

Da jurisprudência.

Washington de B. Monteiro

Catedrático de Direito Civil na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Significado do vocábulo.* 2. *Sua origem imediata.* 3. *Seu papel nos tempos modernos.* 4. *Valor científico da jurisprudência.* 5. *Sua autoridade.* 6. *Conclusão.*

1. Para os romanos *juris prudentia* era a própria ciência do direito. *Juris prudentes* chamavam-se os homens capazes, que determinavam o direito aplicável aos casos concretos. Jurisprudência vinha a ser, portanto, a interpretação do direito, ou melhor, segundo a famosa definição de ULPIANO, “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”.

Ainda hoje, por vêzes, a palavra é empregada com êsse sentido e assim nos dicionários encontramos definições como estas: ciência da legislação e do direito (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO); arte de interpretar as leis, de responder e aconselhar nas matérias de direito, conjunto de princípios de direito, que se seguem num país (MORAIS).

Na atualidade, porém, mais comumente, emprega-se o vocábulo para significar o conjunto das decisões dos tribunais, em oposição à doutrina, exposta nas obras científicas, nos livros de direito.

Importante é o seu papel na vida jurídica. Por assim dizer, é o direito realmente vivo, o direito em ação, o direito pôsto em prática, a parte animada, quase dramá-

tica da legislação, no dizer de DEMOLOMBE, a *viva vox juris civilis*, na frase de MARCIANO.

2. É no *jus honorarium* que deparamos sua origem imediata; a êle se deveram, com a seqüência dos editos do pretor urbano e do pretor peregrino, profundas alterações no *jus civile*. Dentre outras, mencionem-se a criação da propriedade bonitária, ao lado da propriedade quiritária, a *restitutio in integrum* e a vocação hereditária dos cognados.

Efetivamente, numa fase mais remota, a única forma de propriedade conhecida e dotada de garantia eficaz era a quiritária, que somente podia pertencer a cidadãos romanos (*quirites*), incidir sobre coisas romanas (*res mancipi*) e obter-se por um dos modos de aquisição romana (*mancipatio, in jure cessio*). Contudo, ao lado dessa propriedade, rígida e inflexível, que paulatinamente foi perdendo sua importância, surgiu e se firmou a propriedade bonitária, em que faltava algum dos mencionados requisitos, mas que, apesar disso, começou a ser amparada pelo pretor, de tal sorte que afinal, mais tarde, numa só, veio JUSTINIANO a fundir as duas formas.

Igualmente, quanto à *restitutio in integrum* observou-se a mesma transformação. Impossibilitado de anular o ato, que o *jus civile* tinha por válido, outorgava o pretor ao prejudicado uma espécie de reparação, tão completa quanto possível, por meio da *restitutio in integrum*, e, desde então, houve no direito romano duas espécies de nulidade, a civil, que se produzia automaticamente, de pleno direito, e a pretoriana cujo reconhecimento dependia da propositura de ação judicial declaratória da existência de nulidade.

Enfim, por influência ainda do *jus honorarium*, a vocação hereditária dos cognados, parentes apenas pelo sangue, acabou por suplantar a vocação dos agnados, parentes apenas pelo direito civil.

Vê-se assim, através desses exemplos e de outros muitos que se poderiam acrescentar, que o *jus honora-*

rium se constituiu numa verdadeira transfusão de sangue novo no velho organismo do *jus civile* e, por isso, muitas vêzes, em homenagem à obra renovadora efetuada pelo pretor, se atribui a denominação de direito pretoriano ao conjunto das regras traçadas pela jurisprudência.

Aliás, a jurisprudência converteu-se na filosofia nacional dos romanos; consoante afirma IHERING, quem quiser conhecer como os romanos compreenderam o homem e a sociedade, não deve perguntá-lo a LUCRÉCIO, SÊNECA ou MARCO AURÉLIO, porém principalmente, a PAULO, GAIO e ULPIANO.

3. Nos tempos modernos continua a jurisprudência a desempenhar o mesmo papel renovador e a prestar o mesmo serviço de outrora, como elemento revelador do direito. Assim, estudando a evolução que se processou no direito francês, mostra JOSSERAND que a jurisprudência, consciente de sua missão, não hesitou em fazer vergar o pátrio poder, com a enorme soma de autoridade que anteriormente envolvia, aos superiores interesses do filho, subordinando o primeiro aos segundos.

Outro exemplo: a mais recente jurisprudência galesa vem temperando o extremo rigor do Código Napoleão, que havia proscrito a cláusula de inalienabilidade, passando a admitir-lhe a validade nos três casos seguintes: a) — quando conexa a um ato de alienação; b) — quando temporária; c) — quando justificada por legítimo interesse.

Também na Inglaterra, segundo observa MATOS PEIXOTO, se devem à *equity* não só a *specific performance*, correspondente à nossa execução em forma específica, como a proteção dispensada às marcas de fábrica, antes do advento das leis que determinaram os aspectos principais dessa proteção.

Nos Estados Unidos, cube ao judiciário resolutamente ajustar as peças do respectivo sistema político e, graças a uma reviravolta na sua jurisprudência, alterou-se profundamente o problema da distribuição das com-

petências, deslocando-se para a União muitas atribuições que dantes competiam aos estados federados. E essa decisiva atuação do poder judiciário ainda perdura. Pois não assistimos agora a uma de suas mais vivas manifestações, através da gradativa mas inflexível eliminação da segregação racial nas escolas americanas?

