REVISTA DOS TRIBUNAIS

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS BIBLIOTECA

ANO 70 NOVEMBRO DE 1981 VOLUME 553

Publicação oficial do Tribunal de Justiça, Primeiro e Segundo Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; dos Tribunais de Justiça do Paraná, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e dos Tribunais de Alçada de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro

A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E O APRIMORAMENTO DA MAGISTRATURA

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais — Professor de Direito Processual na Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO: **1. A função jurisdicional — 2. A jurisprudência e seu conceito — 3. Os sistemas jurídicos no mundo atual — 4. A jurisprudência como fonte do Direito no sistema do "Common Law" — 5. A jurisprudência como fonte do Direito no sistema jurídico-social marxista — 6. A evolução do Direito no universo muçulmano — 7. A jurisprudência como fonte no sistema do Direito escrito — 8. A interpretação — 9. O conflito entre a estabilidade jurídica e a evolução do Direito — 10. A sentença e a evolução do Direito — 11. O aprimoramento cultural dos magistrados como elemento essencial à evolução do Direito.**

1. A função jurisdicional

A função jurisdicional é uma conseqüência da própria evolução social e política dos povos. Não a conheceram as sociedades primitivas, nas quais sequer havia distinção entre o sacerdote, o legislador e o juiz.

Etimologicamente, jurisdição vem de "jurisdictio", dizer o Direito. Conceitualmente, no entanto, no superior magistério de Amílcar de Castro, é o poder-dever do Estado de aplicar o Direito em um caso concreto, o que implica afirmar ser ela una, indivisível, e ter como característica essencial a substituição das partes pelo juiz na solução dos conflitos de interesse.

Seu surgimento data do século III d. C., por ocasião da fase do Direito Romano conhecida como "cognitio extra ordinem", quando o pretor, na qualidade de servidor público, já atuando em um Estado mais fortalecido, chamou a si a responsabilidade de conhecer também do mérito dos litígios, tornando pública a Justiça e instituindo a figura do juiz oficial.

A partir de então, finda a denominada "ordo judiciorum privatorum", que caracterizara os períodos arcaico e clássico do Direito Romano, a jurisdição passou a ser função do Estado, em monopólio, que a exerce exclusivamente através dos que nela se investem pela lei, a saber, juízes e tribunais.

Ao aplicar a regra de Direito, normalmente, terá o órgão julgador que interpretar a lei.

Outras vezes, ao manifestar-se, forçado será o órgão jurisdicional a suprir eventuais lacunas da legislação vigente.

Em um e outro caso, estariam os juízes e tribunais formulando regras, criando Direito?

Indagar-se-ia, em desdobramento, se a jurisprudência seria fonte do Direito, ao lado da lei, dos costumes e dos negócios jurídicos. E, ainda, se se entendê-la como tal, qual sua posição no quadro das fontes do Direito, recordada

a lição de que inexiste unanimidade doutrinária quanto ao elenco das mesmas e "donde dimana a juridicidade das normas que se impõem à conduta do homem". Diversidade que se espelha sob tríplice angulação: sociológica, filosófica e técnico-jurídica.

2. A jurisprudência e seu conceito

Jurisprudência deriva de "juris-prudentia", prudência do Direito, tomada a expressão "prudência" como virtude intelectual voltada para a prática, para a ação honesta, leal e justa, no dizer de Edgar Godoy da Matta Machado.[1]

Entre os romanos, onde, na observação de Carlos Maximiliano,[2] a jurisprudência se constituiu na grande força criadora da ordem jurídica, designava a ciência que se ocupa do Direito, enquanto a expressão "jurisprudentes" se destinava para designar os que a cultivavam, os quais, embora não recebessem honorários ou remuneração, desfrutavam de inegável prestígio cultural e generalizado acatamento.

Ilustra com eloqüência o conceito que então se tinha da jurisprudência a célebre definição de Ulpiano, segundo a qual "jurisprudência est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia" ("o conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto"). Definição na qual se vislumbra, com nitidez, a preocupação com o justo, preocupação, aliás, que era uma tônica entre os romanos, mais voltados para os princípios do que para a lei.

