

JUSTIFICATIVAS E RESISTÊNCIAS HISTÓRICO-CULTURAIS À TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

*JUSTIFICATIONS AND HISTORICAL-CULTURAL RESISTENCIES TO THEORY OF
JUDICIAL PRECEDENT IN BRAZIL*

*Jéssica Fachin **

*Zulmar Fachin ***

Resumo: O presente trabalho busca apresentar justificativas para uma teoria do precedente judicial no Brasil e analisar as resistências histórico-culturais pelas quais sua aderência colide com a prática jurídica brasileira. Compreendido como instrumento apto a conferir segurança jurídica, igualdade e coerência à ordem jurídica, levanta-se as questões sociológicas que justifiquem a tolerância a uma ordem jurídica irracional e incoerente. Para tanto, a partir de uma análise sociológica, e não jurídica, apontará algumas das marcantes peculiaridades histórico-culturais brasileiras, tais qual o patrimonialismo, pela ótica de Max Weber, e o personalismo brasileiro, desde Sérgio Buarque de Holanda, que configuram justificativas à resistência à adoção do precedente judicial no Brasil.

Palavras-chave: Precedente judicial. Patrimonialismo. Personalismo.

Resumen: El presente trabajo busca presentar justificativas para una teoría del precedente judicial en Brasil y analizar las resistencias histórico-culturales por las cuales su adhesión se topa en la práctica jurídica brasileña. Compreendido como un mecanismo apto a conferir seguridad jurídica, igualdad y coherencia a la orden jurídica, se levantan las cuestiones sociológicas que justifiquen la tolerancia a un orden jurídico irracional e incoherente. Para tanto, a partir de un análisis sociológico, y no jurídico, se mostrará algunas de las expresivas peculiaridades histórico-culturales brasileñas, tales cual el patrimonialismo, a partir de Max Weber, y el

* Doutoranda em Direito Constitucional (PUCS). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito (PUCPR). Licenciada em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada e professora na Faculdades Londrina. E-mail: jessicaafachin@gmail.com

** Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Professor do Mestrado em Ciência Jurídica (UniCesumar). Pesquisador do ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br

personlismo brasileiro, desde SérgioBuarque de Holanda, que configuram justificativas à resistência à adoção do precedente judicial em Brasil.

Palabras-clave: Precedente judicial. Patrimonialismo. Personalismo.

1 INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais nos últimos anos têm tomado grande espaço nas discussões acadêmicas no Brasil. Em especial, após a promulgação do Novo Código de Processo Civil (2016), viram-se os debates intensificarem e restarem carregados de severa desconfiança.

Deve-se reconhecer que o uso dos precedentes judiciais, neste início de século, tem novas e amplas perspectivas. Com a crescente atuação do Poder Judiciário em parte da Europa Continental e em países da América do Sul, a teoria das fontes e as ideias relativas à necessidade de uniformização da jurisprudência ganham espaço.

Inúmeras são as razões apontadas para a adesão do precedente judicial no Brasil. Dentre elas, Igualdade, segurança jurídica e coerência do ordenamento jurídico foram são apenas algumas que se entendem mais marcantes para compor um pequeno rol neste trabalho.

Muitas outras poderiam ser mencionadas, como a garantia da imparcialidade do juiz, a possibilidade de orientação jurídica, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, maior facilidade de aceitação da decisão, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição para a duração razoável do processo, diminuição de despesas, mais eficiência do Poder Judiciário (MARINONI, 2013, p. 172-187), dentre outras.

Razões não faltam, tampouco estudo na área para fundamentá-las.

No entanto, o presente trabalho não se encarregará de analisar o instituto – agora brasileiro – em sua origem, conceituação ou aplicação. Mas partirá da ideia primeira de que o precedente judicial é capaz de dar maior segurança e estabilidade à ordem jurídica, ademais de ser o instituto apto a conferir igualdade às pessoas no âmbito do Judiciário.

A questão que se levanta é por que o precedente judicial no Brasil enfrenta tantas dificuldades de aceitação? Pois veja, se se comprova que o sistema jurídico não é capaz de dar segurança jurídica às pessoas ou que o Judiciário utiliza de tratamento desigual em seu trabalho jurisdicional ou torna o direito incoerente e, por outro lado, se demonstra que um instituto, no caso o precedente judicial, pode resolver muitas dessas deficiências, por que não aderi-lo?

Dentre tantas críticas levantas contra o precedente judicial obrigatório, muitas, claro, muito bem fundadas, parece restar por trás uma questão que vai além das questões jurídicas.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 12), em sua majestosa obra *A Ética dos Precedentes*, demarca ser a chegada do momento em se discutir os motivos que pelos se conviva com naturalidade a um direito incoerente e um sistema desprovido de racionalidade, incapaz de conferir previsibilidade e igualdade.

Apoiado nas ideias weberianas, Marinoni busca demonstrar a influência dos valores religiosos no desenvolvimento do capitalismo e do direito e, mediante percepção de Sérgio Buarque de Holanda, que também parte da linha weberiana, analisa questão religiosa na cultura brasileira e o modo do brasileiro de se relacionar com a administração pública.

Pois então, embora na seara jurídica estejamos convencidos da necessidade e possibilidade do precedente obrigatório no Brasil, existem razões históricas e culturais enraizadas em nosso “gene social”, as quais determinam nossa relação com o direito, com a coisa pública, etc., e nos torna resistentes à cultura do precedente judicial.

2 JUSTIFICATIVAS PRA UMA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO BRASIL

Muitas são as justificativas traçadas pela doutrina para se aderir o precedente judicial obrigatório no Brasil. No entanto, para o presente estudo se elegeu três, o que não significa serem mais importantes, apenas tidas como mais marcantes pra este estudo.

Nesse sentido, discorrerá sobre a segurança jurídica, a igualdade e a coerência da ordem jurídica como justificativas que evidenciam e sustentam a proposta do precedente judicial no Brasil.

2.1 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica pela lógica e didática de Canotilho pode ser situada como um princípio constitucional geral, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2002, p. 1150-1161).

Dito de outro modo, a segurança jurídica está intimamente ligada com o Estado de Direito, sendo uma forma de concretizá-lo.

No entanto, a segurança jurídica não se apresenta somente como um princípio geral. É também um direito fundamental, assegurado pela Constituição brasileira em seu artigo 5º, ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Nota-se, na Magna Carta, que a segurança também é garantida no *caput* do artigo 6º, ao lado dos direitos sociais como a educação, saúde, alimentação, etc. Porém, neste ponto trata-se de segurança pública, como analisa José Afonso da Silva, enquanto a *segurança* do artigo antecedente refere-se a um conjunto de garantias ao direito individual de segurança, como nos incisos subsequentes tratará: segurança das relações jurídicas (XXXVI), segurança das comunicações pessoais (IV), segurança em matéria penal e processual penal (XXXVII-XLVII), etc. Por essa razão, compreende a segurança jurídica, a qual se aborda aqui, como um direito individual, assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal, mais especificamente no inciso XXXVI. (SILVA, 2010, p. 74 e 190);

A segurança, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, é uma das mais profundas aspirações na vida do homem, sendo-lhe, uma busca permanente.

