

# REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISPRUDÊNCIA EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Maria Cristina Cereser Pezzella\*  
Cristhian Magnus De Marco\*\*

## RESUMO

O artigo que se edifica é construído por duas mentes que se propõem discutir questões fundamentais, como: a força viva da jurisprudência que costura princípios abstratos com conflitos existentes na sociedade e que são levados aos magistrados. Compreender o papel da jurisprudência nos dias de hoje comporta um repensar de sua importância histórica. A valorização da jurisprudência tem recebido, por parte dos pensadores, graus e dimensões diferentes no que se refere à cultura e à maneira de ver o direito e o seu processo de construção. Este artigo buscou demonstrar a importância do estudo do caso concreto e tem por objetivo instigar o leitor que, por via dos casos da vida se formam abstrações, e esta abstração faz nascerem modelos. Assim, ao se focar nos novos casos que surgem na sociedade a cada dia, constroem-se novos modelos e novas abstrações são construídas. Palavras-chave: Jurisprudência. Direitos Fundamentais. Precedentes.

## 1 INTRODUÇÃO

A importância da jurisprudência na construção do Direito vivo é essencial às sociedades contemporâneas. Compreender como a jurisprudência foi no período intitulado Direito Romano requer uma disposição em mergulhar em uma cultura que deixou mais do que aquedutos, mas verdadeiras fontes que merecem ser estudadas como vistas a reconhecer a estrutura daquele período e quais os pilares que ainda hoje podem ser visualizados nos institutos e estruturas atualmente existentes, assim como as alterações substanciais construídas ao longo do tempo.

O artigo que se edifica é construído por duas mentes que se propõem discutir questões fundamentais, como: a força viva da jurisprudência que costura princípios abstratos com conflitos existentes na sociedade que são levados aos magistrados. Estes conflitos, ao serem decididos na esfera judicial, revelam o retrato da sociedade que captam quais são os calcanhares de Aquiles.

Elaborado em duas partes, a primeira enfrenta as questões atinentes à jurisprudência como fonte no Direito romano e, a segunda, à jurisprudência como fonte no Direito brasileiro.

\* Advogada; Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professora e pesquisadora da Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenadora-líder do grupo de pesquisas (CNPq) intitulado “Direitos Fundamentais Civis: a Ampliação dos Direitos Subjetivos” na Universidade do Oeste de Santa Catarina; avaliadora do INEP/MEC e supervisora do SESu/MEC; crispezzella@uol.com.br

\*\* Professor e pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

O objetivo deste texto não pode ser cumprido sem um esclarecimento preliminar. De um modo geral, a jurisprudência pode ser denominada como a ciência do justo e do injusto (*iusti atque inusti scientiae*, Ulpiano, 1, 10, §2º, D. I, 1); nesse sentido, é fonte do direito em um sentido mais amplo possível (RAO, 1981).<sup>11</sup> Na segunda parte deste trabalho, contudo, voltar-se-á à jurisprudência como fonte de norma jurídica, vinculante (*rerum perpetuo similiter iudicantium auctoritas*), com força de lei. As mudanças realizadas na Constituição brasileira de 1988 foram decisivas para que a jurisprudência deixasse de ser uma fonte mediata, informativa ou indireta da norma jurídica, devendo hoje ser considerada uma fonte direta.

## 2 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DESDE O DIREITO ROMANO

Compreender o papel da jurisprudência (SCHULZ, 1990, p. 128-129),<sup>22</sup> nos dias de hoje, comporta um repensar de sua importância histórica. A valorização da jurisprudência tem recebido, por parte dos pensadores, graus e dimensões diferentes no que se refere à cultura e à maneira de ver o direito e o seu processo de construção. Savigny (1979, p. 30)<sup>33</sup> alerta que a jurisprudência se compreende frente a um conhecimento histórico prévio. Refere o autor que isso não deve ser entendido no sentido da investigação da história na produção da jurisprudência, mas da sua inserção no contexto.

Na tradição continental europeia, até o período que antecedeu a codificação francesa, detinha como característica a solução de casos concretos como estrutura, a qual vai sofrer uma ruptura com o processo de codificação dos direitos civis (GROSSI, 1995).

Diverso do ocorrido com a Inglaterra (CENTRAL OFFICE OF INFORMATION, 1989, p. 36),<sup>44</sup> que mantém a tradição de sua estrutura de construção do direito com base na

<sup>1</sup> Não é a norma, pois, a fonte exclusiva dos direitos, senão a norma com os fatos sociais substancialmente conjugada, segundo as necessidades, as contingências e as aspirações humanas e coletivas, cujas soluções forma a ordem jurídica. (RAO, 1981, p. 19).

<sup>2</sup> Savigny visualizou a jurisprudência romana assim: “Este método (romano) no es, en absoluto, propiedad exclusiva de un escritor más o menos grande, sino que es un bien común a todos; y aunque entre los escritores la fortuna en su aplicación esté muy desigualmente repartida, el método es siempre el mismo. Incluso si tuviéramo íntegramente sus escritos ante nosotros, nos encontraríamos con un número mucho menor de individualidades descollantes que en cualquier otra literatura. En cierto sentido, todos trabajarán en una sola y única gran obra, y, por ello, la idea que está en la base de la compilación de las Pandectas no es del todo digna de reproche. Toda su literatura jurídica era un todo orgánico, de manera que se podría decir, con un término técnico de la doctrina moderna, que los juristas concretos eran personalidades fungibles.”

<sup>3</sup> Ressalte-se o pensamento filosófico de Gadamer (1986, p. 346 e ss.) que refere ser a primeira de todas as condições hermenêuticas a pré-compreensão (vista como o se entender na coisa, e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal). García (1995) sustentou: “[...] a juicio de Gadamer, una auténtica relación con el otro es la que lo que importa es dejar valer las pretensiones del otro contra las propias pretensiones, y esto significa, para Gadamer, estar abierto, no sólo estar dispuesto a hablar sino también a oír: “La apertura hacia el otro - comenta - implica, pues el reconocimiento de que debo estar dispuesto a dejar valer en mí algo contra mí, aunque no haya ningún otro que lo vaya a hacer valer contra mí.” “[...] A estos tipos de experiencia del tú le corresponden tres tipos de relación con la tradición. En primer lugar, la que surge de la mera aplicación del método científico. Aquí lo importante es alcanzar una visión “objetiva” de lo que dice la tradición: igual que el conocimiento de gentes no implica un auténtico reconocimiento del porque lo convierte en un medio, la conversión de la tradición en un “objeto” científico supone la negación de su existencia como tú, como “alguien” que pretende decir algo. En segundo lugar, como correlato de la experiencia reflexiva del tú, Gadamer propone la conciencia histórica. Esta sí reconoce a la tradición como alteridad, como algo “otro” de sí misma. Pero, en la medida en que la conciencia pretende salvar la distancia que la separa de la tradición y aprender desde sí misma el espesor del pasado, tampoco en ella se da un auténtico reconocimiento del tú, tal y como vimos en la experiencia reflexiva. En realidad, la renuncia de Gadamer a ambas está basada en que ni en una ni en otra se da una auténtica dialéctica.”