Perdida essa conotação, fragmentou-se a expressão, ganhando significações diversas.

Assim, entre os alemães passou a simbolizar o conjunto das ciências do Direito, o que significa compreender o estudo da jurisprudência como o estudo dos diversos ramos do conhecimento jurídico.

A comunidade jurídica anglo-americana, por sua vez, a usa no sentido de "disciplina jurídica mais geral", o que corresponderia, em linhas gerais, à Teoria Geral do Direito, como a esta conhecemos.

Em outros países, a exemplo do Brasil e da França, a expressão se destina a apontar a "prática dos tribunais", quando caracterizada por certa continuidade, isto é, "forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais".[3] Ou, ainda, segundo Roberto Rosas,[4] "qual um código norteador das decisões a seguir", "a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina etc.".

3. Os sistemas jurídicos no mundo atual

Animal político, por excelência, conforme a conhecida colocação aristotélica ("Zoon politikon"), o homem tende a viver em sociedade, causando, em corolário, uma gama infinita de situações nas quais interesses se chocam e aspirações se conflitam.

Para superá-las, recorre-se a soluções violentas e/ou a soluções pacíficas.

Aquelas se exteriorizam pela autotutela, enquanto estas se efetivam pela autocomposição (quer pela desistência do credor, quer pela submissão do devedor, quer pela transação entre ambos), pela arbitragem ou pelo processo judicial.

Dada a impotência do ser humano em transpor satisfatoriamente determinados óbices que se lhe apresentam, buscam os povos, à medida que se civilizam, uma ordem jurídica que lhes assegure o equilíbrio social e uma tanto quanto possível harmônica convivência comunitária, em face da premissa de ser o Direito "uma ordem de paz", na precisa observação de von Liszt.

Imperativo social, ou "arte de conduzir os homens", na feliz expressão de Georges Ripert, o Direito, como enfatizou

1. "Elementos de Teoria Geral do Direito", ed. Vega.

2. "Hermenêutica e Aplicação do Direito", 8.ª ed., Freitas Bastos, 1965, n. 52.

3. Miguel Reale, "Lições Preliminares de Direito", Saraiva, p. 167.

4. "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, Ed. Revista dos Tribunais.

Pontes de Miranda, mais de uma vez, a exemplo da Política, da Economia, da Moda, da Arte e da Ciência, "é um processo de adaptação social".

Ao complexo das regras disciplinadoras da convivência social e dos atos dela decorrentes denomina-se "ordem jurídica", que, no ensino de Liebman,[5] "é formada pelo conjunto das disposições das leis vigentes, dos costumes que têm eficácia jurídica e das tradições e práticas que completam as regras propriamente ditas de Direito Positivo".

Regras, costumes, tradições e práticas que se amalgamam, compondo um sistema orgânico, voltado para uma sociedade que se desenvolve dentro de uma atmosfera jurídica.

Informado sobretudo pelos princípios, uma vez que toda norma é prolongamento de um deles, o ordenamento jurídico de cada povo reflete a realidade sócio-cultural de sua coletividade e de sua representação política, exprimindo-se em um sistema que se arrima em uma ordem político-legislativa, em uma ordem técnica e em uma ordem científica.

René David, em sua prestigiada obra "Les Grands Systèmes de Droit Contemporains",[6] após ressalvar que, a par do Direito Internacional, cada Estado possui um Direito que lhe é próprio e que, muitas vezes, Estados chegam a aplicar concorrentemente Direitos diversos, afirma também que determinadas comunidades, de peculiar formação, têm, igualmente, uma ordem jurídica, como ocorre em relação ao Direito Canônico, ao Direito judeu e ao Direito muçulmano.

Anota, entretanto, o festejado comparativista francês que, sem embargo desses Direitos se exprimirem em línguas múltiplas e técnicas diversas e se destinarem a sociedades caracterizadas por estruturas, crenças e costumes demasiadamente variados, podem ser classificados em limitado número de "famílias", o que se torna viável, agrupando-os e tendo em conta certos princípios comuns, de ordem substancial ou técnica, respeitantes à forma ou ao fundo.