(MELLO, 2013, p. 127). Prossegue afirmando que é a

insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso - , comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (MELLO, 2013, p. 127)

E, claro, a segurança jurídica coincide com ela. Traz o anseio de permitir às pessoas o mínimo de previsibilidade para que possam planejar suas vidas, vislumbrar as conseqüências e

efeitos de suas caminhadas sem que sejam surpreendidas, seja pela insegurança ou imprevisão oferecida ou pelo decorrer congênito do tempo.

O que visa é dar estabilidade e continuidade à ordem jurídica propiciando o mínimo que seja de previsibilidade das consequências jurídicas de uma conduta (MARINONI, 2010, p.119).

Ademais, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o Direito se propõe a dar estabilidade e o mínimo de certeza para as relações sociais, devendo ser “livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes” e, desse modo, o princípio da segurança jurídica apresenta-se como um dos mais importantes princípios do Estado Democrático de Direito. (MELLO, 2013, p. 127).

O sistema jurídico, pelos pensamentos de Neil MacCormick, é como se fosse uma moldura que permite entender a vida das pessoas dentro do Estado e do seio coletivo específico que pertencem. Nesse sentido, mediante uma ordem minimamente organizada, os membros dos grupos “podem dirigir sua própria conduta com vistas [...] àquilo que eles compreendem ser as normas do sistema”. (MACCORMICK, 2008, p. 8).

E mais, conhecer essas normas e perceber que as outras pessoas do mesmo grupo social as compreendem dá ao sistema “semelhante consideração prática e contribui para, ou mesmo constitui, um certo ordenamento na conduta”. (MACCORMICK, 2008, p. 8).

Veja, quando as pessoas sabem o que é o direito, tem noção de sua dimensão e alcance, ele acaba por pautar suas vidas na prática. Permite o mínimo de previsibilidade das consequências próprias e também de terceiros, guiando suas vidas até mesmo longe dos bancos judiciais.

Essa segurança jurídica deve ser dada pelos órgãos institucionais, os quais a própria ordem jurídica estabelece. É dizer, pelo Legislativo, mediante atuação legiferante e pelo Judiciário, no trabalho de interpretar, determinar e dizer a norma. Ambos, em sua tarefa institucional, devem garantir a segurança jurídica. No caso do judiciário, atuar de forma a garantir a organização e a sistematicidade da ordem jurídica. E, nesse sentido, proferir decisões coerentes com órgão institucional que o sistema lhe confere, não como juiz ou magistrado individual, a submeter aos

jurisdicionados e às pessoas seus pensamentos particulares, distanciando-se de qualquer ideia de coerência e de uma instituição de poderes judicantes una.

Canotilho aborda o princípio da segurança jurídica em sentido amplo o qual abrange a “proteção da confiança”. Este último constitui-se em um direito de poder confiar que seus atos e as decisões públicas sobre seus direitos estarão ligadas às normas e consequências previstas no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Estando os dois intimamente conectados, apresenta, o princípio da segurança jurídica, relação com elementos objetivos da ordem jurídica, que, pode-se dizer, ser a estabilidade, a segurança de orientação e de atuação do direito, enquanto a proteção da confiança, liga-se aos aspectos subjetivos da segurança jurídica, tais quais a calculabilidade e previsibilidade das pessoas no que concerne os efeitos jurídicos advindos dos poderes públicos. (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Ingo Sarlet também adota essa perspectiva. E, em importante escrito sobre a segurança jurídica, a correlaciona não apenas com o Estado de Direito, mas com o princípio da dignidade da pessoa humana, estando a ela, “umbilicalmente vinculada” (SARLET, 2010, p. 8):

a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2010, p. 9).

O autor também a correlaciona com o princípio da boa-fé, no sentido de auto vinculação dos atos e da proibição do retrocesso (SARLET, 2010, p. 12). Também fala da importante ligação com os direitos fundamentais (no que concerne seu núcleo e seu conteúdo em dignidade), visto que sua proteção só será possível onde houver o mínimo de segurança jurídica. (SARLET, 2010, p. 9)

As pessoas esperam do direito a estabilidade e continuidade a que ele se propõe. Para que o indivíduo se planeje e consiga vislumbrar um futuro ao menos delineado é necessário que o Judiciário seja coerente em seu trabalho de construção e atualização da norma jurídica, que diga apenas um direito e não vários. É necessário dar essa segurança às pessoas, essa previsibilidade

das consequências não só de suas ações, mas também da reação de terceiros diante delas (MARINONI, 2010, p. 120).

O precedente judicial obrigatório é capaz de trazer maior estabilidade e ideia de continuidade do direito. Não se pode admitir que o judiciário seja “fracionado” no sentido de dizer e construir normas, muitas vezes, diametralmente opostas. É preciso que os juízes e tribunais respeitem suas próprias decisões e que tenham sempre os olhos lançados às dos tribunais superiores.

Ele pode trazer mais previsibilidade ao direito. Permite que as pessoas saibam qual é o direito e como tem sido aplicado pelos juízes e tribunais. Assim, o jogo jurisdicional deixa de ser um jogo às cegas e passa a ser dotado de maior racionalidade e coerência, apto a proporcionar aos jurisdicionados a justiça que perseguem.

O descontrole da disponibilização do direito e dos projetos de vida das pessoas com base nele acaba tornando-as mero instrumento da vontade estatal. (SARLET, 2010, p. 9). Sendo o homem a medida e o fim de todas as coisas, conforme pensamento kantiano, estar sujeito e destinado à mera vontade estatal, contraria essa acepção de dignidade. (KANT, 1969, p.7-8).¹

2.2 IGUALDADE

A igualdade é um dos elementos centrais da ordem constitucional brasileira e, inegavelmente, princípio estruturante de qualquer Estado Democrático de Direito.

Ela, pelas palavras de ZulmarFachin, “é uma aspiração que reside permanentemente no coração das pessoas. Paradoxalmente, é a desigualdade que acompanha a trajetória concreta do homem na Terra.”. (FACHIN, 2015, 269).

Desse modo, lembremo-nos que tal princípio consta em todas as constituições brasileiras, desde 1824, o que confirma, em certo ponto, a afirmação de Norberto Bobbio, de que a igualdade é uma “aspiração perene dos homens vivendo em sociedade”. (BOBBIO, 2002, p. 8).

A igualdade está severamente ligada aos direitos fundamentais de forma geral, de modo que “não podem ser estudados à margem da ideia de igualdade” (MIRANDA, 1988, 227), pois pressupõem caráter universal, além de igualitário.

No mesmo sentido defende Celso Antônio Bandeira de Mello que a “isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeterlegem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe”. (MELLO, 2002, p. 45).