<sup>4</sup> Atualmente, o Central Office Information considera como as principais fontes do Direito do Reino Unido da Grã-Bretanha a legislação, o direito consuetudinário e as disposições legais da comunidade Europeia. Para o Direito do Reino Unido da Grã-Bretanha a *statute law* consiste no conjunto de leis escritas originadas do parlamento. A *statute law* somente tem significado em relação a *common law*. Todavia, se a *statute law* inexistisse, ainda assim se teria um sistema no direito Britânico,

solução dos casos concretos, e por essa tradição, manteve uma proximidade maior com o Direito romano do que os países europeus continentais (DAVID, 1986).<sup>55</sup>

O Direito romano valorizava a solução dos casos concretos; realizar o direito era solucionar um conflito real e existente, em um dado momento, em uma dada comunidade, envolvendo determinadas pessoas. Cada caso concreto era um mundo sob o qual deveria o jurista meditar e buscar a solução mais justa, compreendendo como justo, um justo real, para o caso concreto, e não um justo ideal, improvável, inexistente e inatingível. García (1996, p. 83) descreve que surgiu:

*[...] un grupo de conocedores, los iuris prudentes os juristas, dedicados a tal scientia, que, entre otras actividades desempeñaban la de consejeros que aclaraban, cuando eran requeridos por un particular, un magistrado o un juez, las oscuridades existentes sobre un determinado punto, y resolvían los problemas de armonización de unas fuentes con otras o los de aplicación de una norma a un caso concreto. Es decir, interpretaban.*

Com o advento da codificação dos direitos privados, o estudo do direito se fundou em outros paradigmas, perdeu-se, com essa nova forma de pensar, o antigo modo de se meditar o direito alicerçado nos conflitos concretos. Recuperar o método do estudo do direito fundado no caso concreto e tecer em conjunto com os conhecimentos abstratos que foram estruturados e sistematizados pela era da codificação, da constitucionalização dos direitos e das legislações específicas na esfera interna e internacional, é o desafio que este estudo pretende abraçar (TEPEDINO, 2000, p. 8).<sup>66</sup>

Relevante é fazer a referência histórica e incorporá-la, à medida e na proporção que ela possa ser útil à sociedade. Evidente que devem ser respeitadas as devidas especificidades que cada momento histórico exige. Por essa razão, é oportuno referir que já no final da República romana, diversas foram as magistraturas que contribuíram para a formação e o desenvolvimento do Direito romano. Naquela época, os jurisconsultos (estudiosos do direito), cuja autoridade (CRITELLI apud HEIDEGGER, 1981, p. 72)<sup>77</sup> era reconhecida a partir da sua capacidade de elaboração do direito, eram os responsáveis pela produção de novas fórmulas,

---

pois a *common law* é sua estrutura. O contrário não se verificaria, pois haveria apenas leis desconexas. Por outro lado, a *statute law*, prevalece sobre a *common law* quando ambas competem. (CENTRAL OFFICE OF INFORMATION, 1989, p. 36). Lembra Cross (1976) que a origem da *statute law* não seguiu nenhuma influência de qualquer sistema de direito codificado, mas representou a incorporação dos textos transformados em *statutes* o direito casuístico vigente, relatando-os inclusive como fontes. A *statute law* tem se demonstrado um instrumento para acelerar esta renovação por meio da sistematização, mesmo que parcial, da *common law* em sucessivas leis elaboradas pelo Parlamento. A repercussão da *statute law* é limitada pela tradição da interpretação que resulta em um poder compartilhado pelo Parlamento e pelas Cortes Inglesas na continuidade do direito Inglês. Refere Allen (1969) que a aplicação de um estatuto ou de uma lei não é automática, nem nunca poderia ser como todas as normas legais há de produzir e produzem seus efeitos por meio da interpretação dos tribunais, pois a interpretação da lei é em si mesma uma ciência.

<sup>5</sup> “Mais do que para o Direito francês, o conhecimento histórico é indispensável quando se considera o Direito Inglês. Este não conheceu renovação pelo Direito romano, nem a renovação pela codificação, que são características do Direito francês e outros Direitos da família romano-germânica.”

<sup>6</sup> “A máxima contida no art. 3º. da LICC, segundo a qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, tenha se transformado em uma espécie de mito, em uma sociedade em que, como acentuou Pietro Perlingieri, “[...] a desigualdade mais odiosa e mais penosa não se estabelece entre quem tem e quem não tem, mas sobretudo entre quem sabe e quem não sabe.” Se a legislação não resolve todas as situações e os conflitos reais e potenciais encontráveis na sociedade, o estudo do caso concreto e a escolha mais adequada passa a ser um método que renasce em interesse e perspectivas para compor e recompor as lacunas que se abrem a todo o instante.

<sup>7</sup> Autoridade no sentido original (*augere*, latim) “fazer crescer”.

não sendo objeto de atividade dos magistrados (JÖRS; KUNKEL, 1965, p. 30).<sup>88</sup> Esses juriconsultos raras vezes atuavam diretamente na solução dos casos concretos. As fórmulas por eles criadas eram utilizadas por um novo agente, o advogado, cuja capacidade profissional, mais desenvolvida, era baseada na retórica e não no conhecimento jurídico (SCHULZ, 1953, p. 54). Naquela oportunidade, advogados, magistrados e juriconsultos tinham em comum sua origem aristocrática, contudo sua atuação e seus interesses seguiam lógicas diferentes.

Os advogados formavam um novo tipo de profissional do direito, cuja atuação ocorria apenas diante do magistrado. A capacidade de oratória e da argumentação fazia parte da formação desenvolvida pelo advogado, incluía-se também o aprendizado de um mínimo conhecimento de direito, necessário apenas para a compreensão das fórmulas elaboradas pelos juriconsultos (SCHULZ, 1953, p. 108). Diferente dos dias de hoje em que os advogados são peças importantes no cenário político e efetivos guardiões dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos. A existência do advogado na produção da jurisprudência romana não pode ser entendida como o total abandono da formalidade do direito. A formalidade foi, progressivamente, sendo atenuada, ganhando importância crescente a retórica dos advogados na solução dos casos, à medida que convenciam, por meio da argumentação, os magistrados a aceitarem os formulários por eles defendidos.

