

O Naufrágio da Lei: História e Crise

Roberto Angotti Junior¹

RESUMO: A crise do modelo legal, diretamente ligada à forma artificial com que este foi implantado na modernidade, traz consigo a prevalência da jurisprudência como fonte do direito no que hoje conhecemos como "Estado Constitucional". Essa preponderância epistemológica reflete-se historiograficamente, na medida em que cada vez mais a jurisprudência tende a firmar-se como fonte histórica do direito.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Modernidade. Crise do modelo legal. Estado Constitucional. Jurisprudência.

ABSTRACT: The crisis of the legal model, directly tied to the artificial way in which this was implemented in modernity brings with it the prevalence of jurisprudence as a source of law in which we know today as "Constitutional State". This epistemological dominance is reflected historiographically as, increasingly, the jurisprudence tends to establish itself as a historical source of law.

KEYWORDS: History of Law. Modernity. Crisis of the legal model. Constitutional State. Jurisprudence.

1 Introdução

Suponhamos que lei e jurisprudência estivessem a bordo de um naufrágio. Qual delas deveria ser objeto dos primeiros cuidados de resgate por parte do historiador?

Significa, na verdade, perguntar: Qual destas duas fontes formais do direito brasileiro vigente é a mais importante sob o aspecto historiográfico? Entre lei e jurisprudência, qual na atualidade estaria apta a produzir a melhor história? Nossa hipótese é: ante a crise vivida pelo modelo legal, cada vez mais

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Procurador do Município de São Paulo. Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

a jurisprudência tende a se firmar como fonte histórica preponderante do direito. A crise do modelo epistemológico da lei tem total relação com a perda, para nós, cada vez mais acentuada e visível, de sua importância histórica.

Antes de tudo, entretanto, é necessário esclarecer que temos plena consciência de que as fontes históricas do direito, reconhecidamente, não se resumem às fontes formais do direito. Aliás, a depender do tempo e do espaço, podem ser mesmo as de menor relevância. Com efeito, como ensina José Reinaldo de Lima Lopes, fazer história do Direito significa ingressar no universo tridimensional representado pelas fontes, pela cultura e pelas instituições². De nossa parte, pararemos nas primeiras, sem prejuízo de uma eventual incursão transversal em algumas das demais, que ficarão claras ao longo do texto.

Por outro lado, deixemos desde já outro corte epistemológico estabelecido. Sem entrar no imbróglio da classificação das fontes do direito, trataremos aqui apenas do que se pode se chamar “fontes formais estatais”, ou seja, a lei, em sentido estrito, e a jurisprudência, deixando de lado os princípios, pela sua estrutura fluída e aberta, assim como analogia e equidade, as últimas também tidas hoje como de pouca importância.

Já os motivos pelos quais se deixará de lado também o costume são um pouco diversos. Se sob a perspectiva da aplicação do direito o costume é, quiçá, hoje uma das fontes menos invocada, sob a perspectiva histórica sua importância é imensurável na medida em que se dilui no espectro das práticas sociais, que hoje representam umas das mais relevantes ferramentas do historiador³. Por isso sua análise mereceria um estudo específico sob um enfoque absolutamente diverso.

De outro lado, a doutrina assume um papel relevantíssimo no âmbito da história das ideias. Contudo, por não estar imantada pelo elemento político, não nos parece viável fazer uma análise comparativa adequada em relação à lei.

Assim, atendo-se à dicotomia “legislação x decisão judicial”, o que se pretende demonstrar é que a chamada “crise da lei” vem impondo uma tendência de preponderância teórica

² *O Direito na História: Lições Introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012, pág. 08.

³ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *História das Ideias, das Instituições e Teoria do Direito (no prelo)*.

e, por conseguinte, histórica, da jurisprudência no direito brasileiro.

2 Uma breve defesa metodológica

É inegável a profunda ligação de contraposição e complementaridade entre a pesquisa histórica, que nega e revoluciona a aceitação teórica, e a teoria da história, que sistematiza e dá coerência aos fatos e documentos históricos.