Evidente que o caráter igualitário compreende a igualdade formal, relacionada a uma liberdade de cunho liberal, a igualdade diante da lei, e a liberdade material, de ordem social e econômica, a fim de modificá-las e corrigi-las. Desse modo, em nome da igualdade admite-se – ou melhor, exige-se- tratamento desigual em determinadas situações concretas.

Ademais, em sentido específico, o princípio da igualdade está intimamente ligado a muitos direitos fundamentais, como a própria liberdade, dignidade da pessoa humana, democracia, direitos sociais, entre tantos outros.

Por outro lado, e de necessário destaque, a igualdade guarda íntima relação com a justiça. Basta remontarmos às ideias de justiça de Aristóteles, há mais de 300 a.C, ou, também oportuno, as ideias que se seguiram de Hobbes, Rousseau, Marx, Rawls, dentre tantos outros pensadores modernos, para comprovarmos que ela, em diversas vezes, foi tratada como sinônimo de justiça. Podemos mencionar os escritos de Chaïm Perelman sobre justiça, que elenca sete, afirmando significar a justiça: (1) dar a cada um a mesma coisa; (2) dar a cada um segundo seus méritos; (3) dar a cada um segundo suas oras; (4) dar a cada um segundo a posição ocupada; (5) dar a cada um segundo o que a lei atribui; e (6) dar a cada um segundo suas necessidades. (PERELMAN, 1996, p. 9-14).

Diante do exposto, destacam-se os pensamentos de Jorge Miranda. Primeiro ao afirmar que “pensar em igualdade é pensar em justiça” (MIRANDA, 1988, p. 225) e, mais adiante, ao analisá-la de forma esmerada, apontar três importantes aspectos de sentido de igualdade:

- a) Que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística;
- b) Que igualdade significa proibição do arbítrio e intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça;
- c) Que a igualdade não é uma <<ilha>>, é <<parte do continente>>, encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material. (MIRANDA, 1988, p. 239).

O artigo 5º da Constituição brasileira diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]”. Cabe indagar a quem é submetida observância ao princípio, às pessoas, aos órgãos administrativos e judiciais?

Aos ensinamentos de José Afonso da Silva, lembremo-nos que tal princípio vincula os Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e às pessoas, em suas relações privadas, sob a chamada eficácia horizontal do direito fundamental em questão.

No mesmo sentido assegura Jorge Miranda que o “princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e significa, do mesmo passo, criação de lei igual para todos e aplicação igual da lei”. (MIRANDA, 1988, p. 244).

Desse modo, José Afonso da Silva afirma que “o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei [...]”. (SILVA, 1998, 221). Assim, o direito fundamental à igualdade impede a feitura de lei que o despreite, sob pena de nulidade da mesma.

Por esse lado, como apresenta Celso de Mello, “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” (MELLO, 2002, p. 9). Nesse sentido, apresenta-se como evidente limitação ao legislador, impondo observação e respeito.

A vinculação ao Executivo exige que a administração pública trate de modo isonômico os administrados, a conduzir casos semelhantes de modo igual, sob pena, também, de anulação de seus atos por ausência legalidade e legitimidade. (MEIRELLES, 1999, p. 635).

Sobre a vinculação dos tribunais à igualdade é o que aqui nos interessa mais, sem importar serem os outros mencionados menos importantes.

No direito brasileiro, os processualistas muitos se ocupam da igualdade processual. É dizer, a dedicação é imensa na literatura jurídica e na praxe forense no que concerne a garantir a igualdade entre as partes em meio ao processo judicial e no que concerne o acesso à jurisdição.

A igualdade dentro do processo é a “paridade de armas” entre as partes, relacionado ao contraditório. A igualdade quanto ao acesso à jurisdição assegura a todos o acesso ao Judiciário e impõe tratamento diferenciado àqueles que apresentam dificuldade econômica. Sob

esse último aspecto, menciona-se a isenção de custas processuais, a nomeação de um defensor, entre outros.

No entanto, o direito a igualdade relacionado ao Judiciário é tratado apenas por essas questões processuais. E aí afirma Marinoni haver uma grave lacuna. E questiona: “Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais?” (MARINONI, 2013, p. 142). Para mais, acrescentamos: a igualdade de tratamento judicial igual a casos semelhantes só pode ser exigida mediante a existência de uma doutrina como o *staredecisis* ou a própria ordem constitucional brasileira permite agir desta forma?

José Afonso da Silva, ao tratar da igualdade jurisdicional, fala sob dois prismas, sendo um deles a “interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei”. (SILVA, 1999, p. 221).

Jorge Miranda também trata do tema. Afirma que:

[...] as diferenciações de tratamento de situações aparentemente iguais não-de justificar-se, no mínimo, por qualquer fundamento material ou razão de ser que se não apresente arbitrária ou desrazoável, por isto ser contrário à justiça e, portanto, à igualdade [...]. (MIRANDA, 1988, p. 248).

Tratar um jurisdicionado de forma diferente de outro em caso semelhante é desrespeitar a igualdade assegurada constitucionalmente e ir de encontro com a própria justiça. Os jurisdicionados devem ser tratados de modo igual, a não ser que haja uma questão material, ou seja, que aquela decisão diferente tenha sido proferida para estabelecer a igualdade pela sua vertente material.

A única justificativa em dar tratamento desigual a situações semelhantes no processo judicial é se for para, justamente, assegurar a igualdade material, a igualdade pela lei, quando assim permita. Do contrário, o Judiciário proferir sentenças a tratar com desigualdade casos iguais, ausente da causa material, é uma latente violação ao princípio da igualdade assegurado a todos pela Constituição, e, claro, às pessoas na condição de jurisdicionadas.

2.3 COERÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA

A ordem jurídica é uma ordem, evidentemente, normativa. Neil MacCormick aponta que ela se estabelece:

[...] quando a vida em uma determinada sociedade segue seu curso de uma maneira ordenada e com uma razoável segurança de expectativas comuns entre as pessoas, sobre as bases de uma observância razoável das normas de conduta aplicável pela maior parte das pessoas. (MACCORMICK, 2008, p.3).

Pressupõe, dessa forma, um conjunto de normas minimamente organizado e sistematizado.

A coerência é característica ideal e de grande desejo do sistema jurídico ao lado de todas as outras características ideais do direito, como a justiça substantiva, por exemplo. (MACCORMICK, 2008, p.265).

No entanto, a coerência dessa ordem jurídica parece ir muito mais além de normas gerais e abstratas não serem contraditórias entre si. Nesse sentido, conforme MacCormick, “há razões (informação adequada a pessoas afetadas pelo Direito, relativa a clareza do Direito e previsibilidade razoável a sua aplicação) para que o Direito deva se expressar por meio de regras relativamente detalhadas” (MACCORMICK, 2008, p.263), que devam ser interpretadas como se estivessem a serviço de um conjunto de valores compatíveis entre si. (MACCORMICK, 2008, p.264).