Eles ocupavam inicialmente cargos públicos não remunerados para ascenderem em uma carreira política, aumentando seu prestígio na sociedade e seu poder de influência nos assuntos militares, políticos e econômicos de Roma, à medida que pudessem ocupar um lugar nas mais altas magistraturas.

A atividade dos juriconsultos exteriorizou-se com: o *respondere*, *cavere* e *agere*. O *respondere* consistia na opinião emitida a consultas sobre a interpretação de um instituto, ou sobre os direitos e as obrigações que eram estabelecidos pela lei ou pelo costume. *Cavere* significava a preparação de esquemas ou esboço de negócios concretos. *Agere* correspondia à assistência na escolha e adaptação de formulários processuais aos interesses dos particulares em cada caso concreto (GARCÍA, 1996, p. 91).

O compromisso dos juriconsultos era com o direito e não com causas ou clientes. Eram profissionais remunerados, e as fórmulas por eles elaboradas pretendiam representar o direito e não qualquer interesse em disputa. Eles consideravam a elaboração das novas fórmulas apenas a autoridade<sup>99</sup> para criar e modificar o direito a partir de sua fundamentação lógica (SCHULZ, 1953, p. 60).

A tradição romana foi estruturada sob a realização da justiça para os casos concretos. As fórmulas elaboradas pelos juriconsultos tinham pouca ou nenhuma preocupação em definir conceitos fundamentais do direito. A elaboração das fórmulas dos juriconsultos e seu registro ocorreu apenas por meio dos *edicta* dos magistrados, tornando a jurisprudência desse período uma criação coletiva e não individual (SCHULZ, 1953, p. 60). Os juriconsultos mais destacados deixaram seu nome na história da jurisprudência romana, e não em razão da sua produção de direito, mas da autoridade a eles atribuída.

<sup>88</sup> Referem que os *pretores* e *ediles* eram, em regra, jovens que haviam sido elevados a seus cargos por virtude de sua posição política ou pessoal, e não pela sua capacidade, de maneira que, sem o constante auxílio dos verdadeiros peritos, não poderiam construir o direito honorário.

<sup>99</sup> Autoridade compreendida no sentido referido pelo conteúdo descrito nota 10.

O direito romano no período identificado como helenístico,<sup>1010</sup> quando a cultura romana recepcionou da cultura grega a retórica, a dialética e o silogismo para a solução dos conflitos levados aos magistrados, fez surgir novos agentes na produção da jurisprudência. Consolidou-se a tendência do período anterior, intitulado como: clássico (KASER, 1999, p. 20).<sup>1111</sup> Nesse momento histórico, a produção dessas novas fórmulas não era objeto da atividade do magistrado, mas de jurisconsultos estudiosos do direito, cuja autoridade era reconhecida a partir da sua capacidade de elaboração do direito.

Conforme Papiniano, o direito honorário ou pretoriano foi introduzido pelos pretores com o propósito de corrigir ou suprimir o *ius civile* (BRETONE, 1990, p. 83).<sup>1212</sup> De acordo com esse novo sistema, competia ao magistrado guiar as partes, controlar seus atos, expor as controvérsias que haviam de se submeter ao juízo dos tribunais ou dos árbitros, assumindo, assim, diante das normas que desde antes regulavam, rigidamente, toda sua atividade e as das partes, poderes de singular amplitude. A função normativa passou a ser confiada aos pretores: urbano e peregrino, ambos atuavam, em um certo sentido, tal qual um legislador (PEZZELLA, 1998, p. 82).<sup>1313</sup>

O direito honorário ou pretoriano possuía, inclusive, condições de produzir um conjunto de normas genéricas elaboradas pelo titular da *iurisdictio*. Todo o magistrado romano detinha a faculdade de promulgar *edicta*. Primeiramente, as detinham os cônsules, aplicando-a no exercício do poder militar e civil, convocando comícios, reunindo o Senado e também ordenando o recrutamento, além de outras atribuições. O pretor urbano, no exercício do *ius edicendi*, teve em seu edito um valor paradigmático, não se esgotando em manifestações ocasionais, pois obteve inclusive o êxito original e duradouro. Os *edicta* pretorianos regulavam a atividade jurisdicional e foram uma importante fonte do direito, por isso mereceriam maior estudo. O caráter das normas continham promessas de concessão de ações e exceções processuais, fundadas no *ius civile* ou em situações de fato. Por essa razão, muitas das transformações significativas foram introduzidas pelos pretores. De acordo com regras fixas, o novo pretor eleito publicava um álbum com princípios aos quais se ajustava durante todo o exercício do cargo, que era cumprido por um ano, o *edictum perpetuum*. Estes álbuns passavam a serem perpétuos, no sentido usual conferido à palavra hoje, uma vez que as máximas que eram úteis transmitiam-se de pretor a pretor, formando

<sup>10</sup> O período nominado helenístico tem relação com o momento histórico em que a cultura grega foi mais amplamente incorporada à cultura romana e sofreu alterações frente aos interesses de ordem prática dos romanos. A cultura grega, difundida em Roma, disseminada entre os povos não gregos, principalmente orientais, foi a helenística, que se contagiou com o espírito romano e perdeu em profundidade, criatividade e classicismo.

<sup>11</sup> O estudo do direito romano pode ser visualizado sob diferentes enfoques temporais, utilizou-se a classificação de Kaser (1999, p. 20), que circunscreve o período clássico: “Com o nome de clássicos designamos os juristas com essa máxima perfeição e validade permanente, graças às quais as suas obras podem servir de modelo às épocas futuras e até aos nossos dias. Esta jurisprudência não elaborou teorias de escola, antes prosseguiu numa orientação ‘prática’ que, partindo das criações dos juristas, teve em vista a solução clara de casos jurídicos concretos apresentados pela vida: a construção de conceitos jurídicos serviu-lhe apenas de apoio para a solução desses casos.” Fachin (2000, p. 4) faz uma advertência que merece ser reproduzida: “Precisão e rigor não se confundem, necessariamente, no trato dos signos e conceitos jurídicos, com formalismo excessivo e despropositado. É certo que o saber jurídico que se encastela em definições e abstrações pode ser impreciso e negligente com o seu tempo. Daí porque o tradicional se opõe ao contemporâneo, mas este não pode nem deve negligenciar o clássico.”