Antonio Manuel Hespanha, com sua costumeira precisão, aborda a questão da intersecção entre história e teoria do direito. Em *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um Paradigma*⁴, o autor admite a pretensão de interessar, a um só tempo, a juristas e historiadores. Aos primeiros, através dos argumentos que podem ser tirados da experiência histórica. Aos últimos, com a apresentação dos modelos que decorrem das “perspectivas actualistas” sobre o direito.

Sob a perspectiva do *métier* do historiador, Paolo Grossi expõe o problema da seguinte forma:

Acredito piamente... que um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo seja o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acrílicas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural. O historiador também pode esconder-se no outro papel, o de erudito conhecedor do passado próximo e remoto. Papel que não hesito em considerar – em relação ao primeiro – nobre mas menor e, no fundo, ao qual se pode renunciar.⁵

Como adverte o autor, embora não seja tarefa do historiador fazer propostas operativas, este pode utilizar a sua

⁴ In *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, págs. 07/58.

⁵ *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007, pág. 13.

consciência tendo o sentido da linha histórica para incentivar o espírito crítico do observador e projetador do presente⁶. Assim, com base numa brevíssima digressão histórica, pretendemos localizar uma tendência prospectiva que coincide justamente com a hipótese de trabalho ora sustentada.

3 O paradigma da lei: história e crise

Falar de "crise da lei" hoje é lugar comum. Hespanha⁷ é absolutamente preciso ao tratar o tema: "se podemos questionar a terapêutica, já o diagnóstico é, em contrapartida, inquestionável". Daí porque não convém despendar esforço em comprovar o fato instaurado. O que se apresenta aos olhos daquele que pretende fazer história só lhe interessa como um marco comparativo de compreensão historiográfica.

De toda forma, parece importante demarcar de que modo chegamos a tal situação, no que não se prescinde de uma breve análise histórica, ainda que despreziosa e fundada tão somente em fontes secundárias. Nesse sentido, servirão de base as ideias de Paolo Grossi, Antonio Manuel Hespanha e José Reinaldo de Lima Lopes, com eventual consulta às obras históricas, como o primeiro de "Os Seis Livros da República" de Jean Bodin e os "Ensaio" de Michel de Montaigne.

3.1 Esboço histórico

O direito precede a lei do Estado centralizado e soberano. A ordem jurídica na perspectiva medieval caracterizava-se por um poder político ainda em gestação. O direito se manifestava então primordialmente nos costumes, numa fusão de social e jurídico, sendo seus produtores não os legisladores, mas os juristas⁸, e mesmo simples operadores

⁶ Op. cit., pág. 117.

⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma*. In *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*, págs. 07/58. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pág. 9.

⁸ Donald Kelley em seu artigo *Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man* demonstra com nitidez a prevalência do papel do jurista até o final da idade média: "The legal profession, too, was exalted. With rhetorical self-indulgence modern jurists began to take up the ancient formula that jurisprudence was vera philosophic true philosophy, and they did not scruple to claim precedence for it over all other disciplines. 'Not content with the glory of being

imersos nas práticas dos bens e negócios. Em poucas palavras, o *ius commune* medieval não era essencialmente legislado, mas doutrinário e costumeiro⁹. Como bem sumariza José Reinaldo de Lima Lopes¹⁰

do ponto de vista do direito, a sociedade medieval não se encontra ordenada por um sistema jurídico monista, isto é, um sistema em que tudo o que é jurídico depende de um ato de vontade de um soberano (seja ele o príncipe, o papa, o povo, representado ou em assembleias).

Esse direito, difuso, cede lugar com a centralidade política advinda do surgimento da figura do Príncipe: insular, onicompreensiva e antipluralista. Tal processo é espetacularmente típico no reino da França, verdadeiro laboratório da modernidade. É na história da Monarquia Francesa entre os séculos XI e XVIII que paulatinamente surge a percepção da essencialidade do direito como ferramenta estatal.

De um estado essencialmente jurisdicional, passa-se a um Estado também legislador. Sob a égide do antigo regime, a crescente atividade legislativa do soberano ainda convive com o direito romano e canônico ensinado nas universidades e os costumes locais. Mas gradualmente dissipa-se a ideia de lei enquanto *ius*, passando a significar *loy*, em sentido estrito e moderno, como ato de vontade do soberano, dotada de rigidez e generalidade e, na ampla maioria das vezes, absolutamente desvinculada de qualquer conteúdo que a legitimasse e refratária à ideia de bem comum.