Veja, se a coerência do ordenamento é almejada pelo sistema jurídico e sua primeira justificação é que não existam normas contraditórias, o Judiciário, ao interpretar e aplicar essas normas deve manter a coerência. De igual modo, as decisões do Poder Judiciário que forem incoerentes, sentenças e acórdãos que sejam contrários entre si, trarão incoerência ao Direito, afetando também previsibilidade e clareza perquirida pelo ordenamento. Desse modo, há de se constatar que não há coerência no direito que se expressa por meio de decisões que tratam casos iguais de forma desigual.

Mesmo que a ideia de um sistema que se inter-relacione de modo sistemático seja um modelo ideal, aqueles que cuidam da construção ou reconstrução racional das normas não podem

afastar-se desse ideal e devem busca-lo em suas atividades, mesmo que nunca seja perfeitamente realizável.

A coerência está intimamente ligada com a ideia de sistematicidade do sistema jurídico, pois, para que sejam sistêmicas, as normas devem ser coerentes entre si, pois almejam um mesmo propósito, uma mesma finalidade.

Ademais da coerência entre normas e decisões não contraditórias no ordenamento jurídico, a racionalidade do sistema jurisdicional brasileiro que se firma em juízes e tribunais, exige uma jurisprudência estável e o inevitável respeito dos juízes de primeiro grau frente aos tribunais.

Se atuamos mediante dita estrutura jurisdicional, não seria lógico o juiz de primeiro grau decidir sem considerar as decisões do tribunal, o que faria, necessariamente, do tribunal o ponto último do processo, fazendo com que as partes chegassem a ele sempre para ver seu direito assegurado.

Veja, se se tem uma jurisprudência coerente e previsível a parte que teve negado seu direito em primeiro grau e conhece do direito do tribunal, não recorrerá. Primeiro porque o primeiro grau e o tribunal são coerentes entre si, segundo porque se sabe como é que o tribunal decide determinada situação. Agora, não havendo jurisprudência minimamente estável e previsível e decidindo o juiz de primeiro grau sem respeitar qualquer decisão dos tribunais, a parte perdedora, claro, que recorrerá ao tribunal para, quem sabe, ter seu direito reconhecido. É como um jogo as escuras em que se torce para cair nesta ou naquela Turma, pois costumam ter posicionamentos dispare em relação às demais.

Desse modo, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni, “o respeito aos precedentes, nesta dimensão, fundamenta-se apenas na lógica do próprio sistema judicial.” (MARINONI, 2013, p.165). Não é coerente prevermos um duplo grau de jurisdição e permitir, mediante incoerência entre as decisões e falta de previsibilidade, que todo processo tome termo somente pela decisão do tribunal, negando, de certa forma, poder ao juiz de primeiro grau. Tornando o direito mais previsível e coerente entre si, em diversos casos não haverá necessidade de recorrer ao tribunal, pois se conhece a jurisprudência, o que confere maior poder ao juiz de primeiro grau e menos gastos desnecessários.

Por outro lado, também é permitir incoerência ao direito quando o ordenamento jurídico confere competência aos Tribunais Superiores de interpreta-lo e os tribunais e juízes inferiores não respeitam suas decisões nesse sentido.

Portanto, o precedente judicial obrigatório é um modo de permitir a coerência normativa do sistema, no sentido de não haver normas contrárias sendo ditas pelo Poder Judiciário e também a coerência do ordenamento no sentido de manter a atuação lógica dos Poderes, no caso o Judiciário, em que os juízes de primeiro grau, além de se vincularem ao que decidiram em tempo pretérito, sejam vinculado também pelo que os tribunais e tribunais superiores decidam.

3 A ÉTICA PROTESTANTE, O CAPITALISMO E O DIREITO

Diante do exposto, de Max Weber é possível extrair grandes análises elaboradas, tal qual, primeiramente, a diferenciação na ocupação de cargos laborais entre protestantes e católicos, a influência do protestantismo na construção do capitalismo e o influxo de ambos no direito.

Em sua obra, *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*, no primeiro capítulo, *Confissão religiosa e estratificação social*, Max Weber demonstra que a atuação dos protestantes na propriedade do capital e nos postos de trabalhos mais elevados nas indústrias, no comércio e nas empresas é superior à porcentagem do resto da população. (WEBER, 2004, p. 29-37).

Aponta:

[...] o caráter predominantemente *protestante* dos proprietários do capital e empresários, assim como das camadas superiores da mão-de-obra qualificada, notadamente do pessoal de mais alta qualificação técnica ou comercial das empresas modernas. (WEBER, 2004, p. 29).

A justificativa para tal sobrelevo está, em partes, em questões históricas como, por exemplo, a posse de capital, ligada à questão hereditária, e uma educação mais custosa e de qualidade elevada.

Nesse sentido, essas questões justificam o fato de que em países católicos e protestantes há maior número desses últimos nos bancos universitários. No entanto, não justifica

o desinteresse dos bacharelados católicos pela vida burguesa dos negócios, pela aquisição capitalista, tampouco por revelarem tendências para o artesanato e não ao trabalho em fábricas, postos administrativos, etc., como notadamente são as escolhas dos protestantes. (WEBER, 2004, p. 32-34).

O que pretende Weber com essa análise é demonstrar que a razão para essa disparidade de comportamento dá-se pela questão religiosa e não por questões exteriores, como as históricas-sociais apontadas anteriormente. Busca comprovar que essas distinções dos dois grupos diante das posições sociais e detenção econômica que apresentam são determinadas pela educação religiosa que receberam.

É preciso compreender que a Reforma eliminou a dominação eclesiástica, o que trouxe mudanças aos cultos religiosos e na externalização da fé. Também significou inovação de alguns dogmas como, principalmente, a questão da *salvação* e da *vocação*.

O protestantismo ascético, o qual trata Weber, vale dizer, é o compreendido em quatro espécies: o calvinismo, o pietismo, o metodismo e aquele nascido dos movimentos anabatista. Sem pretender esmiuçar as questões religiosas de cada uma dessas vertentes, nos atentaremos às questões principais do protestantismo ascético que permita compreender sua influência no capitalismo e no direito.

Nesse sentido, a teologia protestante foi “uma das manifestações mais importantes da filosofia individualista” (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 48). Primeiro, ao eliminar “toda mediação mágica ou sacramental na relação Deus homens” (SOUZA, 1999, p. 27), a salvação e a graça, então, não é mais dada pela Igreja, mas advém do próprio indivíduo, que passa a depender unicamente de si e não mais do eclesiástico conquista-la.

Veja, o crente era o único que poderia determinar sua salvação através do “cumprimento dos deveres intramundanos”, que era “a única via de agradar a Deus em todas as situações” (WEBER, 2004, p. 73). Enquanto que pelo catolicismo pertencer “à verdadeira Igreja fosse uma condição necessária inerente à salvação, a relação do calvinista com seu Deus se dava em profundo isolamento interior”. (WEBER, 2004, p. 97).