<sup>12</sup> Conforme Bretone (1990, p. 83), *ius civile* remonta à época mais arcaica e se refere às relações entre os membros da civitas, indicando, no seu conjunto, a organização jurídica da cidade.

<sup>13</sup> Ver nesse sentido Pezzella (1998, p. 82).

um *corpus* tradicionalmente intangível, mas ele diferia da codificação que passou a ser conhecida somente após a Revolução Francesa.<sup>1414</sup>

Completou-se totalmente esse desenvolvimento na época republicana, perdendo o pretor a atividade inovadora somente no início da época imperial, exceto quando requerida de tempos em tempos pelos *senatus consulta* e pelos editos imperiais. O pretor urbano, aplicando o *ius* às relações controvertidas submetidas a sua *iurisdictio*, dispôs de um amplo poder discricional, que lhe permitiu adotar critérios de solução alicerçados em princípios diversos, mas principalmente, na *aequitas* (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 114).<sup>1515</sup> Essa atividade criadora não se opunha ao *ius civile*, mas o desenvolvia, suprimindo suas lacunas e corrigindo abusos e injustiças que, por sua aplicação, pudessem afetar o cidadão. A partir dessa prática, desde o século II A.C., já que as assembleias populares não produziam as reformas necessárias mediante a promulgação de *leges publicae*, criou-se lentamente uma nova fração do ordenamento o *ius praetorium* ou *ius honorarium*.

O tribuno da plebe (MOMMSEN, 1942, p. 233-236)<sup>1616</sup> foi um dos responsáveis pela cristalização da jurisprudência romana dada as suas características singulares diante dos outros magistrados, como o fato de este não poder se ausentar da região à qual tinha sido escolhido e diante das limitações a ele impostas, como de não deter poderes para declarar

<sup>14</sup> Cabe fazer a diferença no que se refere ao nome e ao conceito do significado de compilação e codificação. A primeira significa um acúmulo de conhecimentos reunidos de maneira a não atentar para uma estrutura lógica facilmente identificada como as experimentadas, pela segunda, que responde a uma estrutura identificável na qual, por muitas vezes, verificam-se uma estrutura geral e outra mais específica. As compilações legislativas elaboradas ao longo da cultura jurídica, mesmo que nominalmente tenham recebido o título de código, eles não continham a essência de um, pois faltavam a estrutura e a compreensão para a sistematização, e o acúmulo político social e cultural apenas conhecidos ao final de 1800; existem também as questões de ordem material que dificultavam a deflagração dessa técnica como o uso corrente do papel e a indústria da edição desses materiais. Para maiores esclarecimentos, ver o estudo realizado por Grossi (1995), oportunidade em que o palestrante foi agraciado com o título de doutor *Honoris Causa*. Citado resumidamente, trata da ruptura causada pela codificação, na percepção do autor. O passado deve se tentar pensar conforme a mentalidade que a cultura da humanidade pode desenvolver até aquele período. Não se pode pretender que os romanos tenham tido um pensamento sistemático, pois os romanos não possuíam um ordenamento assim e sequer possuíam essa preocupação. Obra referencial sobre sistema é a de Canaris (1989), traduzido do alemão: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. No que se refere à denominada Lei das XII Tábuas, Betti (1947, p. 44) elucida esta questão assim: “*In primo, le XII Tavole non debbono concepirsi come una codificazione in senso moderno, cioè come una raccolta tendenzialmente universale, di norme di una data materia: i principi fondamentali de ius civile non sono, in genere, nelle XII tavole, che contengono disposizioni complementari e derogatorie. In secondo luogo, le XII tavole sono la legislazione di una società, ancora poco evoluta, di piccoli agricoltori.*” Tradução livre: (Em primeiro lugar, as XII Tábuas não devem ser concebidas como uma codificação em sentido moderno, isto é, como uma coletânea tendenciosamente universal, de normas de uma dada matéria: os princípios fundamentais do *ius civile* não estão, em geral, nas XII Tábuas, que contêm disposições complementares e derogatórias. Em segundo lugar, as XII Tábuas são a legislação de uma sociedade, ainda pouco evoluída, de pequenos agricultores.) Nesse sentido, Arangio-Ruiz (1994, p. 78) refere: “[...] *con seguridad las XII tablas están muy lejos de ser lo que nosotros denominamos una codificación.*”

<sup>15</sup> Para melhor compreender *aequitas*, merece ser reproduzida a seguinte passagem descrita por Menezes Cordeiro (1984, p. 114): “A menção *bonum et aequum*, tal como a *aequitas*, não concitou o aprofundamento folológico dedicado à *fides*. Kipp considera-a como um fortalecimento de *aequum* que Ausfeld, por seu turno, deriva do indo-europeu *ékahuno*. Há, ainda, quem tente uma aproximação ao grego *ἴκóv* - conveniente, verdadeiro, exacto, justo - com ligação nítida ao conceito aristotélico célebre da *ἰπίλι* *κία*. Não parece arriscado - recordar-se as composições, já conhecidas, da *bona fides* e do *dolus malus*, a que se poderiam acrescentar outras, como a do *bonus pater familias* - opinar pela natureza artificial do termo, em uma asserção reforçada pelo emprego jurídico preciso a que inicialmente foi destinada. Depara-se, com primazia, um sentido técnico-jurídico. Nesse emprego *bonum et aequum*, aditado a certas fórmulas processuais clássicas, equivalia a diferir ao juiz competência para calcular o montante da soma da condenação. Daqui emerge a contraposição dos *iudicia in bonum et aequum concepta* aos *bonae fidei iudicia*: nestes, como se viu, eram cominados vários poderes ao juiz que, embora muito concretos, implicavam a concessão de meios para uma decisão qualitativamente mais perfeita; naqueles, a ampliação era meramente quantitativa: determinar o *quantum* a arbitrar ao autor ganhante.

<sup>16</sup> O tribuno da plebe surge com o resultado das lutas entre patrícios e plebeus. Inicialmente foram escolhidos dois tribunos da plebe, o máximo chegou a dez. Os patrícios e os escravos sempre foram excluídos. Os tribunos eram eleitos diante da coletividade dos plebeus, inicialmente por cúrias e, posteriormente, por tribos, seguindo o modelo dos cônsules. A atuação do tribuno da plebe restringia-se territorialmente à cidade, sempre pôde convocar os plebeus para eleições e construir o tribunal para fazer acordos, mas nunca lhe foi concedido o *imperium militar*.

a guerra ou celebrar a paz. Os critérios para escolha do tribuno da plebe podem ainda ser identificados no direito contemporâneo; seu papel na história da cultura jurídica serviu inclusive de referencial para conferir a moldura sob a qual se construiu o magistrado contemporâneo, assim como os requisitos para escolha do chamado quinto constitucional, em que um dos requisitos é o mesmo já definido pelos romanos, isto é, ter servido *Roma* por mais de 10 anos.