Da combinação das ideias do jusnaturalismo moderno e do iluminismo, nasce a iniciativa de codificar o direito, que, apesar das resistências enfrentadas em toda Europa, torna-se vitoriosa ao final do Século XVIII.

O surgimento da concepção do direito como ciência, baseado nas ideias de sistematicidade e previsibilidade das ciências naturais, e o fortalecimento do Estado Nacional centralizador, dão cabo de instituir um modelo legal que já podemos dizer próximo daquele que conhecemos hoje.

identified with the highest philosophy', wrote Leibniz in 1667, 'jurisprudence is driven to occupy alone the throne of wisdom'.

⁹ *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009, pág. 31.

¹⁰ *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 143.

Levada a cabo a tarefa da modernidade, uma parte rica e vital do ordenamento jurídico foi reprimida por uma mitologia ideológico-jurídica repressora. Em poucas palavras, estava talhado o que Grossi chama de "mito imperativista" criado em torno da autoridade política, consolidado pelo positivismo kelseniano¹¹.

E embora daí já se tenha percorrido algum tempo, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal em vigor prova que muito pouca coisa mudou: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

3.2 O modelo constitucional

É fato que o quimérico dispositivo constitucional acima citado, está inserido numa ordem constitucional que vem, de alguma forma, mitigar essa aridez da lei positiva.

É claro que, há algum tempo, principalmente por intermédio das chamadas Cortes Constitucionais, tem se buscado alternativas para o modelo formal de uma norma editada pela autoridade, independentemente do conteúdo material.

Aquilo que alguns chamam "Estado Constitucional"¹² representaria um novo modelo jurídico em que um documento passaria a ocupar o vértice do ordenamento, servindo como parâmetro para uma avaliação formal e material da lei ordinária, por, em tese, consubstanciar as forças sociais de uma determinada comunidade política.

A ideia é que o judiciário analise a conformidade de uma lei em relação a uma lei de maior gabarito. Como que admitindo que o legislador ordinário é passível de erro, mas o legislador constituinte é perfeito. Trata-se de uma estratégia que mais revela do que esconde a insuficiência da dogmática engendrada. Ou seja, criou-se um novo artifício legal para suprir o vazio do artifício anterior.

Embora claramente insuficiente e passível de críticas, é uma louvável tentativa de apoio em parâmetros principiológicos que busquem sindicatizar o conteúdo da norma. E, para o escopo do nosso trabalho, apenas vem a reforçar a hipótese inicial levantada.

¹¹ *Mitologias jurídicas da modernidade*, pág. 15.

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. *A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica*, pág. 30 e segs.

Com efeito, é claro que a adoção de tal modelo afeta o modelo das fontes formais conferindo preponderância à jurisprudência, na medida em que a última palavra sobre a validade da lei passa a ser dada pelo Poder Judiciário.

4 A preponderância jurisprudencial

Aqui recolhemos, afinal, a ideia de ligar história e teoria. Se a jurisprudência tende a se tornar fonte preponderante do direito em face da crise da lei, para nós, isso também tem sua relevância historiográfica.

Voltamos na nossa questão inicial. Porque ao buscar o direito na história deve o historiador dar prevalência à jurisprudência em relação à lei?

Primeiramente porque o verdadeiro sentido do direito não está na lei, mas na norma extraída da lei mediante a sua aplicação. Só após o julgamento consegue-se dar o real significado ao texto legal.

Sabido que a história não prescinde da noção de sentido, o papel do historiador é recompor os sentidos históricos. O direito só é capaz de ser objeto da história porque é um campo do saber portador de sentido. Por isso uma lei sem aplicação é uma lei sem sentido histórico.

No nosso pensar, cabe à jurisprudência atribuir à lei um sentido adequado ao momento histórico vivido nas práticas sociais. Em outras palavras, a jurisprudência acompanha as práticas sociais mediante a atribuição de sentido à lei. Mas há ainda outro enfoque.