Se antes a salvação se dava por questões divinas externas ao indivíduo, atrelado aos rituais e cerimônias, agora a salvação se dava por si mesmo, por mérito próprio, sem mediação da

igreja, o que trazia, então, à ideia de salvação “enorme responsabilidade individual para o protestante e transferência paternalista para católico” (PAIVA, 1999, p. 259).

O que se viu, desde então, foi a valorização do dever profissional, conferindo ao trabalho caráter religioso. O trabalho era a salvação e a profissão passou a ser vista como dever, (WEBER, 2004, p. 47), um dever religioso.

O calvinismo, em especial, mantinha uma doutrina de predestinação que, em síntese, entendia que todos os homens estavam ou condenados ou eleitos divinamente. Estes teriam a comprovação de sua eleição por meio do trabalho profissional. Os atos cotidianos comprovariam que era o eleito para a salvação, o que conferiu certa racionalização da conduta do homem o mundo.

Por outro lado, essa ideia de trabalho como um dever religioso para comprovar sua fé e eleição para salvação acabou sendo um precursor do capitalismo moderno.

Desse modo, o “protestantismo, além de libertá-los da condenação religiosa, converteu em virtudes, as motivações interesseiras e egoístas estigmatizadas pela Igreja medieval” (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 48). O cristianismo que condenava a extravagância, o acúmulo desnecessário de riquezas e educava para a indiferença aos bens materiais fora afastado da ética protestante², que tornou esses fatos dignos e demonstrantes do êxito do dever intramundano.

Para o calvinista, comprovar que o indivíduo era o escolhido para a salvação não se dava mediante seu comportamento no mundo, mas pela fé. O crente deve ter confiança em Cristo, certeza do seu estado de graça, tornando “um dever *considerar-se* eleito e repudiar toda e qualquer dúvida como tentação do diabo, pois a falta de convicção, afinal, resultaria de uma fé insuficiente e, portanto, de uma atuação insuficiente da graça”. (WEBER, 2004, p. 101).

A doutrina da predestinação trazia a ideia de ter certeza da eleição mediante a luta individual diária de cada um, sendo o trabalho profissional sem descanso “o meio mais saliente para se conseguir a autoconfiança. Ele, e somente ele, dissiparia a dúvida religiosa e daria a certeza do estado de graça”. (WEBER, 2004, p. 102).

A valorização do trabalho profissional árduo como modo de comprovação da salvação foi uma alavanca ao modo de vida que Weber veio a chamar de “espírito do capitalismo”. Legitimou o lucro e “abençoou” a vida do empresário burguês, bem como validou a

repartição desigual dos bens e o trabalho mal remunerado, sendo esse último, apazíveis a Deus, desde que leais.

Em outras palavras, as ideias do protestantismo serviram como poderoso veículo de expansão econômica, favorecendo o acúmulo de capital e sustentando, sobremaneira, o modo de operar do capitalismo moderno.

Veja, a salvação do indivíduo não dependia mais da Igreja, a não ser de si mesmo. Dependia de sua crença, de sua suficiente fé a entender ser escolhido por Deus para a salvação. Nesse sentido, teria essa comprovação por meio do trabalho árduo, que lhe traria confiança da eleição. Essa forma ética de conduzir a vida permitiu ao indivíduo controlar seu estado de graça e também o comportamento de Deus:

[...] a exemplo do que fazia com seu comportamento, mais tarde o puritano passou a controlar também o de Deus e enxergava seu dedo em cada pormenor da vida. E daí [...] sabia por que Deus tomara tal ou qual disposição. A santificação da vida quase chegava a assumir um caráter de administração de empresa. (WEBER, 2004, p. 113).

A doutrina da predestinação trouxe severa racionalidade à vida do puritano, mediante sua conduta ética metodicamente racionalizada. Inclusive, controlando seu estado de graça, interpretava “as sentenças da Bíblia ‘como os parágrafos de um código de leis.’” (WEBER, 2004, p. 149) e valorizavam, sobremaneira, “a *justeza formal* como marca distintiva da conduta agradável a Deus”. (WEBER, 2004, p. 150).

O crente precisava saber quais ações agradariam a Deus e permitiriam comprovar sua eleição. Por isso, é preciso de regras que disciplinem suas vidas. Desse modo, “a previsibilidade do direito é imprescindível para que se possa exercer a profissão de modo adequado, obtendo-se, dessa maneira, um *resultado* que constitua sinal de eleição”, o que significa que “os valores do protestantismo, do mesmo modo que têm íntima relação com o ‘espírito’ do capitalismo, igualmente podem ser associados à racionalidade do direito”. (MARIONONI, 2014, p. 26). As pessoas querem vislumbrar a sua salvação mediante o trabalho e o direito precisa dar previsibilidade e segurança nessa atuação intramundana.

Nesse sentido, embora não se possa dizer que a racionalidade do direito tenha advindo do protestantismo ascético ou nele identificado sua principal causa, não se pode negar

que seu modo de viver, sistemático e racional, tenha coincidido com o “espírito do capitalismo”, contribuindo para seu desenvolvimento, bem como para a racionalização do direito.

Por isso, vê-se, que o:

{...} aprimoramento dos negócios é uma busca racionalmente orientada a partir de valores religiosos e se, para tanto, é imprescindível a racionalidade e a previsibilidade do direito, é pouco mais flagrante a relação entre os valores do calvinismo e a racionalidade do direito. (MARIONONI, 2014, p. 29).

Nesse sentido, por outro lado, é inegável a influência que o modo econômico exerce no direito. Nesse sentido, Max Weber dispõe que:

[...] os fatores econômicos desempenharam um papel, na medida em que a racionalização da economia, na base da relação associativa de mercado e dos contratos livres, [...] promoveu fortemente tanto o desenvolvimento da racionalização específica do direito como tal quanto o desenvolvimento do caráter institucional da associação política [...]. (WEBER, 1999, p. 11).

Tem-se claro que “[...] as qualidades do direito [...] repercutem fortemente na forma assumida pela economia.”. (WEBER, 1999, p. 11).

Portanto, o capitalismo precisa de racionalidade e previsibilidade para operar. Ele precisa “de um direito calculável, de modo similar a uma máquina; os pactos religioso-rituais e mágicos não podem ter importância alguma”. (WEBER, 2006, p. 95).

Desta forma, o mercado precisa de planejamento e terá terreno fértil em ambientes que confirmam previsibilidade e que sejam baseados em princípios impessoais.

Como visto, Max Weber fala em racionalidade do direito. No entanto, cumpre observar que aborda a racionalidade traçando diferenciações com relação ao grau e a natureza. Nesse sentido, trata do direito formalmente irracional, substancialmente irracional, substancialmente racional e formalmente racional, que correspondem aos estágios de evolução histórica do Direito.

O primeiro, o direito formalmente irracional, é aquele que cria e aplica o direito por meios que não podem ser controlados pela razão, está relacionada a revelações proféticas, a exemplo, a consulta ao oráculo. (WEBER, 2006, p. 12).