Dentro desses parâmetros, três grandes "famílias" poderiam ser destacadas, a saber: a) romano-germânica; b) do "Common Law"; c) dos "Direitos socialistas".

4. A jurisprudência como fonte do Direito no sistema do "Common Law"

Enquanto a "família" dos "Direitos socialistas", vinculada ao marxismo-leninismo, apresenta maior identidade com a romano-germânica, da qual se diferencia pela orientação de que a sociedade do futuro deve prescindir do Estado e do próprio Direito, bem diversas são as características da "família" do "Common Law", que se distinguem de forma nítida e acentuada das demais, e por uma série de razões, calcadas principalmente na história e na formação cultural de seus povos.

Ao referir-se à importância histórica do Direito inglês, René David[7] anota: "Le système de la "Common Law" est le système de Droit qui a été construit en Angleterre, principalement par l'action des Cours Royales de Justice, depuis la conquête normande. La famille de la "Common Law" comprend, en dehors du Droit anglais, qui en a été l'origine, et sous reserve de certaines exceptions, les Droits de tous les pays de langue anglaise. En dehors des pays de langue anglaise, l'influence de la "Common Law" a été considérable dans la plupart des pays, sinon dans tous les pays, qui politiquement ont été ou demeurent associés à l'Angleterre. Ces pays peuvent avoir conservé, en certains domaines, des traditions, institutions et concepts qui leur sont propres; l'influence anglaise n'en a pas moins marqué profondément, dans tous les cas, la manière de penser de leurs juristes, en raison du fait notamment que l'organisation administrative et judiciaire d'une part, la matière de la procédure (civile ou criminelle) et des preuves d'autre part, ont été partout établies et réglées selon le modèle anglais. Toute étude de la "Common Law" doit commencer par une étude du Droit anglais. La "Common Law" est un système marqué profondément par son histoire, et cette histoire est de façon exclusive, jusqu'au XVIII.e siècle, l'histoire du Droit anglais".

5. "Processo de Execução", Saraiva.

6. 5.ª ed., Dalloz, 1973.

7. Ob. cit., p. 319 e ss.

Ao escrever sobre esse sistema, tive oportunidade de assinalar[8] que, no plano histórico, a separação do Direito inglês do Direito Romano encontra suas raízes na ocupação da Inglaterra pelos bárbaros. Destruídos os traços do domínio romano de quatro séculos, consolidou-se, com o passar do tempo, o sistema implantado, conhecido como "Common Law", calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como "Civil Law", fundado no Direito escrito e codificado.

O "Common Law", também denominado "Case Law", é um corpo de princípios, precedentes e regras que busca sustentação não em regras fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se do pressuposto de que tais princípios devem ser suscetíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos ou requeridos pelo progresso da sociedade.

Lorde Leslie Scarman,[9] após dizer do pouco conhecimento que se tem do nascimento do "Common Law", que eclodiu espontaneamente, sem prévia formulação, preleciona que esse sistema "é um Direito consuetudinário ("Costumary Law") desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juízes que atuam através dos tribunais".

Esse Direito consuetudinário inglês, segundo Jean Cruet,[10] alicerçou-se, na Idade Média, "sob a forma de regras fragmentárias, correspondendo às idéias e às necessidades do meio feudal", e que ainda hoje regem a Inglaterra.

Por outro lado, para suprir eventuais falhas das Cortes, desenvolveu-se paralelamente, naquele país, a "equity", a pretexto de completar o "Common Law", o que representou novo marco na evolução do povo inglês.

Como salienta Roberto Rosas, em seus escólios à lei processual codificada, outra é a feição da jurisprudência nos países de "Common Law", uma vez que, neste, "a decisão judicial em determinado feito constitui um preceito "erga omnes", que se impõe aos demais casos. É o chamado "precedente", que tem força de lei". Sistema viável, em seu entendimento, em países sem oscilações políticas e sociais.