Com a passagem do apogeu da criação jurisprudencial, o Império romano vai experimentar uma necessidade de reunir o conhecimento já elaborado no período identificado como clássico, e o papel dos senadores romanos sofre uma considerável perda de poder e, com isso, também a magistratura, que vai perdendo prestígio, poder e legitimidade.

Como em um movimento pendular, o que se inicia é o crescimento de um tipo de função que inicialmente não existia: a figura do advogado remunerado pelo *Estado romano*<sup>17</sup> que vai atender apenas aos interesses de quem comanda, uma vez que sua função somente existe para atender ao interesse de quem administra o Império romano, que também deixa de conhecer o seu ápice do ponto de vista econômico.

A figura do profissional remunerado e dependente da estrutura do *Estado romano* faz nascer uma forma diferente de compreender o direito romano fundado na jurisprudência do caso concreto, que pouco a pouco, estrutura-se sob o poder de editar normas imperiais, e, assim, retira a mobilidade potencial da estrutura anterior. A figura desse novo profissional é diferente do homem livre para pensar e sua função deixa de ser temporária e eletiva; esta nova figura inclusive está economicamente subordinada a atender aos interesses que advoga, do Império romano decadente e com poucas condições materiais para atender a toda a grande área territorial conquistada, além da pressão que a estrutura que governa passa a sofrer frente à renúncia, à perseguição religiosa e à manifestação e adesão ao cristianismo, que passa a pregar a igualdade fazendo com isso ruir, definitivamente, os alicerces romanos fundados na diferença. Os profissionais deixam as antigas estruturas profissionais para fazer parte da estrutura da Igreja ou do *Estado romano*.

A função desse novo profissional é relembrar a glória vivida por seus antepassados e citar a obra que lhe antecede; é em virtude deste seu trabalho que muito da jurisprudência clássica chegou até nossos dias, mas também muito se perdeu porque, sob o argumento da autoridade,<sup>18</sup> o que não servia para o momento foi deixado à margem. Foi sob esse caldeirão cultural que se desenvolveu o direito romano; ele, mais do que um grande caldo cultural, foi uma verdadeira colcha de retalhos capaz de viver uma tênue harmonia conhecida em pequenos espaços de tempo e em parcelas de seu grande império; consistiu em um vulcão alterando momentos de erupção com temperança. O direito romano foi múltiplo, porque a todo o momento em que se busca este direito se deve inquirir de que direito se trata, em solo, romano ou não, envolvendo romanos, homens livres ou não, e qual o objeto desse litígio.

Compreender o direito romano é um exercício feito em um labirinto no qual, e em todo o momento, encontram-se incógnitas a serem decifradas para que novas passagens

<sup>17</sup> *Estado romano* é escrito em itálico porque não se pode dizer que naquela época existisse um Estado propriamente, pois este somente vai existir a partir do momento em que todas as pessoas forem consideradas livres entre si e, em face do Estado, possam requerer a proteção jurídica de seus direitos.

<sup>18</sup> Autoridade compreendida como aquela que detém uma porção do poder e a utiliza para mantê-la, porque entende que este é o seu papel a desempenhar e a essência de sua função.

possam se abrir e novas incógnitas se apresentem e possam ser novamente decifradas, em um mosaico de descobertas que imitam o desenho de um calidoscópio, que se faz novo a cada momento em que se muda uma pequenina peça de seu enorme universo, ou, apenas, ao serem reagrupadas as peças existentes. Provavelmente o direito romano continua sendo objeto de estudo pela sua característica invulgar de que, mesmo tão distante no tempo, possa ainda manter um elo tão profundo com o momento atual que vive a chamada sociedade da informação.

Grosso (1955) sustenta que as transformações não são cumulativas, mas deixam suas marcas e, para se compreender melhor a sociedade contemporânea, exige-se do investigador um estudo histórico. Sintetiza o autor seu pensamento assim:

*La storia presenta una continuità in cui è pur sempre arbitrario fissare delle date iniziali e finali. D'altra parte essa presenta pure una varietà, tutto un fluttuare di elementi sociali, che importa trasformazioni. Il giurista, che coglie nella struttura sociale l'unità e organicità di un ordinamento giuridico, che valuta nel complesso di enti sociali la molteplicità di ordinamenti giuridici e ne definisce i rapporti, che individua i caratteri di una organizzazione politica e ne segue le vicende, segnerà unità e pluralità, molteplicità, fusioni, estinzioni, estinzioni, successioni. (GROSSO, 1955, p. 3).<sup>19</sup>*

Todavia, antes mesmo de se tratar o período contemporâneo, é imprescindível compreender a ruptura causada pela codificação dos direitos civis, um momento histórico em que se rompe com a pluralidade das fontes do direito medieval e se constrói a estrutura do direito sob o alicerce da lei.

Após a Revolução Francesa os juízes foram associados ao Antigo Regime, por esse motivo, a tarefa da atividade jurisdicional deveria ser restrita à aplicação do Código. Essa recomendação influenciou especialmente os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, sugerindo que a atividade do juiz não fosse além da subsunção da lei aos fatos envolvidos no caso concreto.

Posteriormente, algumas doutrinas como a do direito livre e a jurisprudência dos conceitos (LARENZ, 1991, p. 261 e ss.) apresentaram críticas às orientações oitocentistas. O intuito dessas novas teorias foi superar a frieza dos exegetas e pandectistas, conciliando os ideais do positivismo jurídico com as necessidades casuísticas de aplicação do direito.

No Século XX, Kelsen (1998, p. 216) verifica e admite a jurisprudência como verdadeira fonte de normas jurídica, especialmente quando as decisões judiciais têm o caráter de precedente, isto é, a decisão de um tribunal, em um caso concreto, torna-se obrigatória para as futuras decisões em casos similares.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Tradução livre: “A história apresenta uma continuidade na qual é sempre arbitrário fixar as datas iniciais e finais. De outra parte ela apresenta também toda uma variedade, todo um flutuar de elementos sociais, que importam transformações. O jurista, que colhe na estrutura social a unidade e a organicidade de um ordenamento jurídico, que valoriza no complexo de entes sociais a multiplicidade de ordenamentos jurídicos e deles define as relações, que individualiza as características de uma organização política e delas segue as vicissitudes, assinalará unidade e pluralidade, mutações, fusões, extinções, sucessões.”