O direito substancialmente irracional permite decisões de natureza ética emocional ou política, ao invés de serem baseadas em normas gerais. (WEBER, 2006, p. 12).

Em terceiro, no direito substancialmente racional as decisões são embasadas em leis ou critérios representantes de um pensamento externo, religioso ou relativo a alguma ideologia política, a depender da compreensão de seus princípios orientadores.

No entanto, as três diferenciações de direito ora apontadas, não são capazes de tornar o direito racional. Para Weber, o modelo que confere maior racionalidade ao direito é o formalmente irracional. Nesse sentido, afirma que “o direito racional do Estado ocidental moderno, segundo o qual decide o funcionalismo especializado, origina-se em seus aspectos formais, mas não no conteúdo, no direito romano”. (WEBER, 1999, p. 518).

Veja, o direito formalmente racional seria aquele sistematizado e uniformização em grandes codificações (WEBER, 1999, p. 123-125).

Diante desse pensamento, surge uma importante questão a ser esclarecida. A Inglaterra é o berço do capitalismo e em sua formação ética o protestantismo aparece com significativa força. Seria a Inglaterra uma exceção de desenvolvimento do capitalismo sem um direito “calculável”, já que o sistema precedentalista por ela adotado não é formalmente racional? O precedente judicial não é capaz de dar previsibilidade e racionalidade ao direito?

Neste ponto, cumpre dilucidar que para Weber racionalidade e previsibilidade não se confundem. A previsibilidade decorre de um sistema abrangente e organizado, sistemático, (WEBER, 1999, p.11-13) e não necessariamente de um sistema formalmente racional, como os grandes códigos. Então, por sua ótica, a previsibilidade pode existir em sistemas que não são formalmente racionais.

Por outro lado, pode-se dizer, ancorado no próprio Weber, que o sistema de precedentes também tem um aspecto formal. É o que confirma quando diz que “Na área do direito privado o *common law* e o *equity* são, sem dúvida, em grande parte, ‘formalistas’ na aplicação prática, já em virtude da vinculação a precedentes judiciais” (WEBER, 1999, p. 150).³

Embora, em um aspecto geral, o sistema de precedentes não detenha uma natureza de direito formalmente racional como a Europa continental, seu sistema de fundamentação e respeito às decisões anteriores também forneceu ao capitalismo e à ética protestante caminhos previsíveis para que se desenvolvessem e caminhassem segundo suas exigências premeditadas.

É inegável que o capitalismo, na Inglaterra, teve terreno fértil para seu desenvolvimento. Para tanto, devemos lembrar, conforme Hunt & Sherman em “História do Pensamento Econômico” que o sistema capitalista se instalou quando

Em lugar dos costumes e tradições o mercado e a busca de lucros monetários passaram a determinar como seriam divididas e executadas as tarefas produtivas bem como as oportunidades de trabalho proporcionadas. Quando isso ocorreu, o sistema capitalista estava criado. (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 28)

E, tal cenário de “criação” é perfeitamente visto na Inglaterra no século XVI, quando esse sistema definitivamente se instalou. Também se deve mencionar a hegemonia conquistada pela Inglaterra no mercado mundial de produtos têxteis ainda no século XV. (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 29).

Portanto, não se trata de uma exceção o capitalismo desenvolver-se, sobremaneira, num ambiente jurídico que não é dotado, de modo geral, de racionalidade formal, justamente porque o que o capitalismo exige é previsibilidade, assim como a ética protestante, e o sistema precedentalista supriu tal exigência a ambos.

Ademais, embasado em Max Weber, dizer que o sistema de precedente não é formalmente racional, não quer dizer que seja um direito irracional, apenas que não cumpre com as exigências formais de grandes códigos sistemáticos aplicados pela lógica, mas que, assim como aqueles da Europa continental, o direito precedentalista também propiciou ambiente seguro para o desenvolvimento do capitalismo e vivência da ética protestante em razão de ser um direito previsível, pois deve respeito às decisões anteriores e superiores.

Percebe-se, então, que as ideias de segurança jurídica e previsibilidade são exigências muito severas do modelo capitalista que adotamos e também da vida protestante, o que influenciou diretamente o Direito. No entanto somos submetidos, constantemente, à falsa ideia de que a previsibilidade e segurança jurídica só podem ser asseguradas por grandes códigos e um arcabouço de leis escritas. É tão equivocado tal pensamento que, a *prima facie*, já se torna incompreensível como o capitalismo tão bem se expandiu em sistemas alheios a esses, como é o caso da já mencionada Inglaterra e também dos Estados Unidos.

O precedente judicial é capaz de dar tanta previsibilidade às pessoas, razão pela qual o capitalismo não esbarrou em dificuldades para se desenvolver na Inglaterra, muito pelo contrário, teve lá terreno fértil para tanto.

4 CULTURA PERSONALISTA E PATRIMONIALISTA E A CONVIVÊNCIA COM O UM DIREITO IRRACIONAL

Sérgio Buarque de Holanda em sua brilhante obra *Raízes do Brasil* escrita em 1936, a beira de um século vindouro, resplandece a atualidade das análises ali feitas quanto às prevalências culturais no Brasil.

Estabelece o autor distinção entre as tradições ibéricas e anglo-saxã, situando o Brasil nas peculiaridades advindas da Península Ibérica e identifica aqui a “cultura da personalidade, que parece constituir o traço mais decisivo na evolução da gente hispânica, desde tempos imemoriais”. (HOLANDA, 1995, p. 32).

A cultura do personalismo é a sobreposição da autonomia individual pela comum, identificando um desinteresse em objetivos que não os pessoais. (HOLANDA, 1995, p. 31-34). Pode-se dizer que é o oposto ao associativismo, o qual bem descreveu Tocqueville⁴ ser, em síntese, a prevalência de interesses da sociedade para realização de fins comuns, o que propicia maior coesão social.⁵

Em contraponto à ética do trabalho, há, nesses povos que aqui colonizaram, a valorização da coragem e do espírito de aventura, razão pela qual identifica que “O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho”. (HOLANDA, 1995, p. 49).

De tal afirmativa, se nota a latente diferença entre a ética do protestantismo e esta, enraizada no catolicismo, que, em especial na Espanha e em Portugal, jamais se estabeleceu “a moderna religião do trabalho e apreço à atividade utilitária. Uma digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e até mais nobilitante [...] do que a luta insana pelo pão de cada dia”. (HOLANDA, 1995, p. 38). Desse modo, “nenhuma elaboração política seria possível senão fora dela, fora de um culto que só apela para os sentimentos e os sentidos e quase nunca para a razão e a vontade”. (HOLANDA, 1995, p. 150).

Em verdade, “o que ambos admiram como ideal é uma vida de grande senhor, exclusiva de qualquer esforço, e qualquer preocupação” (HOLANDA, 1995, p. 38), importando o ócio e o amor mais do que qualquer atividade produtiva.