No "Common Law", a regra é a criação do Direito pelos tribunais, sob o comando do Direito costumeiro, através do "judge-made-law" ou "case-made-law", em que tem vigorosa aplicação o chamado "binding precedent" ("precedente obrigatório") e efetiva presença o instituto da "equity".

A par de uma cada vez maior penetração de normas escritas e sem embargo da critica que ao juiz inglês fez Jean Cruet, para quem o mesmo é, a um só tempo, prisioneiro dos precedentes judiciários e dos textos legislativos, em dupla negação da vida espontânea do Direito, não se pode negar que nesse sistema, de marcante presença no mundo dos nossos dias, a jurisprudência como fonte de Direito, suplanta as nossas formulações pretorianas.

5. A jurisprudência como fonte do Direito no sistema jurídico-social marxista

De início, impõe-se ressalvar a dificuldade quase intransponível em captar em síntese o papel desempenhado pela jurisprudência nos países que professam a doutrina marxista, quer pela escassez de fontes, quer pela diversidade interna no bloco "socialista", quer pela profundidade que a pesquisa exigiria.

Dentro dessa perspectiva, limitar-se-á este estudo a uma breve panorâmica sobre a importância da jurisprudência no que diz respeito à Rússia, líder inconteste no mundo "socialista".

Recorrendo uma vez mais aos subsídios fornecidos por René David, ver-se-á que não se pode, sob o enfoque das instituições ocidentais, ter a jurisprudência como fonte de Direito na Rússia.

Nos termos do art. 112 da Constituição soviética, "são independentes e somente submetidos à lei" os juízes.

Procura-se, ali, contudo, confinar a jurisprudência na estrita missão de in-

8. RF 264/83.

9. "English Law — The New Dimension", 1974, trad. de S/A Fabris ed., 1977.

10. "A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis", Progresso, 1956.

térprete da lei, sem poder criador de regras jurídicas, ao lado de seu papel essencial, que consiste em impor a ordem e restabelecer a paz atingida pelos litígios.

Como assinala Jacques Bellon, do Tribunal de Apelação de Paris e conferencista da Escola Prática de Altos Estudos, em sua obra "Le Droit Soviétique", da coleção "Que Sais-Je?", antes de mais nada é preciso compreender, no estudo do Direito soviético, que este não tem outro valor, aos olhos dos juristas daquele mundo, senão o de um instrumento, meio de regulamentar as relações sociais, haja vista que a originalidade da concepção soviética do Direito reside em negar-lhe todo valor "em si mesmo", voltado que é para facilitar "o advento progressivo mas completo do comunismo, esclarecendo e ordenando as relações econômicas e sociais e educando os cidadãos", obediente a um imperativo político.

Daí por que a jurisprudência, em tal sistema, deve ser analisada dentro do contexto político-doutrinário-filosófico do marxismo-leninismo, o que explica a sua função educadora, preocupada com o sucesso da política dominante.

Após tais considerações, não se diga, porém, que afastada completamente a jurisprudência, na Rússia, da evolução do Direito.

Exercitada por homens que não integram um corpo permanente de magistrados e que não precisam, necessariamente, de formação jurídica, eleitos que são, a jurisprudência tem apresentado sensível evolução na Rússia, do que é sintomática a afirmação do civilista Bratous, inserida no "Pravda" de 9.12.61, de que "a prática também deve servir cada vez mais às concepções e às recomendações elaboradas pela doutrina jurídica. Uma justa ação recíproca da prática e da ciência jurídica é a condição necessária ao aperfeiçoamento ulterior da legislação soviética".

6. A evolução do Direito no universo muçulmano

No sistema muçulmano, o Alcorão deveria ser a fonte única das regras de Direito a serem aplicadas aos litigantes. Tal, porém, não ocorre, uma vez que as variações da vida exigiram uma interpretação mais extensiva e criadora da própria lei de Maomé.