Marc Bloch¹³, ao tratar da diversidade dos fatos humanos à unidade da consciência, bem detecta a insuficiência da lei como fonte histórica:

Será que para explorar a vida da família, quer se trate da pequena família matrimonial de hoje, vivendo perpétuas sístoles e diástoles, ou da grande linhagem medieval — essa coletividade cimentada por uma rede fortíssima de sentimentos e de interesses —, basta enumerar uns depois dos outros os artigos de um direito de família

¹³ *A Apologia da História, ou, O Ofício de Historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, pág. 131.

qualquer?

José Reinaldo de Lima Lopes¹⁴, com base em Fernand Braudel, coloca com muita propriedade a tendência cada vez mais crescente a uma preponderância da história da "vida material". Ao lado do ritmo das civilizações e das sociedades, há o "ritmo nervoso do tempo dos acontecimentos conjunturais e cotidianos". Hoje, reconhece-se: uma boa história não prescinde do conhecimento dos eventos triviais.

E é na jurisprudência que encontramos as particularidades do cotidiano. Via de regra, leis sem aplicação são leis sem importância histórica. Em contrapartida, as práticas sociais, independentemente de previsão legal, muitas vezes são reconhecidas na jurisprudência, como veremos no exemplo abaixo. Ou seja, se você pode encontrar um instituto previsto em lei sem qualquer relevância em determinado período histórico, isso não acontece com a jurisprudência. Tudo que passa pelo Poder Judiciário de alguma forma, algum dia, representou um conflito social que deve ser levado em conta pelo historiador.

O direito, antes de ser poder, norma, é uma dimensão da vida social. A jurisprudência é o liame entre o campo político representado pela lei e o campo social representado pelos fatos. Posso fazer a história das leis sem levar em conta a jurisprudência. Posso também fazer história dos fatos juridicamente relevantes, tenham eles sido ou não submetidos ao julgamento de uma autoridade. Mas só faço uma análise histórica que contemple a multifacetariedade do direito através da jurisprudência. Ou seja, caso a pesquisa histórica resuma-se à lei, certamente o historiador verá frustrado seu intento de reconstruir o passado do direito como ele realmente se apresentava.

Um exemplo. Caso eu queira fazer um levantamento histórico sobre o instituto do cheque pós-datado no direito brasileiro, o historiador, a partir da lei, sequer encontraria vestígios sobre ele. Analisando o art. 32 da Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, veria que não só o dispositivo informa ser o cheque uma ordem de pagamento à vista, como constataria que a letra da lei aduz expressamente que "*considera-se não escrita qualquer menção em contrário*" e que seu parágrafo único informa que quando "*apresentado para pagamento antes do dia*

¹⁴ *O Direito na História*, pág. 5 e seguintes.

indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação”.

Mantendo-se nos estritos lindes legais, poderia vir a afirmar, inclusive, que, do ponto de vista jurídico, o cheque pós-datado nunca existiu no ordenamento. Caso faça um levantamento de campo, entretanto, verá que ele efetivamente existiu como prática comercial. Poderá verificar, inclusive, o quanto era comum a sua emissão. Poderá até fazer um levantamento de eventuais registros do comércio sobre a quantidade de títulos de créditos emitidos nessa condição. Mas em nenhum caso estará fazendo história do direito. Ao menos até então. Somente logrará fazer um levantamento histórico de como o instituto do cheque “pós-datado” era tratado no Brasil mediante adequada análise da jurisprudência nesse sentido.

E, parece-nos que isso configura uma tendência de alguma forma ligada à crise da lei acima abordada.

O legislador jamais alcança a inventividade humana no curso da história. O homem faz a história. O saturado paradigma da lei tenta, sem sucesso, acompanhá-lo. Só a jurisprudência consegue retratar o ritmo frenético dos acontecimentos cotidianos. A perda de força do modelo legal parece-nos estar diretamente relacionada à sua incapacidade de lidar com os acontecimentos do dia-a-dia. A força da jurisprudência cresce na medida em que se mostra mais apta a dar tratamento jurídico adequado à vida material humana.