Esse modo de vida identificado na cultura Ibérica deu aos indivíduos características que muito importa a análise que aqui se pretende fazer: a exaltação extrema da personalidade, a paixão e a intolerância a compromissos. (HOLANDA, 1995, p. 39).

Em lugares onde não tenha uma moral de trabalho – ou qualquer outra que influencie e seja comum a muitos indivíduos - muito raramente se encontrará ordem e tranquilidade entre os cidadãos, em razão de não haver necessária harmonia de interesses. Também, nesses ambientes, depara-se com profunda dificuldade de coesão da vida social e em cumprir ordens.

Quando há uma organização racional dos homens, como a busca e valorização pelo trabalho faz, a coesão social e a organização se dão mediante isso, essa moral maior. No entanto, o que se passa nesses países, Portugal, Espanha e também no Brasil, é que se cria unicamente vínculos familiar e entre amigos, que são restritos e particularistas.

Nesse sentido, “essa solidariedade, entre eles, existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico e entre amigos”. (HOLANDA, 1995, p. 39).

Veja, não há interesse solidário entre pessoas em razão do trabalho, o que impulsionaria uma organização racional. Muito pelo contrário, a organização nesses países, como no Brasil, é erguida por sentimentos e interesses advindos dos recintos domésticos e de relações entre amigos.

Desse modo, inevitavelmente, esse modo cultural de atuar, inevitavelmente, atinge também à administração pública “em que o cargo era exercido em proveito do funcionário e para beneficiar aqueles que com ele tinham ligação, não havia qualquer possibilidade de conjugação de esforços para a realização dos interesses objetivos da instituição”. (MARINONI, 2014, p. 90).

E aí se chega a um ponto de extrema importância. À essas características trazidas de fora se somam as particulares aqui encontradas, advindas das nossas heranças rurais. No seio

dessas famílias estava o pátrio poder, ilimitado e circunstado de um isolamento que não admite intervenções externas ao seu poder.

Desse modo, “o quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública”. (HOLANDA, 1995, p. 82).

E, diante disso, o inevitável:

A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. [...] O resultado era predominarem, em toda vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família. (HOLANDA, 1995, p. 82).

A isso chama Weber, que bem trabalha Sergio Buarque de Holanda, de *patrimonialismo*, o qual se caracteriza, no âmbito da administração pública, justamente essa confusão, indistinção entre o que é público e o que é privado. No entanto, se perfaz não somente na questão patrimonial, mas também de interesses, trazendo conteúdos privados ao poder político.

Esse modo de organizar-se e tratar a coisa pública é também herança lusitana, que tão bem se instalou e se aperfeiçoou nas terras brasileiras.

Lembremos, como faz Raymundo Faoro, a origem desse modo de organização. Remontando ao Estado português, identifica-se que a Coroa Portuguesa detinha grande patrimônio rural, “cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, aplicado a produtos nas necessidades coletivas pessoais, sob as circunstâncias que distinguiam mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe.”. (FAORO, 1998, p. 4).

Observa-se, que a sociedade brasileira decorre de uma estrutura patriarcal, coincidente com as ideias de Max Weber, ao ter em conta que dita estrutura

em sua essência, não se baseia no dever de servir a determinada ‘finalidade’ objetiva e impessoal e na obediência de normas abstratas, senão precisamente no contrário: em relações de piedade rigorosamente pessoais. (WEBER, 1999, p. 234).

Essa estrutura familiar advém de um tipo de dominação legítima que desenvolve Weber, a tradicional⁶, que é aquela que vê as tradições, mandamentos e podres senhoriais como algo santificado e, portanto, representam uma autoridade. Essa autoridade é mantida não por leis ou modo de vida racional, mas por costumes, que correspondem à vontade do Senhor.

E, essa dominação patriarcal, segundo Weber, é o tipo mais puro da dominação tradicional.

Veja, o modo com que as famílias se organizam tomam parte também da esfera pública, extrapolam a privada. E o patrimonialismo é justamente a dificuldade de diferenciar o público do privado.

De modo especial, o que ocorreu no Brasil foi que “a mentalidade da casa-grande invadiu assim as cidades e conquistou todas as profissões, sem exclusão das mais humildes.”. (HOLANDA, 1995, p. 87).

O patrimonialismo, então, somado à cultura personalista, também deflagrada aqui, evidencia uma cultura que tem dificuldade de ser impessoal e que leva o modo de vida privado para todos os âmbitos da sociedade, inclusive à vida pública. A forma como o senhor resolvia as questões públicas, mediante considerações pessoais, é levada também à administração pública.

Espelhados nesse poder, a comunidade política se expande a partir da comunidade doméstica (MARINONI, 2014, p.79). E, no âmbito público, o que se observa é que não há separação “entre as esferas privada e oficial, uma vez que a administração, na dominação patrimonial, é problema exclusivo – é patrimônio – do senhor”. (MARINONI, 2014, p. 81).

Ademais, a dificuldade do brasileiro em se utilizar da impessoalidade é algo a se merecer destaque. Ditadas por uma ética de fundo emotivo, o brasileiro manifesta respeito no desejo de estabelecer intimidade (HOLANDA, 1995, p. 148).

Essas características não revelam grande espanto quando olhamos para as instituições públicas brasileira de um modo geral. A impessoalidade, a dificuldade em cumprir ordens, a tomada de decisões por preferências pessoais e emotivas, a ausência de uma coesão social embasada em uma ética social geral, se espelha por todas as partes no Brasil, inclusive no Judiciário.

Desse modo, quando se faz essa vinculação entre patrimonialismo e Poder Judiciário, “faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas”. (MARINONI, 2014, p. 80). Eis aí umas das causas de enorme resistência em se adotar precedentes no sistema brasileiro.

No entanto, tem-se um comportamento pessoal - pois “as relações que se criam na vida doméstica sempre fornecem o modo obrigatório de qualquer composição social entre nós” (HOLANDA, 1995, p. 146) - hostil à impessoalidade e a qualquer racionalidade formal, que talvez revele, pela negativa a um sistema judicial igual e previsível, “um interesse de várias posições sociais, inclusive de grupos de juízes e de parcela de advogados”. (MARINONI, 2014, p. 15).

Acostumados a um ambiente íntimo, ligado a favores à família e amigos, muito se justifica a resistência à lei “mediante o uso das suas relações e um sistema que ecoa a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo a tratamento diferenciado das pessoas como algo natural.” (MARINONI, 2014, p. 15).

E mais, o personalismo no Judiciário brasileiro é evidenciado na dificuldade de ter uma visão institucional do mesmo, em se comprometer com objetivos gerais, a própria negação ao precedente judicial obrigatório, mediante argumentos de “livre convencimento” ou “independência do juiz”.