A respeito, observou Jean Cruet (op. cit.) que a "falsificação dos textos, por correções tendenciosas ou hábeis interpolações, continuou sendo um dos meios favoritos de que se utilizaram os jurisconsultos tradicionalistas para se subtraírem a uma lei intangível, e fazerem nela penetrar, por uma fissura, imperceptível, o mínimo das inovações necessárias". E, arrematando: "Assim, nem o espírito conservador, das sociedades muçulmanas, impondo aos jurisconsultos por força do preconceito secular a ligação artificial dos costumes novos à lei sagrada, nem a timidez dos "cadis", aos quais a tradição recusava o direito de julgar por indução, mesmo com risco de se declararem incompetentes, bastaram para prevenir a desnaturação do Direito legal pelo Direito judicial, necessário para adaptar a uma sociedade que mudava pouco uma lei que não mudava nada". Exemplificando que somente graças a essa evolução o muçulmano, na plena segurança de sua consciência religiosa e sob a inspiração do Profeta, viu criadas sociedades mercantis dentro dos padrões mais atualizados. Mesmo porque legislação inalterável só é concebível em uma sociedade imutável (Couture).

7. A jurisprudência como fonte no sistema do Direito escrito

Que dizer, entretanto, da jurisprudência como fonte do Direito em nosso sistema?

É em Roma, onde se localizam nossas origens jurídicas, que vamos descortinar os primeiros traços da jurisprudência como fonte genética do Direito.

As "obscuridades" da Lei das XII Tábuas, do ano 450 a. C., aliadas à precariedade dos conceitos e ao monopólio interpretativo dos pontífices, que se constituíram nos primeiros jurisconsultos romanos, reclamaram uma interpretação criadora daqueles que manejavam os textos na aplicação das normas, o que ensejou uma fresta no hermetismo inicial.

Progresso dos mais notáveis adveio com o chamado "Direito pretoriano", que re-

novou substancialmente o Direito Romano, introduzindo-lhe novas técnicas e novos institutos, na medida em que o pretor demonstrou que o respeito à lei não implicava sua aplicação com rigor.

Exemplo até hoje do magistrado-legislador, o pretor, por sua audácia e pelo êxito de suas inovações, viu consagrado o seu pioneirismo, razão pela qual se dá, ainda em nossos dias, e em sua homenagem, o nome de "Direito pretoriano" às construções jurisprudenciais.

Santo Tomás de Aquino, posicionando-se ante a afirmação de Aristóteles de que "seria melhor entregar a execução da justiça ao arbítrio do juiz em vez de deixar que a lei disponha sobre isso", inclinou-se pela preponderância da lei, ao expressar ser melhor que tudo seja regulado pela lei do que entregue ao arbítrio dos juízes ("Melius est omnia ordinari lege quam dimittere iudicum arbitrio"). Justificando seu entendimento com os seguintes fundamentos, captados por Matta Machado (ob. cit.): "1.º) como os casos da vida cotidiana são abundantíssimos, seria preciso encontrar número imenso de juízes para julgar bem de cada caso particular; muito mais fácil é obter-se número limitado de entendidos (pouco sapientes) capacitados a fazer leis retas; 2.º) depois, os legisladores deliberam com mais vagar, enquanto o juiz deve decidir sobre os fatos que se lhe apresentam de modo súbito, inesperado, imprevisto; é mais fácil ao homem ver o que é reto, depois de considerar muitos fatos, do que apenas apoiado num fato; 3.º) por fim, as decisões dos legisladores têm caráter geral ou universal, além de visarem ao futuro, enquanto as dos juízes são de teor particular e se referem ao presente, podendo ser deformadas pelo ódio, pelo amor ou pela cupidez. Em conclusão: como a justiça animada não se encontra em muitos e como é flexível, é preciso determinar por meio da lei, sempre que possível, o modo de julgar, deixando escassa margem ao arbítrio humano".

