jurisprudência exerce significativa influência persuasiva na esfera do direito codificado e, por essa razão, «defende-se a idéia de que o problema da eficácia do precedente não pode ser reduzido à simples alternativa entre eficácia vinculante e não vinculante».

O precedente judicial é, pois, um fenômeno extremamente difuso, presente e importante nos ordenamentos de *civil law*, cada vez mais reforçado pela função nomofilática das Supremas Cortes.⁶¹

58 Cf. Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., tr. port. José Lamego, Lisboa, Fundação C. Gulbenkian, 1997, p. 615.

59 Guido Fernando Silva Soares, *Common Law. Introdução ao direito dos EUA*, cit., p. 39.

60 Mac Cormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 214.

61 Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 387; Francesco Galgano, *Il precedente giudiziario in civil law*, Atlante di diritto privato comparato, Bologna, Zanichelli, 1999, p. 31.