Ademais, com respeito à ausência de uma ética do trabalho - ou qualquer outra que associe as pessoas a um fim comum – não houve a racionalização da vida e, conseqüentemente, o anseio um direito racional. Admitimos um direito irracional, adverso à unidade, em que o Judiciário, constantemente, desrespeita suas próprias decisões.

5 CONCLUSÃO

Em sua trajetória ascendente, os precedentes judiciais ganham espaço nas discussões brasileiras, em especial, com o Novo Código de Processo Civil brasileiro, o qual se preocupou, nitidamente, em conferir uniformidade ao Poder Judiciário e tornar obrigatório o precedente judicial.

Inegável, portanto, a importância de discussão do tema no Brasil.

No entanto, muito embora se apontem vantagens para o uso do precedente judicial no país, como a coerência a ordem jurídica, a segurança jurídica e a igualdade, apontam-se as peculiaridades culturais, sociológicas e históricas do brasileiro também como causa de resistência a uma adesão da teoria do precedente judicial no Brasil.

Nesse sentido, o patrimonialismo, bem descrito por Max Weber, e o personalismo no Brasil, apontado por Sérgio Buarque de Holanda, são duas características predominantes na sociedade brasileira que a conduz a uma dificuldade em lidar com a coisa pública – ao compreendê-la como extensão da vida privada - e conduzir as mais diversas esferas da vida com impessoalidade.

Ademais, demarca-se a influência mútua exercida entre economia e direito, elucidando, em Max Weber, sistemas jurídicos mais aptos a satisfazer a exigência de segurança jurídica e estabilidade que o capitalismo precisa para se desenvolver. E que, em países que preveem o precedente judicial em suas culturas jurídicas o capitalismo desenvolveu-se de modo mais marcante.

NOTAS

- ¹ “Lidamos (ou jogamos) aqui tão-só com ideias que a razão para si mesma cria, cujos objectos (quando elas os têm) se situam de todo para lá do nosso círculo de visão; embora excedam o conhecimento especulativo, nem por isso se devem, contudo, considerar como vazias em todas as relações; do ponto vista prático, são-nos dadas pela própria razão legisladora, não para cismarmos acerca dos seus objetos sobre o que são em si e segundo a sua natureza, mas para as pensarmos em vista dos princípios morais dirigidos para o fim último de todas as coisas (e assim elas, que de outro modo seriam inteiramente vazias, obtêm uma realidade prática objectiva): – temos, pois, diante de nós um campo livre para dividir este produto da nossa própria razão, a saber, o conceito universal de um fim de todas as coisas segundo a relação que ele tem com a nossa faculdade de conhecimento, e classificar as ideias que lhe estão subordinadas”. (KANT, 1969, p.7-8).
- ² Vale, aqui, lembrar, que o protestantismo também condenava o acúmulo de riquezas, a ambição e a posse de bens e dinheiro. No entanto, o que se condenava era o descanso sobre a posse e gozar da riqueza pelo ócio e prazer carnal. O trabalho era o fim estabelecido por Deus e a riqueza deveria ser apenas consequência dele. Viviam a ideia do “é proibido comer sem trabalhar”, sendo o trabalho um dever (religioso) tanto dos mais ricos quanto dos mais pobres. Ver: WEBER, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 141-167.
- ³ Neste ponto, discordamos de Luiz Guilherme Marinoni quando, em *A Ética dos Precedentes*, alega que tal afirmação deve ser lida como sinônimo de previsibilidade. No escrito de Max Weber, *Economia e Política*, volume II, parece não restar dúvida quanto à compreensão do autor de que o direito Inglês é

um direito irracional, ausente de racionalidade formal. Isso se comprova em inúmeras passagens da referida obra. Mas, no entanto, como pretendemos desenvolver, entendemos, não pelos mesmos argumentos que Luiz Guilherme Marinoni, que racionalidade não quer dizer previsibilidade e que, o direito Inglês permite a previsibilidade mediante o uso do precedente - o que Max Weber não nega – e o que corrobora com o fato histórico de que a Inglaterra é o berço do capitalismo e permitiu sua significativa expansão justamente em um direito formalmente irracional - embora haja a característica formal no “direito privado”, como quer Weber – justamente em razão da capacidade de oferecer previsibilidade que o sistema tem.

- 4 O autor identificou na sociedade estadunidenses a característica do associativismo: “Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, se unem sem cessar. Não apenas têm associações comerciais e industriais de que todos participam, mas possuem além dessas mil outras: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e minúsculas; os americanos se associam para dar festas, fundar seminários, construir albergues, erguer igrejas, difundir livros, enviar missionários aos antípodas; criam dessa maneira hospitais, prisões, escolas. Enfim, sempre que se trata de pôr em evidência uma verdade ou desenvolver um sentimento com o apoio de um grande exemplo, eles se associam.” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 131).
- 5 Vale destacar, ademais, a importância do associativismo para a democracia apontado pelo autor: “Assim, o país mais democrático da terra é aquele, dentre todos, em que os homens mais aperfeiçoaram em nossos dias a arte de perseguir em comum o objeto de seus desejos comuns e aplicaram ao maior número de objetos essa nova ciência. [...] As sociedades aristocráticas sempre encerram em seu seio, no meio de uma multidão de indivíduos que nada podem por si mesmos, um pequeno número de cidadãos poderosíssimos e riquíssimos; cada um deles pode executar sozinho grandes empreendimentos. Nas sociedades aristocráticas, os homens não precisam se unir para agir, porque são mantidos fortemente juntos. [...] Nos povos democráticos, ao contrário, todos os cidadãos são independentes e fracos; não podem quase nada por si mesmos e cada um deles não poderia obrigar seus semelhantes a lhe prestar seu concurso. Assim, caem todos na impotência se não aprendem a se ajudar livremente.” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 132).
- 6 Para compreender melhor as formas de dominação legítimas desenvolvidas por Max Weber, ver: WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (org.); FERNANDES, Florestan (coord.). *WEBER*. São Paulo: Editora Afiliada, 1999, p. 128-141).

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. vol. 2. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- HUNT, E.K.; SHERMAN, Howard J. *Histórica do Pensamento Econômico*. Trad. Jaime Larry Benchimol. 19. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993, p. 150.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marco Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- PAIVA, Angela Randolpho. Luzes Weberianas na Comparação entre as Esferas Religiosas do Brasil e dos Estados Unidos. In: SOUZA, Jessé. (Org.) *O Malandro e o Protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 257-264.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista sobre a Reforma do Estado, n. 21, mar/abril/maio. Salvador, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA, Jessé. A Ética Protestante e a Ideologia do Atraso Brasileiro. In: SOUZA, Jessé. (Org.) *O Malandro e o Protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 17-54.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: leis e costumes*. Livro 1. Trad. Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- WEBER, Max. *A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. São Paulo: Ática, 2006.

WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: COHN, Gabriel (org.); FERNANDES, Florestan (coord.). *WEBER*. São Paulo: Editora Afiliada, 1999, p. 128-141.

Recebido: 2-6-2017

Aprovado: 25-8-2017