Longe, no entanto, de refutar o valor da jurisprudência, o Doutor Angélico apenas analisava o confronto da mesma com a lei, como fontes geradoras do Direito, manifestando sua preferência por esta. A exemplo de Hans Reichel, que, em 1921, na tradução editada em Madri ("La Ley y la Sententia"), afirmava: "La ley es certamiente la fuente jurídica más importante, pero, no la única, en absoluto".

Respeitáveis e numerosos pronunciamentos há, entretanto, que negam a jurisprudência a natureza de fonte do Direito, quer por considerá-la apenas um fato decisivo na elucidação de questão jurídica,[11] quer por não obrigar o mesmo tribunal, quer sob o fundamento de que a decisão somente tem validade no caso em que proferida alcançando apenas os que na relação processual se envolveram, quer pelo abuso em ultrapassar os limites fixados pelo legislador.[12]

Dentro dessa perspectiva, entre nós, entende Amaral Santos que, mesmo nas hipóteses de lacuna da lei, o juiz não cria Direito, mas tão-só declara uma norma (juridica) existente no sistema jurídico, embora em estado potencial ou inorgânico. Acrescentando que, mesmo quando autorizado a decidir por eqüidade, o juiz não cria Direito, mas apenas o declara.

Na mesma direção, Arruda Alvim afirma que, na verdade, a sentença do juiz não cria Direito no sentido próprio da expressão. Na verdade, sendo a sentença uma das condições de realização do Direito, coloca-se ela como elemento formal e substancialmente imprescindível à produção de determinados efeitos jurídicos.

Vicente Ráo,[13] identificando-se com Espinola e posicionando-se também contra a força genética da jurisprudência, externou, em 1976, que, mesmo nos casos de lacuna da lei, a norma extraída já se achava subentendida ou admitida nas normas expressas legislativas; e, "mesmo quando, por exceção, a lei, confere ao juiz o poder de criar a norma aplicável ao caso concreto, forçoso é considerar-se que semelhante atribuição resulta da lei", não revestindo o preceito, além disso, de força geral e obrigatória, vinculadora de casos futuros.

11. Carlos Cossio, "El Derecho en el Derecho Judicial".

12. Oliver Dupeyoroux, "La Jurisprudence — Source Abusive de Droit".

13. "O Direito e a Vida dos Direitos".

Esmagadoramente majoritário, contudo, é o entendimento dos que arrolam a jurisprudência como fonte do Direito.

Luigi Lombardi chega a apontar a existência de um Direito jurisprudencial, enquanto Boehmer se refere a um "Direito judicial". Merecendo registro o fato do surgimento, nas Universidades, a exemplo do que ocorre em Brasília, de disciplina curricular voltada exclusivamente ao estudo do Direito manifestado nos tribunais superiores.

Em face da notória socialização do Direito, cada vez mais preocupado em servir à sociedade, assim como da imperiosa ampliação dos poderes do juiz, aliadas à natureza da sentença judicial, quer me parecer que não se pode negar a força criadora da jurisprudência.

No exercício da função jurisdicional, realizam os magistrados uma atividade predominantemente intelectual, quer na apreensão e reconstituição dos fatos, quer na adequação desses ao ordenamento jurídico, quer na interpretação da norma ou, mesmo, na formulação de uma regra integrativa, preenchendo lacuna da lei.

A multifária atividade humana, a impedir a previsão exaustiva das mais variadas formas de conflitos, exige do magistrado uma atuação jurisdicional que o afasta da condição de mero aplicador da lei, impondo-lhe, inclusive, a formulação de normas não previstas no ordenamento positivo, mesmo porque, segundo anotado por Schlesinger, "não há país onde todas as regras aplicadas pelos tribunais derivem de códigos ou de leis".

Enquanto as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, como observa Reale,[14] as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superação de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinados momento e lugar.