<sup>20</sup> “A função criadora de Direito dos tribunais é especialmente manifesta quando a decisão judicial tem o caráter de um precedente, ou seja, quando a decisão judicial cria uma norma geral, onde os tribunais estão autorizados não apenas a aplicar o Direito substantivo preexistente nas suas decisões, mas também a criar o Direito novo para casos concretos, em que existe uma compreensível tendência de se dar a estas decisões judiciais o caráter de precedentes. Dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado legislativo no sentido mais restrito e comum do termo. Os tribunais são criadores de normas jurídicas gerais.”

### 3 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE NO DIREITO BRASILEIRO

A categoria *jurisprudência* é utilizada de forma ambígua, podendo significar:

- a) a ciência do direito, dogmática jurídica ou doutrina do direito;
- b) a interpretação do direito praticada no âmbito do Poder Judiciário, normalmente por tribunais superiores, os quais se tornam paradigmas para os casos semelhantes, de observação obrigatória, ou não, dependendo do contexto. Predomina na Itália a compreensão de *giurisprudenza* como ciência jurídica ou teoria do direito. Nesse sentido, os anglo-saxões de *jurisprudence*.

No Brasil, *jurisprudência* já foi empregada com o significado de ciência ou teoria do direito, como sugere a etimologia da palavra (MACHADO NETO, 1975). Consagrou-se o entendimento de jurisprudência como “[...] a reunião de decisões judiciais interpretadoras do Direito vigente,” (NADER, 2004, p. 165) ou como o “[...] conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinada matéria.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007).

Colher a jurisprudência é uma obra que se assemelha a uma busca que se faz em um mundo de fatos em que se escolhem alguns para discutir, dialogar, criticar e auxiliar na construção de caminhos que considerem o que de fato é importante, o mundo dos fatos, considerando-se os valores até o presente momento. A cultura de uma época se constrói em uma constante interpretação e reinterpretação de suas normas que, ao serem elaboradas, guardam um pé no passado e outro no futuro, respeita tradições que merecem serem mantidas, como aquelas que serão substituídas, lapidadas e aprimoradas em um mundo que se faz como um diálogo constante.

O papel desempenhado pela sociedade na construção do direito se faz de diversas maneiras diferentes e envolvendo os agentes nesse processo de sedimentação e aperfeiçoamento; não é trabalho exclusivo de um grupo de iniciados pelos meios acadêmicos nos estudos jurídicos, e também não se cinde a estes interlocutores, mas os transcende. A obra se faz em um processo constante em que os agentes são vários e dos mais diversos matizes. As ações culturais que atingem um grupo abrangente de pessoas, muitas vezes, tocam a todos pela emoção ou fazem despertar para um sentimento que estava anestesiado, e a partir deste despertar desencadeiam uma série de atitudes positivas.

Destaca-se que a construção do futuro e da jurisprudência sensível aos fatos da vida se faz por força de uma pluralidade de esforços, como, por exemplo: o advogado, os representantes do ministério público, e os representantes do judiciário, mas principalmente, por obra da coragem da parte que quer ver reparado, o direito lesado ou ameaçado de lesão.

A construção da jurisprudência se faz via parte, advogados, ministério público e magistratura atenta aos aspectos *das lacunas estáticas e dinâmicas das normas* (HECK,

1995, p. 186).<sup>2121</sup> O advogado<sup>2222</sup> é um dos grandes interlocutores sociais que atuam direto com a malha social e que buscam com o Judiciário construir o direito por meio da jurisprudência, preencher a inércia do Legislativo<sup>2323</sup> e as omissões do Executivo<sup>2424</sup> no que toca a produção concreta do direito.

O juiz somente pode construir o direito sob os ombros ao menos de um advogado, que suficientemente sensível perceba, juntamente com o seu cliente, identificar o conflito e, mesmo que este ainda não tenha pronta resposta legal, busque corajosamente o reconhecimento do direito. Não se pode descuidar do papel preventivo, cada vez mais importante que as áreas do conhecimento também têm desempenhado na figura dos advogados militantes, quer na esfera privada, quer na esfera pública em que atuam como verdadeiros filtros com vistas a evitar que os litígios cheguem ao Judiciário.

Advogar caracteriza-se, também, pela função de catalisar e forçar a criação de jurisprudência para ampliar as margens do direito legislado e reconhecido. Ultrapassada a época em que o advogar se limitava às características de um mero ser retórico, sem conteúdo e que, sem ideias próprias, repetia as fórmulas construídas por jurisconsultos, como ocorreu em certo período, no direito romano. O advogado é por natureza um provocador, controlador e atento detetive que tudo ouve e vigia, mas que, pacientemente, realiza o que, por vezes, a sociedade ainda não está preparada para enfrentar: a construção de um direito efetivo. O mérito do advogado não está nos processos em que sua tese é vencedora, necessariamente, mas também naqueles em que questiona e demonstra a fragilidade

<sup>21</sup> A respeito do aspecto dinâmico da *lacuna normativa* interessante é a passagem da BverfGE 82,6(12): “A evolução real ou jurídica pode, contudo, deixar uma regulação até então clara e perfeita, incompleta, carente e, simultaneamente, susceptível de complementação. A admissão jurídico-constitucional à investigação e à colmatagem de lacunas acha a sua justificação, entre outras coisas, no fato de que as leis estão submetidas a um processo de envelhecimento. Elas encontram-se em um ambiente de relações sociais e de concepções sociopolíticas, cujas transformações o conteúdo normativo também pode se mudar (comparar com BverfGE 34, 269[288]). À proporção que se formam lacunas legais em virtude de tais transformações, a lei perde a sua capacidade de manter pronta para todos os casos, a que a sua regulação aspira, uma solução justa. Os tribunais, em decorrência, estão autorizados e obrigados a examinar o que, sob as circunstâncias modificadas, é ‘Direito’ no sentido do art. 20, alínea 3, da Lei Fundamental” (BverfGe-Bundesverfassungsgerichtsentscheidung [Decisão do Tribunal Constitucional Federal]). No que se refere à essência dinâmica do Direito já me posicionei, assim: “O Direito e a lei podem conter uma igualdade de conteúdo, mas podem também não conter, até porque não há necessidade ou interesse de todo o direito ser abarcado em leis. O Direito corresponde um estado jurídico-cultural de um povo, numa certa época em um dado momento histórico. Por sua vez a lei expressa em parte este estado jurídico-cultural de um povo, numa certa época em um dado momento histórico, e apenas em parte. Não raras vezes, a lei é apenas uma parcela do Direito que pode e deve ser descoberta pela doutrina e pela jurisprudência.” Ver, nesse sentido, Pezzella (1997, p. 199-224). O Legislativo, em regra, e por característica atua sempre de maneira retrodatada disciplinando os conflitos já existentes na sociedade, mas descompassado no tempo. O conflito existe e a resposta legislativa chega depois. É difícil que ele responda de maneira concomitante com uma antecipação. O processo de legitimação das atitudes e iniciativas legislativas necessita de uma prévia discussão e amadurecimento social. O fato de encarar que o Judiciário elabora e sistematiza o direito muito tempo depois dos conflitos estarem sendo sentidos pela sociedade não tem por objetivo restringir a sua importância, mas referir que a sua atuação funda-se sob a construção abstrata da norma e não na construção de normas e medidas prontas para servirem a casos concretos determinados.

