

A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica

Ricardo Marcelo Fonseca¹

Sumário: Introdução: fontes do direito e sua historicidade; 1. A pré-modernidade jurídica brasileira e o problema das fontes; 2. Modernização e a legalização do direito; 3. O contexto pós-moderno e o papel da jurisprudência; Referências.

Resumo: Partindo teoricamente de premissas histórico-jurídicas – ou seja, vislumbrando o objeto jurídico na sua diacronicidade necessária – o presente texto busca apanhar o tema da jurisprudência (enquanto manifestação judicial) dentro do problema geral das fontes formais, localizando seu papel em três momentos distintos da experiência histórica brasileira: na “pré-modernidade jurídica” (até o século XIX), na assim chamada “modernidade jurídica” (séculos XIX e XX) e na “pós-modernidade” (final do século XX em diante).

Palavras-chave: história do direito; jurisprudência; lei; fontes formais.

Abstract: This paper intends to capture the jurisprudence theme (as a legal manifestation) from the general problem of formal sources, taking into account the historical and legal assumptions concerning it – that is, having a glimpse at the legal object in its diachronic necessity. This way, it searches for the role of the theme in three distinct moments of Brazilian history: during the “legal pre-modernity” (until the 19th Century), during the “legal modernity” (between the 19th and the 20th Centuries), and, finally, during the “post-modernity” (from the late 20th Century on).

Keywords: Legal history; jurisprudence; law; formal sources.

¹ Professor do curso de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pesquisador do CNPq. Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Presidente do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná.

Este texto foi apresentado no “*Primer simposium internacional sobre jurisprudencia*”, promovido pela Suprema Corte de Justiça do México e pela Universidad Cristóbal Colón, em Veracruz, México, no mês de outubro de 2007. O fato de ter sido apresentado a estrangeiros explica o tom explicativo que o texto por vezes assume acerca do sistema jurisprudencial brasileiro e também sobre elementos conhecidos de nossa historiografia jurídica.

Introdução: fontes do direito e sua historicidade

Falar do papel da jurisprudência – como falar do papel da lei, do costume, da doutrina, etc. – é uma tarefa teórica que não pode ser cumprida senão a partir de um enquadramento histórico. Temos o hábito mental, explicado e condicionado pelo modo como se conformou a maneira de vermos o direito no Ocidente, de encará-lo como naturalmente forjado e vestido na indumentária com a qual já estamos acostumados: como lei escrita, como “violência legítima” (vale dizer, tramada pelo Estado), como emanção de um poder político constituído. Mas a análise histórico-jurídica nos mostra que nem sempre foi assim. Paolo Grossi, com insistência, demonstra como a teoria das fontes passa por uma transformação radical nos últimos duzentos anos, quando “a idealização do Príncipe provoca a necessária idealização de sua vontade soberana e, conseqüentemente, na sua cristalização normativa na lei”.² As características do direito pré-revolucionário – como a força do caráter doutrinal, do costume, a pluralidade de ordens normativas – cede espaço para um rígido monismo jurídico. A lei escrita passa a ser “fonte primária” e exclusiva, devendo as demais cumprir uma função acessória, no caso da ocorrência de lacunas.

Fazer uma reflexão sobre esse confronto entre fontes é na verdade fazer uma reflexão sobre a própria história do direito. É, enfim, falar sobre a substância da nossa expressão jurídica passada e presente. O fim modesto deste texto é traçar, em rápidas linhas, um breve itinerário das vicissitudes desta história das fontes, focando de modo específico o papel da jurisprudência brasileira na teoria das fontes do passado e do presente, buscando a genealogia de sua centralidade (ou não centralidade) em três contextos históricos muito marcantes: primeiro, no “antigo regime brasileiro”, vale dizer, no período colonial e no imediato pós-independência (quando as características de um direito pré-moderno, plural e não legalista eram prevaletentes); em segundo lugar, na constituição de nossa “modernidade jurídica” (período dos códigos, da prevalência da lei no sistema de fontes brasileiro); e em terceiro lugar no

² GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 97. Veja-se também em GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2003, p. 58.

período contemporâneo (chamado, de um modo um tanto polêmico, de “contexto pós-moderno”), onde se delineia uma aparente crise renovada na teoria das fontes, na qual o papel da jurisprudência busca se redefinir e adquirir novos contornos.