Indo além, Pietro Cogliolo, da Universidade de Gênova, em 1917 assinalava que "estudos recentes, dos quais não é mais lícito a gente se libertar ou contra os quais rebelar-se, mostraram que a revolução jurídica não começa com a lei nem com o costume, mas com a "sententia judicis": apenas um grupo humano se apresenta na história com as primitivas condições de certa hierarquia, descobrimos que as contendas privadas deixam de ser resolvidas com armas e com sangue e passam a ser decididas pelo chefe da tribo, pelo pai de família, pelo sacerdote ou pelo rei. Por conseguinte, a primeira fonte do Direito seria a sentença do juiz; depois, pela repetição das sentenças, surgem os costumes; e afinal aparecem as leis para solidificar os costumes".[15]

Amílcar de Castro, avalizando essa posição, acrescenta que, "nas leis, se encontram os mandamentos políticos, e só da decisão jurisdicional emerge o Direito propriamente dito", como vem pondo em evidência a doutrina moderna.

Citando Carnelutti, lembrou o saudoso mestre que razão assistia àquele quando ensinava que, "em rigor, o Direito não é "dictum" até que o juiz, verificando o fato e sua conformidade com o padrão legal, o declare".

8. A interpretação

Interpretar, na lição de Carlos Maximiliano, "é explicar, esclarecer; dar o significado do vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão: extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém". Pois tudo se interpreta, até mesmo o silêncio (Caldara). Em outras palavras, determinar o significado e fixar o alcance da norma, através de métodos científicos e levando em consideração seus aspectos teleológico e de valor.

Na interpretação, a par dos métodos científicos tradicionais, a saber, filológico, histórico, comparativo e lógico-sistemático, os doutos buscam fixar teorias que melhor reflitam suas preocupações, posicionando-se quanto a sua extensão e profundidade, alcance e limitações, de

14. Ob. cit., p. 167.

15. Pietro Cogliolo, "Bonnus iudex", "Jurisprudência Mineira" 52/15.

que são exemplos as escolas de exegese, dogmática, histórico-evolutiva e da livre indagação, dentre outras. Recordava a lição de que todo intérprete, embora não o queira é um filósofo, um político da lei.

Fruto dessas especulações doutrinárias, novos estudos vêm demonstrando que, a par dos métodos tradicionais, faz-se necessário que os julgadores busquem interpretar a norma dentro de um enfoque mais abrangente, inclinado para a realidade social e tendo por balizamento os aspectos teleológicos da norma e o seu conteúdo valorativo.

Afastada a equívoca rigidez esposada pela Revolução Francesa, no particular, compreensível como reação aos abusos do regime anterior, calcada na afirmação de Montesquieu de que "les juges de la Nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés", a jurisprudência vem conquistando novos horizontes e de forma bastante vigorosa nos últimos tempos, cujos exemplos se multiplicam, largamente influenciada pela Filosofia do Direito e, especialmente, pela doutrina do "logos del razonable", de Récasens Siches, segundo a qual, na interpretação da lei, sem estar autorizado a desprezar as normas, o aplicador deve apreciar a realidade que o cerca, estimar os juízos de valor existentes na ordem jurídica e "as pautas axiológicas que não desprezem a história e o legado da experiência", orientação, diga-se de passagem, magistralmente esculpida no art. 5.º da Lei de Introdução ao CC ("Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum").

9. O conflito entre a estabilidade jurídica e a evolução do Direito

Roscoe Pound, o maior vulto do Direito anglo-americano, com o aval de Bodenheimer e Récasens Siches, após acentuar ("Interpretation of Legal History") o conflito permanente, no mundo jurídico, entre a segurança e a estabilidade, de um lado, e de outro, as mutações constantes por que passa o Direito (infelizmente, excessivamente resistente às mudanças sociais), reivindicava que à ordem jurídica se imprimisse, simultaneamente, certo grau de estabilidade e de flexibilidade ("Es necesario, pues, que el orden jurídico sea flexible y al mismo tiempo, estable").[16]

E outro não é o pensamento do seu patrício não menos ilustre, Benjamin Cardozo,[17] para quem o Direito que é a moldura do mecanismo social, "deve ser estável e, contudo, não pode permanecer imóvel".