<sup>22</sup> Compreende-se o advogado de maneira *lata* e não *stricto sensu*, todos aqueles que advogam causas na esfera pública ou privada, como, por exemplo, os procuradores do Estado, procuradores autárquicos, defensores públicos, advogados liberais, advogados empregados de empresas, advogados associados, advogados empregados, enfim todos aqueles que trabalham na defesa dos interesses das partes.

<sup>23</sup> O Legislativo, em regra, e por característica, atua sempre de maneira retrodatada disciplinando os conflitos já existentes na sociedade, mas descompassado no tempo. O conflito existe e a resposta legislativa chega depois. É difícil que ele responda de maneira concomitante com uma antecipação. O processo de legitimação das atitudes e iniciativas legislativas necessita de uma prévia discussão e amadurecimento social. O fato de encarar que o Judiciário elabora e sistematiza o direito muito tempo depois dos conflitos estarem sendo sentidos pela sociedade não tem por objetivo restringir a sua importância, mas referir que a sua atuação se funda sob a construção abstrata da norma e não na construção de normas e medidas prontas para servirem a casos concretos determinados.

<sup>24</sup> As omissões do Executivo se devem a uma série de situações diversas desde a inépcia para administrar, podendo ser também uma momentânea inviabilidade material ou um descuidar de prioridades e conhecimento das responsabilidades administrativas.

na estrutura social, política e jurídica para responder aos conflitos individuais, sociais e coletivos. Atua aqui como um agente sinalizador da fragilidade da estrutura social para responder aos conflitos em que é chamado a atender. A resposta da demanda, mesmo que, importantíssima, no momento presente para a construção do direito e sua efetiva realização, quando não reconhecida, passa a ser secundária, pois demonstra a capacidade de identificar o problema, ainda pendente de solução justa.

Advogar consiste em um exercício constante e se caracteriza por uma atitude permanente de estudar para, de maneira corajosa e audaz, buscar a construção do direito; não se limita em repetir modelos anacrônicos e dissociados da atual realidade e do sistema jurídico vigente.

A cultura jurídica de um país se mede pela forma como ela resolve os seus conflitos: as fugas, os artifícios, muitas vezes utilizados, demonstram apenas a falta de uma cultura, fundada na tradição, de se enfrentar o mérito das questões levadas a juízo. A construção da cidadania, da cultura de um país se mede pela construção do direito nos Tribunais, assim como fora deles. Significa dizer que, o desenvolvimento de uma cultura, ainda incipiente, como a nossa, de país do Cone Sul e continental, é aferível pela espécie de demandas levadas a juízo, assim como aquelas que são bem resolvidas, amigavelmente.

Atentar para a solução dos conflitos que não são levados a juízo não significa diminuir a importância do papel do judiciário na nossa sociedade; ao contrário, significa um grau de cultura jurídica mais firme que pode ser formada por pessoas maiores, senhoras de si, e que cumprem aquilo a que se comprometem, buscando com auxílio de profissionais qualificados, intermediários distantes do subjetivismo típico das pessoas envolvidas no conflito.

Isso não significa deixar de atentar para um detalhe que não é insignificante, em que o controle da justiça deve estar sempre centrado e protegido pelo poder público. Trata-se de um bem e um serviço que devem estar sempre sob o olhar atento do interesse prevalentemente público, não sendo possível a sua transferência real ou dissimulada para esfera particular.

É importante diferenciar alguns elementos da estrutura da jurisprudência nos principais sistemas do direito contemporâneo (DAVID, 1986). Desde o século XIII a tradição anglo-saxônica tem por costume fazer referência aos casos semelhantes já decididos pelos Magistrados (*Case Law*). Gradativamente, o repertório de casos (*reports*) foi sendo aperfeiçoado até que, no século XIX, restou consagrada a doutrina conhecida como *stare decisis* (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 220).

Formulada a partir da máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*” (ficar com as coisas decididas e não perturbar o que é pacífico), a doutrina do precedente está estruturada em alguns fundamentos, como:

- a) os tribunais inferiores estão vinculados aos precedentes, quando estes ocorrerem, e foram objeto de decisões dos tribunais superiores;
- b) toda decisão de tribunal pode ser um argumento forte a ser considerado;
- c) a *ratio decidendi* do precedente é o aspecto que vincula as próximas decisões (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 220).

A partir dessas premissas, há variações na aplicação da teoria do *Stare Decisis*, nos diferentes países de sua influência, por exemplo a Austrália, o Canadá e Hong Kong, mas, por questão de delimitação de tema, não serão enfrentadas aqui.

Um fator histórico relevante no desenvolvimento desta doutrina é o importante papel desempenhado pelo juiz na tradição da *Common Law*, o qual não tem uma carreira funcional, mas, até hoje, é escolhido entre os advogados que se destacam no exercício profissional, recebendo prestígio e legitimidade social (DE MARCO, 2009, p. 243-274).

Ainda há, na *praxis* forense brasileira, o costume em se denominar de jurisprudência pacífica (ou dominante) o conjunto de decisões que acabam por prevalecer em face da jurisprudência (corrente, posição) minoritária adotada pelos julgadores.<sup>25</sup>

Essa não vinculatividade dos juízes brasileiros aos precedentes foi modificada com a Emenda Constitucional n. 45/2004. O artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 recebeu a seguinte redação:

Art. 102. § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>26</sup>

Nesses casos específicos de controle concentrado de constitucionalidade, processados perante o Supremo Tribunal Federal (Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou Ações Declaratórias de Constitucionalidade), a decisão vincula todos os demais órgãos do Poder Judiciário e também a administração pública.