1 A pré-modernidade jurídica Brasileira e o problema das fontes

Antônio Manuel Hespanha adverte-nos há muito sobre as especificidades da natureza do poder e do direito no Antigo Regime,³ quando a lei – ao contrário do que suporiam as consciências legalistas contemporâneas que confundem a própria essência do direito com a norma escrita – era uma fonte minoritária e subsidiária com relação à corralidade de expressões jurídicas então presentes. E nem poderia ser diferente, na medida em que a própria existência de um poder político centralizado (um Estado com monopólio legislativo centralizado, em que todas as diversas “*iurisdictio*” da sociedade de ordens – as “sociedades intermédias” – tenham sido anuladas) é uma realidade que não se operou na sua exaustão antes do fim do século XVIII e sobretudo no século XIX europeu. Diante de uma sociedade estratificada, dividida em ordens particulares, correspondia uma sociedade marcada por um forte pluralismo jurídico, em que cada parte do “corpo” deveria ser regida pela sua própria “*iurisdictio*” – sendo inclusive daí que advinha o próprio equilíbrio da sociedade ordenada do *Ancien Régime*. Usando uma metáfora célebre de um teólogo medieval, tão bizarro quanto a existência de um corpo que se reduza a uma cabeça, seria a existência de uma sociedade com um poder único. A sociedade era dividida e hierarquizada e isso era garantia – na cosmovisão pré-moderna – de que esta sociedade pudesse funcionar harmonicamente. Diante disso, como diz Hespanha, havia a impossibilidade lógica de uma administração centralizada⁴ – e, como consequência, a impossibilidade de que houvesse uma fonte jurídica única e determinante que tivesse condições de excluir todas as demais. Pensar a sociedade política e jurídica europeia pelo menos até o século

³ Vide, em modo exemplar, HESPANHA, A. M. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, A. M. (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁴ HESPANHA, António M. *História das Instituições: medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

XVIII, portanto, é, de um modo geral, pensar numa sociedade plural, não centralizada, com diversas fontes produtivas de direito e com diversas formas de expressão da juridicidade.

O caso brasileiro – como todo o caso latino-americano – dentro deste contexto, não é fácil de analisar. Na condição de colônia portuguesa, povoada e instrumentalizada tendo como norte a exploração comercial – primeiro da madeira (o pau-brasil), depois metais preciosos, o açúcar, etc., – o Brasil entrava na dinâmica do “antigo sistema colonial”⁵ de modo acessório e dependente, com a inserção do trabalho escravo africano. Portugal nunca teve como objetivo “instaurar” uma civilização no alémmar (por exemplo, jamais permitiu que fossem inauguradas universidades em seus domínios, ao contrário do que ocorreu na colonização espanhola) e no Brasil – ao contrário do caso mexicano ou peruano – não foram encontradas “civilizações” com quem fosse necessário um expressivo diálogo ou negociação (os índios brasileiros ou foram escravizados, ou progressivamente exterminados). As grandes doações de terras para plantios aqui instaladas (em regime de sesmarias – contrato português tipicamente medieval) beneficiaram fidalgos portugueses com relações com a coroa e tinham, como pano de fundo a necessidade de ocupação dos vastos domínios portugueses na América, bem como de produção de riquezas – imediatamente remetidas para a metrópole.