O fato de a vida material humana estar expressa na jurisprudência liga-se à crise do modelo legal ante a tendência de um distanciamento cada vez maior entre a letra da lei e a realidade cotidiana. A artificialidade na criação do modelo legal, desconsiderando as demais formas de expressão do direito, parece-nos ter total relação com a sua insuficiência para tratar dos conflitos sociais. Deixando de expressar o direito vivido socialmente a lei se torna vazia epistemológica e historicamente.

5 Conclusão

A breve abordagem histórica contida no trabalho teve por intento revelar o caráter “epocalmente situado”¹⁵ do paradigma político e jurídico da lei, fornecendo uma visão crítica do fenômeno e demonstrando a existência de modelos alternativos de viver o direito. Em outras palavras, o confronto com o passado tem como intuito demonstrar a provisoriedade das categorias históricas. A lei, como qualquer instituto humano, é uma ideia histórica. E o decurso da história parece revelar um processo de desmistificação da ideia de lei criada a partir da modernidade pelo iluminismo.

É bom que se esclareça que, em nenhum momento, se quis aqui apresentar etapas históricas de evolução do direito como possíveis modelos para adoção, sustentando que a tendência à prevalência da jurisprudência em detrimento ao modelo legal, seria uma espécie de “volta aos bons tempos”¹⁶. O que se quis aqui sustentar é que o modelo da lei não é algo tão intocável e natural como às vezes nos parece.

Por outro lado, o presente trabalho pretendeu demonstrar que as fontes do direito se tornam objeto de relevância histórica na medida em que sua preponderância enquanto fonte de aplicação do direito cresce. Quando determinada fonte do direito tende a prevalecer, automaticamente sua força histórica cresce. Tal afirmação, por mais elementar que pareça, pode contribuir para demonstrar que, via de regra, não convém dissociar, epistemologicamente, a teoria do direito e sua história.

Isso se torna especialmente verdade quando consideramos a hipótese em análise. A artificialidade do modelo legal e a consequente crise instaurada traz consigo a prevalência da jurisprudência como fonte do direito.

Essa preponderância epistemológica parece-nos guardar relação com a própria noção historiográfica de práticas sociais como elemento de relevância histórica. Embora tratemos de campos distintos, parecem-nos mutuamente influenciáveis.

Por outro lado, a crença na força histórica das práticas sociais no âmbito do direito talvez também esteja, de alguma forma, ligada à crise da lei, na medida em que não se logra encontrar na história estritamente legal a essência do fenômeno

¹⁵ HESPANHA, Antonio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma*, pág. 08.

¹⁶ Op. Cit., pág. 07/08.

jurídico. Mas tal ilação necessitaria de um maior aprofundamento.

O que podemos afirmar, em poucas palavras, é que a reboque da crise legal historicamente instaurada, vem a crescente força da jurisprudência enquanto fonte do direito e, mais, enquanto fonte histórica do direito. Enquanto a lei naufraga, emerge a jurisprudência nos braços do historiador, afirmando-se como uma importante ferramenta para o conhecimento da vida jurídica de uma determinada comunidade.

REFERÊNCIAS

BLOCH, Marc. **A Apologia da História, ou, O Ofício de Historiador**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Madrid: Aguilar, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica**. Revista Sequência, nº 58, p. 23-34, jul. 2009. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14873/0>. Acesso aos 25/11/2013.

HESPANHA, Antonio. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva de um paradigma**. In Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva, págs. 07/58. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KELLEY, Donald. **Jurisconsultus Perfectus: The Lawyer as Renaissance Man**. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/751264>. Acesso aos 26/07/2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes e outros. **O Direito na História**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Curso de História do Direito**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Hermenêutica e Completude do Ordenamento**. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 104, out/dez 1989. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181976>. Acesso aos 02/06/2013.

_____. **Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras**. Revista de Informação Legislativa, ano 40, nº 160, out/dez 2003. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

MONTAIGNE, Michel. **Ensaaios**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REIS, José Carlos Reis. **História e Teoria: Historicismo, Modernidade, Temporalidade e Verdade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.