Igualmente não fugiu o Brasil a essa influência jurisprudencial. Vários exemplos poderiam ilustrar a assertiva: o reconhecimento dos filhos dos desquitados, admitido por juizes e tribunais, e que veio a ser a gênese do decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, e da lei n. 883, de 21 de outubro de 1949; o reconhecimento de sociedade de fato entre cônjuges estrangeiros, consorciados em seu país de origem pelo regime da separação de bens, fonte imediata do artigo 17 do decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941; o reconhecimento que da culpa do operário emerge, *ipso facto*, a culpa do patrão, imprimindo-se, destarte, ao artigo 1.523 do Código Civil inteligência mais consentânea à nossa realidade.

4. Verifica-se, pois, que no Brasil, como aliás em tôda parte, a jurisprudência representa, talvez, a parte mais concreta do trabalho jurídico. Qual, todavia, o valor científico dêsse trabalho? Eis questão acêrca da qual radicalmente divergem os autores.

Para não aludirmos a PETRARCA, para quem a jurisprudência era uma desgraça, desejamos salientar apenas as idéias de PASCAL e de KIRCHMAN. Enquanto o primeiro ressaltava que três graus da latitude revogavam uma jurisprudência inteira, afirmava o segundo que três palavras da lei, corrigindo um texto, reduziam bibliotecas inteiras a montes de papéis inúteis. Chegou o último a realizar conferência subordinada a êste título: “do nenhum valor da jurisprudência como ciência”.

Pensamos, todavia, que se não legitima êsse desdém. Muitas vêzes, inquestionavelmente, ela revela-se contraditória, formalista, retrógrada e mesquinha, merecendo o apôdo de SHAKESPEARE, que a comparou à Bíblia, onde o

próprio diabo pode encontrar argumentos que lhe justifiquem os atos. Quantas vêzes o precedente, como disse MONTEIRO LOBATO, é a menos razoável de tôdas as razões!

De fato, não se pode ignorar o papel que a jurisprudência tem exercido na formação do direito positivo. Segundo a conhecida imagem de PELLEGRINO ROSSI, o homem caminha de acôrdo com a sua fantasia e a lei claudica; aquêle reclama e esta é surda. É a jurisprudência que segue obrigatòriamente o homem, que o escuta sempre. O homem não exige arestos, mas, por sua livre vontade, obriga-a a pronunciar-se.

Atraída pela vida, formando-se no meio dos negócios, trabalhando com fatos e não com simples abstrações, a jurisprudência assume caráter eminentemente prático, vindo assim, na frase de CAPITANT, a completar, enriquecer, modificar e recobrir de uma nova vegetação o direito escrito nos textos legislativos.

Sem dúvida, certas vêzes, ela mostra-se acanhada, como dissemos. Por fôrça de seus arestos, quantos julgamentos não se anularam outrora entre nós só porque dos autos não constava que os trabalhos da audiência tinham sido abertos a toque de campainha! E na França não se questionou se a data aposta antes ou depois da assinatura invalidava ou não o documento?

Essas fraquezas da jurisprudência, porque não dizer essas misérias, não lhe neutralizam, porém, seus incontestáveis méritos. Bem orientada, à luz dos superiores princípios do direito, ela é arauto e fanal, precursora e inspiradora, que alumia juristas e legisladores, o fio de Ariadne, que afasta a incerteza, conduzindo-nos, com mão segura, à trilha certa da verdade. Bastará para tanto, como ensina MIGUEL REALE, que ela se inspire no senso de ponderação, no senso de equilíbrio e no senso de justiça.

5. Qual, por fim, a autoridade? No sistema anglo-saxão, ela é considerável. Uma decisão da Suprema Côrte impõe-se a esta mesma Côrte, como também aos demais tribunais. Num futuro litígio, relativo à mesma

hipótese, o precedente será decisivo. A parte que o tiver a seu favor e o puder invocar certamente ganhará a demanda.

No sistema latino, menos preponderante é o seu papel. Embora constituam os precedentes ótima fonte de consulta, não estão os juizes adstritos a segui-los. Por mais uniforme que seja a jurisprudência, por mais reiterados que sejam seus pronunciamentos, ela não representa norma imperativa, ela não se impõe coercitivamente. Podem destarte, juizes e tribunais, abandonando a vereda formada pelas decisões anteriores, conservando sempre sua independência de julgamento, preservando a liberdade de sua consciência, palmilhar outros caminhos, em busca da verdade.

O Código Civil Austríaco é expresso a respeito: as decisões tomadas em casos particulares e os julgamentos proferidos por um tribunal em determinadas espécies não têm jamais força de lei, não podendo estender-se a outros casos ou a outras pessoas (artigo 12).

Entre nós lei houve que pretendeu conferir força normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Estatui realmente o decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, artigo 1.º, que as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mas êsse diploma não prevaleceu. Por mais insistente que seja a jurisprudência, não constitui norma imperativa, a cujo comando se não possa fugir. As decisões anteriores, ainda que emanadas da Suprema Instância, não são vinculatórias. Conservam os juizes, em face delas, a maior liberdade de apreciação. Só no caso do artigo 123, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, poderão resultar das decisões judiciais normas e condições de trabalho.

6. Tal a orientação mais certa, mais justa e mais sábia. O único compromisso que têm os juizes é com a

lei e a própria consciência. Os precedentes, que se examinam sob o aspecto da qualidade e não da quantidade, ainda que proferidos em tempos calmos e não de paixões, apenas constituem fontes de consulta, aliás, preciosas. Mas poder normativo êles não têm, nem podem ter, em face da nossa organização jurídica e da nossa estrutura politica.