Diante do complexo sistema de exploração instalado em terras brasileiras, a natureza do direito brasileiro no período colonial é muito controvertida. De um lado, é certo que não havia a circulação de direito “culto” no Brasil nesse período e nem tampouco a existência de focos que ensejassem a circulação cultural. Na mesma linha, toda a regulamentação jurídica “oficial” provinha de Portugal (como foi, sintomaticamente, o caso das sesmarias), sobretudo das Ordenações do Reino (as mais longevas foram as Ordenações de Filipe II, de 1603). Todavia, por outro lado, vários autores expressivos afirmam com convicção que buscar o direito colonial no arcabouço das leis régias portuguesas implica na perda da compreensão das especificidades do próprio direito do antigo regime, quando “a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços

⁵ NOVAES, Fernando. *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*. São Paulo: Hucitec, 2001.

jurídicos de abertura ou indeterminações existentes na própria estrutura do direito comum”.⁶ Isto é: como o direito comum (do qual as ordenações filipinas são uma forma de expressão) tem um caráter subsidiário, deixando livre a possibilidade de manifestação de outros direitos, há que ser considerado o amplo espectro da prática, dos costumes locais – e, claro, também das decisões dos tribunais – como componentes integrantes de um direito tipicamente autóctone. Como o *ius commune* não tinha uma tendência à centralização, no Brasil pode-se perceber um direito que se diferencia da juridicidade portuguesa metropolitana justamente na medida em que os usos particulares e, sobretudo, na medida em que as decisões judiciais orientam a prática e adaptam-na às específicas condições do Brasil colônia. É que, como nos lembra Hespanha, no Antigo Regime, “o governar estava muito próximo do julgar”, de modo que o que se diz sobre a teoria do governo (*regimen*) está próximo da teoria do juízo (*iudicium*).⁷ Afinal, até o século XIX, estamos diante de um paradigma *jurisdicional* de poder (o que Fioravanti chama de “Estado jurisdicional”), em que a presença e a força do *imperium* se dá pelo exercício da jurisdição, que “consente de modo bem mais elástico governar uma realidade territorial complexa, essencialmente com o intento de manter a paz, de consorciar e manter em equilíbrio as forças concretamente existentes”.⁸ Governar, aqui, é sobretudo julgar, numa arquitetura jurídico-política em que a ideia divisão dos poderes deve estar bem afastada.

Se é assim, seguindo o raciocínio de Hespanha, a regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes o arbítrio do juiz na apreciação dos casos concretos (“*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*”, fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito). É ele que, caso a caso, ponderando as consequências respectivas, decidirá do equilíbrio entre as várias normas disponíveis. Este arbítrio é, no entanto, guiado. Pelo princípios gerais a que nos referimos.

⁶ HESPANHA, A. M. Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35, T. I, 2006, p. 59-61.

⁷ HESPANHA, 2006, p. 81.

⁸ FIORAVANTI, M. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, M. (Org.). *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2002, p. 90.

Mas, sobretudo, pelos usos do lugar ao decidir questões semelhantes [...] usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo deste direito pluralista.⁹ Essa parece ser também a posição de Arno Wehling e Maria José Wehling, para quem um magistrado como o juiz de fora e o ouvidor da comarca, a par de sua jurisdição como juiz, exercia diversas outras funções inerentes a seu *munus*, mas que não eram de caráter judicial. Assim, o juiz de fora presidia a câmara municipal e acumulava atividades administrativas, como a gestão dos bens de órfãos e ausentes, enquanto que o ouvidor da comarca, especialmente no século XVIII e à luz das concepções iluministas, esperava-se que fosse um fomentista, identificando fontes de recursos para a exploração econômica de particulares e aumento da arrecadação estatal.¹⁰

Em suma: no contexto de um “antigo Regime” *sui generis* como o brasileiro, dotado, é certo, de grande pluralidade político-jurídica e de ausência da ideia de uma fonte legal exclusiva e excludente de outras formas de juridicidade, o papel da jurisprudência (aderente ao conteúdo profundamente costumeiro das práticas cotidianas, apontando para uma solução tópica – e não abstrata e sistemática – das controvérsias, tendo como norte a noção de equidade e justiça no caso concreto), foi central e caracterizante da experiência jurídica colonial brasileira, constituindo um dos elementos principais dentro do complexo sistema das fontes do período.