"Ciência brotada da vida e destinada à própria vida", no dizer de Max Rumpf,[18] o Direito deve refletir a vida, sendo da sua essência a mutabilidade, como enfatiza Wilson Mello da Silva.[19]

10. A sentença e a evolução do Direito

Não obstante a afirmação de Hamilton[20] de que o Judiciário é o mais fraco dos Poderes, mesmo entre os que comungam desse entendimento não se pode negar a força da sentença, da decisão de eficácia ordenadora e que se reveste da autoridade da coisa julgada, obrigando os cidadãos, os grupos sociais e o próprio Poder Público dirigente.

Registrada a radical afirmação de Duguit[21] de que as leis e decisões só constituem Direito na medida em que compartilham de sua essência e são uma expressão do seu espírito, é de convir-se que a sentença determina a existência de um fato concreto, circunstância que levou Kelsen a sentir a criação do Direito através da função jurisdicional.

A esse raciocínio do mestre do Direito puro acrescenta Couture, em sua "Introdução do Estudo do Processo Civil", que, ao assumir a sentença a autoridade da coisa julgada, surge algo novo no sistema do Direito: a certeza. Pois o Direito, que era incerto, após a coisa julgada se tornou certo.

A sentença, ensinava, ainda, o notável processualista uruguaio, não é um pedaço de lógica, nem tampouco uma norma pura. É obra humana, criação da inteligência e da vontade, criação do espírito

16. Barcelona, Ariel, 1950 — "Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico".

17. "A Evolução do Direito", coleção AJURIS/9, 1978, p. 252.

18. "Le Droit et l'Opinion", Paris, 1911.

19. "Responsabilidade sem Culpa", Bernardo Álvares, 1962, p. 19.

20. "The Federalist", n. 78.

21. "Traité de Droit Constitutionnel", 2.ª ed., vol. I/33.

do homem, uma vez que ainda não se inventou uma máquina para produzir sentenças. Quando o juiz a dita, aduz o mestre, não é só o intérprete das palavras da lei, a voz que pronuncia essas palavras, mas também as suas vozes misteriosas e ocultas, vozes que estão a povoar o seu silêncio.

11. O aprimoramento cultural dos magistrados como elemento essencial à evolução do Direito

Já se esmaece, como recordação de um passado que se distancia, a figura do juiz inanimado, insensível aos fatos que o rodeiam, imagem que a realidade repudiou, uma vez que, como proclamava o Filósofo de Estagira, os homens recorrem aos juízes como a um Direito vivo, uma Justiça animada ("Ad judicem confungiunt omnes, sicut ad justum animatum").

O juiz é aquele que ordena, que dispõe. Aquele cuja decisão "tem eficácia ordenadora" (Carnelutti).

Ao julgar, terá que ser juiz. E apenas juiz. Para ele, no silêncio do seu escritório, ou no burburinho do foro, não há decisões históricas que o façam desviar-se dos seus princípios e dos seus critérios de julgamento.

Jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele, na advertência de Josserand.[22]

22. "Derecho Civil", vol. I, n. 558.

Homem do seu tempo, não deve curvar-se às doutrinas de conveniências, ou à jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de preferir "ser justo, parecendo injusto, do que injusto para que sejam salvas as aparências" (Calamandrei), mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante, procedendo como "bonus iudex", ou seja, aquele que "adapta as normas às exigências da vida".

Sua função, que reclama permanente aprimoramento, adquire real importância, segundo Vicente Fernandez, à medida que ele, magistrado, recebe sólida formação jurídica e humanística, quando, então, realmente preparado, será "el más severo guardián del Derecho y de la comunidad", em tarefa árdua mas de uma dignidade que não se pode comparar com nenhuma outra.[23]

Assentada a evolução do Direito pela jurisprudência, impõe-se reconhecer a necessidade de uma Magistratura adequadamente preparada e atualizada, haja vista que, se ninguém se torna sacerdote do Direito sem grandes esforços, também certo é que a Magistratura somente se torna útil à sociedade quando seus juízes se tornam dignos da função em que se investiram, pela conduta, pela vocação e pela cultura.

23. Vicente Fernandez, "Función Creadora del Juez", 1950.