2 Modernização e a legalização do direito

Com a independência de Portugal, em 1822, o Brasil busca fazer um grande esforço de “modernização” (a Constituição de 1824, copiada em grande medida dos modelos liberais estadunidense e francês, é um exemplo emblemático deste processo). São criadas as primeiras faculdades de Direito brasileiras (São Paulo e Olinda, em 1827), para que novas elites fossem criadas a partir de um molde estritamente brasileiro (até então, os “bacharéis” em Direito brasileiros tinham sua formação

⁹ HESPANHA, 2006, p. 81.

¹⁰ WEHLING, A.; WEHLING, M. J. A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene. *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

principalmente em Coimbra). Todavia, este foi um processo lento, até porque um dos primeiros atos do Brasil Imperial era justamente manter vigente todo o arcabouço legislativo português, até que adviesse um novo código ou que as leis antigas fossem expressamente modificadas.

O que ocorre, então, em todo o século XIX brasileiro, é um processo complexo no qual o velho e o novo se confrontam e em que o desejo de modernização deve-se haver em todo momento com as arcaicas estruturas de poder ainda renitentes. A imensa extensão territorial brasileira e a tradição herdada de Portugal no sentido de ceder toda a autoridade aos donatários das terras recebidas na colônia acabam por tornar importante a parcela do *poder local* e por explicar a dificuldade de implementação do processo – que seria tipicamente modernizante – de unificação do poder em torno da figura do novo imperador. Para agravar esta situação, embora o Brasil tenha experimentado importantes adventos codificadores ao longo do século XIX (como o código criminal de 1830 e o código comercial de 1850), a codificação civil deverá aguardar até 1916 (ao contrário de praticamente toda a experiência latino americana), fazendo com que, nas relações privadas, o arcabouço jurídico brasileiro oitocentista fosse um conjunto de legislações esparsas (como a “Lei de Terras” de 1850, por exemplo), de leis portuguesas e dos conteúdos ainda importantes das Ordenações Filipinas (não revogadas em sua completude e bastante presentes na jurisprudência), tudo isso cimentado pelos costumes e usos que, ao longo de todo o período, ainda resistiam à implementação de um processo de “absolutismo jurídico”.¹¹ Ou seja, o século XIX aparece efetivamente como um período de transição, onde as tradições jurídicas pré-moderna e moderna se confrontam e convivem num complexo sistema marcado pela hibridez.

No século XX, já no contexto republicano (em 1889 acaba a monarquia no Brasil), é que se complementa esse processo de modernização. O Código Civil Brasileiro (muito influenciado pelo BGB alemão de 1900) é de fato um monumento importante no projeto de “modernização jurídica”. Aqui é que a lei escrita afirma-se como fonte formal principal, relegando todas as demais para a irrelevância. Implementa-se no Brasil, como na maioria dos países do *civil law* (tanto na Europa quanto na América Latina), o projeto de redução da

¹¹ Sobre a noção de “absolutismo jurídico”, vide GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.

juridicidade à legalidade, a ligação indissolúvel do direito (inclusive do direito privado) ao poder político, a elevação à condição de protagonista da juridicidade do político, com a correspondente desvalorização do papel do jurista (agora mero exegeta dos textos legislativos produzidos pelo príncipe ou pelo parlamento). É o processo do “absolutismo jurídico”, tão importante no âmbito europeu para a formação do “Estado de direito”¹² com todos os seus corolários teóricos e institucionais (princípio da legalidade, tripartição dos poderes, etc.) e que se assentou profundamente nas consciências jurídicas modernas.

Neste processo, como não poderia deixar de ser, a jurisprudência deve ser uma mera serva da lei escrita. O juiz, para usar as célebres palavras de Montesquieu, deve limitar a ser a “boca inanimada da lei”. Os julgados devem unicamente ser o resultado de um processo lógico de subsunção de um fato concreto a uma norma abstrata – uma operação de silogismo, portanto. O arcabouço de leis que vai sustentar este processo, por outro lado, é visto como um sistema que tende à completude e que, portanto, deve esgotar a juridicidade. Os julgados são como que um efeito secundário e reflexo da expressão do direito em sua forma mais significativa, a lei escrita. O juiz deve ser seu profeta. O famoso art. 4º das disposições preliminares do *Code Civil* napoleônico de 1804 (que aduzia que o “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou de silêncio da lei, poderá ser processado como culpado por denegação de justiça”) é, já no século XX, transposto no Brasil pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942), segundo o qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Há uma lógica de continuidade, na qual a atividade judicial deve se orientar somente pela lei.

3 O contexto pós-moderno e o papel da jurisprudência

Aqui o termo “pós-moderno” é usado de modo provocativo, dada a sabida controvérsia e equivocidade da expressão, especialmente quando vem aplicada no âmbito das relações jurídicas. De fato, é difícil

¹² COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*. Milano: Feltrinelli, 2002.

identificar uma “transformação” nos tempos em que seja possível observar de modo claro a superação de um paradigma “moderno” em direção a novos tempos, que rompem com o velho e inaugurem o novo, que seria a “pós-modernidade”.¹³ Aqui, então, o termo é usado apenas para indicar a superação daquele paradigma jurídico que era calçado na legalidade estrita, tal como tematizada e celebrada ao longo do século XIX. Ou seja: “modernidade jurídica”, aqui (com Paolo Grossi), é entendida como a época do Estado de direito, do “absolutismo jurídico”, da era das codificações e do predomínio estrito na crença no princípio da legalidade e da tripartição dos poderes. É, então, a época do “Estado legislativo” que, para Fioravanti, substitui o “Estado jurisdicional”.¹⁴ É aquela época, portanto, que assentou as bases para a institucionalização jurídico-política que vemos hoje assentada no Brasil e em boa parte da tradição do *civil law*.

Pois bem: no final do século XX e início do século XXI, esta fase é que, vai mostrando seus limites e dando lugar a outra forma de expressão jurídico-política, o “Estado Constitucional”.¹⁵ Aqui a lei perde a sua centralidade. Deixa ela de ser a fonte indiscutível da juridicidade, na medida em que seus mecanismos de produção são identificados e relacionados a critérios supralegais que devem orientar a sua produção e interpretação contidos em outro documento que passa a ocupar a centralidade histórica: a Constituição. Enquanto documento que, em teoria, é resultado do conjunto das forças sociais e que, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, enquanto instrumento jurídico que coloca um conjunto de objetivos e tarefas a serem implementadas na sociedade, na administração pública e no sistema jurídico em geral, a Constituição passa a ser o vértice valorativo do sistema, carregado de uma carga axiológica que não pode ser ignorada pelo legislador infraconstitucional. Com isso,

¹³ É necessário inclusive observar como o uso desta expressão – pós-modernidade – tem servido em vários casos muito mais para confundir do que para esclarecer. De fato, essa qualificação ora é vista como negativa (como censura a uma tomada de posição teórica), ora como positiva (como expressão de sintonia com os novos tempos), ora numa abordagem teórica, ora numa abordagem política. De qualquer modo, autores que guardam entre si enorme diferença (como Michel Foucault, Boaventura de Souza Santos, Jacques Derrida, Michel Maffesoli, etc.), muitas vezes têm sido gravados com este epíteto, o que mostra que esta expressão pouco tem servido como guia de identificação teórica.

¹⁴ FIORAVANTI, 2002, p. 17.

¹⁵ FIORAVANTI, 2002, p. 20 et seq.

a Constituição passa a ser o lugar da avaliação da pertinência axiológica, procedimental e material da lei.

Essa mudança histórica de rumos obviamente afeta profundamente o sistema das fontes formais. Na medida em que a lei perde sua aura de diretriz soberana e absoluta e deve ser confrontada em todos os momentos com a axiologia constitucional, o papel da jurisprudência – e sobretudo das Cortes Constitucionais – ganha um novo relevo. A última palavra sobre a validade da lei diante da Constituição ocorrerá nos tribunais, e não mais nos Parlamentos.

Diante dessa mutação histórica – que vem acompanhada de uma complexificação nas demandas judiciais e, em grande medida, na crise do sistema judicial tradicional, o ordenamento jurídico brasileiro insere mudanças importantes no que se refere ao papel da jurisprudência no sistema das fontes e que são representativas deste contexto dito “pós-moderno”.

Trata-se, enfim, do papel que as “súmulas” – que são entendimentos judiciais cristalizados pelos tribunais brasileiros – começam a tomar no sistema processual. Às vezes, (como ocorre no caso da Justiça do Trabalho, como se vê pelo art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho), a existência de uma súmula sobre determinada matéria implica que o recurso manejado contra uma decisão de um Tribunal Regional do Trabalho (que esteja de acordo com o conteúdo desta súmula) poderá simplesmente não ser conhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho.¹⁶ Em outros termos, a existência de súmula torna lícita a decisão do juiz em denegar seguimento ao recurso (seja um recurso de revista, seja recurso de embargos, seja agravo de instrumento), impedindo com isso, na prática, que a decisão possa ser eventualmente reapreciada pela alta corte Trabalhista Brasileira ou mesmo pela Corte Suprema (o Supremo Tribunal Federal). Vale dizer: mesmo que não haja uma lei específica sobre a matéria, um entendimento jurisprudencial sumulado poderá ter o condão de sepultar uma discussão judicial pelo simples fato de a tese em debate não estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial

¹⁶ Assim dispõe o § 5º do art. 896 da CLT: “Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado de Súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos ou ao Agravo de Instrumento.”

sumulado. Como se pode perceber, as súmulas (que são expressões de entendimentos jurisprudenciais consolidados) acabam por ter um efeito processual importante e decisivo para as controvérsias que envolvam matéria sumulada, o que obviamente acaba por ter um efeito prático, em “cascata”, nas instâncias judiciais inferiores, que acabam decidindo de acordo com as súmulas.

Todavia, o sinal mais radical dessas mudanças ocorreu com a recente Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que instituiu em sede constitucional as “súmulas vinculantes”. De fato, a nova redação do art. 103-A da Constituição da República Brasileira, permite que o Supremo Tribunal Federal, por decisão de dois terços de seus membros, aprove súmulas que tenham o efeito de vincular as decisões dos demais órgãos Judiciais e também da administração pública. Em caso de desobediência ao conteúdo das súmulas vinculantes, caberá Reclamação ao STF, que então terá poderes para cassar a decisão que contrarie seu entendimento, e também de anular o ato administrativo feito em desconformidade com o entendimento judicial.

Obviamente que em um sistema legal que apresenta lacunas e em uma Constituição que se apresenta com espaços abertos e variados de interpretação, esta disposição claramente dá ao STF a possibilidade de criar normas e não apenas pronunciar-se sobre situações em que haja “controvérsia hermenêutica” entre os tribunais.

Concluindo, vê-se, portanto, no sistema brasileiro, o advento de um novo momento no sistema de fontes em que, de certa maneira, existe uma nova vida da jurisprudência. A velha jurisprudência desprezada pelo estado de direito clássico renasce para deixar de ser a mera expressão automática e asséptica da *mens legis* para, quem sabe, retornar a exercer um papel central e criativo no sistema de fontes formais do direito.

Referências

COSTA, P.; ZOLO, D. (*a cura di*) *Lo Stato di Diritto*: storia, teoria, critica. Milano: Feltrinelli, 2002. Edição em português: COSTA, P.; ZOLO, D. (Org.). *O Estado de Direito*: história, teoria, crítica. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, M. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, M. (Org.). *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2002.

GROSSI, P. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001. Edição em português: GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, P. *Prima lezione di diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2003. Edição em português: GROSSI, P. *Primeira lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.

HESPANHA, A. M. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, A. M. (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, António M. *História das instituições: medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HESPANHA, António M. Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35, T. I, p. 59-61, 2006.

NOVAES, Fernando. *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*. São Paulo: Hucitec, 2001.

WEHLING, A.; WEHLING, M. J. A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, Gizlene. *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.