Pode-se cogitar que, em referidas ações, o julgador teria tão somente um poder legislativo negativo, limitando-se a identificar a compatibilidade de normas infraconstitucionais em face da Constituição Federal. Não é assim que ocorre. O Supremo Tribunal Federal admite o postulado da *interpretação conforme a Constituição*, cuja aplicação se destina a preservar uma norma infraconstitucional que expresse múltiplos significados, atribuindo um sentido que a torne compatível com o Texto da Constituição.<sup>27</sup>E, ainda, de caráter claramente normativo, são as decisões denominadas *aditivas*, conceituadas como “[...] aquelas que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 118).<sup>28</sup>Assim,

<sup>25</sup> Conforme Recurso Especial n. 1177878/SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06 abr. 2010, publicada no Diário da Justiça em 14 abr. 2010. Recurso Especial n. 710.716/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08 nov. 2005, publicada no Diário da Justiça em 21 nov. 2005. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 286.404/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12 nov. 2003, publicado no Diário da Justiça em 09 dez. 2003.

<sup>26</sup> A redação substituída era a seguinte: § 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 mar. 1993).

<sup>27</sup> Conforme representação n. 1.417/DF, Ministro Moreira Alves, julgado em 09 dez. 1987, publicada no Diário da Justiça em 15 abr. 1988.

<sup>28</sup> Conforme Mandado de Injunção n. 708, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25 out. 2007, publicado no Diário da Justiça em 31 out. 2008.

procedendo a jurisdição torna válida uma verdadeira norma, destinada a garantir a eficácia do Texto Constitucional.

A súmula vinculante ampliou a responsabilidade e o papel do juiz ordinário no exame do contraditório, pois nessa situação, para identificar o efeito vinculante da súmula, ele deve examinar melhor o fato e aferir a circunstâncias do caso concreto e verificar se naquele caso, sob exame, é pertinente o uso da súmula vinculante fundamentando com base nos princípios constitucionais ou afastando a sua aplicabilidade também de maneira fundamentada. Por todas essas razões, a súmula vinculante valoriza a atividade jurisdicional na esfera dos magistrados de primeiro grau.

O artigo 102, parágrafo 2º, da Constituição Federal está permitindo que o Poder Judiciário vincule todos os demais órgãos jurisdicionais e a administração pública, por meio de uma única decisão. Esse modelo distancia-se da concepção histórica de jurisprudência, na qual seria importante um processo de pacificação de um entendimento sobre determinado assunto.

Não há como negar que o sistema jurídico brasileiro recebe influência também do modelo anglo-saxão. A utilização de súmulas é uma tentativa incontestada. Tradicionalmente, as súmulas, enunciados, orientações jurisprudenciais, prejudgados e outras denominações são fórmulas concisas para expressar um entendimento que se consolidou ao longo do tempo nos tribunais brasileiros. A força dessa jurisprudência é persuasiva. Com a mudança constitucional (EC n. 45/2004), que estabeleceu no Brasil o instituto da *súmula vinculante*, a observância obrigatória de precedentes ganhou outra dimensão.

Outros institutos já prefiguravam essa tendência na legislação brasileira, como: as sentenças normativas da Justiça do Trabalho (art. 114, §2º, CF), o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476, CPC) e a súmula impeditiva de recursos (art. 557, CPC).

Por fim, deve-se referir ao artigo 103-A da Constituição Federal, incluído na ordem jurídica brasileira pela Emenda Constitucional n. 45/2004:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Para as questões submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade, o STF funciona como o guardião da Constituição, protegendo a ordem do Estado Democrático de Direito (BONAVIDES, 2001) e a realização dos direitos fundamentais, não sendo necessário, nesse caso, que ocorram reiteradas decisões; por um motivo, vale referir a legitimidade do controle direto de constitucionalidade previsto pelo constituinte (art. 102, CF).

O *precedente*, estabelecido na forma de *súmula vinculante* (art. 103-A) deve se originar de *reiteradas decisões sobre matéria constitucional*. A matéria deve ser controlada a ponto de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas. É uma questão tipicamente *jurisprudencial*.

Em razão disso, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a jurisprudência é uma fonte direta de normas jurídicas e, por consequência, uma fonte do direito. Em que pese a tradição da *civil law* ser avessa à obrigatoriedade dos precedentes, já que a *lei* seria suficiente para proporcionar estabilidade e segurança jurídica, não demorou muito para que a complexidade de um ordenamento repleto de normas principiológicas e cláusulas gerais demonstrassem a necessidade de algum tipo de uniformização jurisprudencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 984). Para eles, bandeiras equivocadas defenderam no Brasil que “o juiz deve ter liberdade para julgar”. Estas foram oriundas de uma cegueira que tomou conta da doutrina jurídica. E, por muito tempo, o desenvolvimento de institutos destinados a proporcionar coerência e estabilidade ao ordenamento foi bloqueado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

O controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro agrava ainda mais as possibilidades de serem proferidas decisões tão díspares quanto injustas. “Se é nocivo ter decisões diferentes versando a interpretação de uma mesma lei federal é absurdo ter variadas decisões acerca da sua constitucionalidade.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 984). Assim, não é vergonhoso - como pensam alguns - que em um sistema jurídico, almeje-se preservar previsibilidade, segurança jurídica e a igualdade nos tribunais.

A parte dispositiva das decisões constitucionais não é suficiente para “[...] atribuir um significado ao precedente; este depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 984). Com efeito, a mera referência às súmulas vinculantes não garante aplicação segura e coerente de matérias semelhantes, como precedentes, na forma já conhecida no sistema *common law*. É necessária também uma análise das razões determinantes das súmulas. Assim, a vinculatividade de órgãos judicantes e de órgãos administrativos não fica adstrita unicamente à parte dispositiva das decisões de controle de constitucionalidade ou às súmulas, mas, também, aos fundamentos determinantes das decisões.

O poder eficaz dos fundamentos decisórios sobre questões que tratam de direitos fundamentais, nesse sentido, é uma ferramenta que pode ser utilizada para atribuir a máxima efetividade a esses direitos. É verdade que, por outro lado, pode tornar-se em ferramenta opressiva, destinada à sonegação de direitos, já que ninguém está livre de composições conservadoras e reacionárias das cortes.

A força da Constituição Federal está condicionada, assim, ao papel desempenhado por todos que buscam nos atos do cotidiano construir o direito, assim como depende da eficácia das regras e dos princípios constitucionais. As disposições que tratam de direitos fundamentais exigem uma atuação firme de todos, incluindo-se o Poder Judiciário, destinada a realizar de maneira otimizada os valores consagrados pela ordem jurídica.

A teoria das fontes do direito, na modernidade, compreende a consciência de que o direito não é algo dado, mas um fenômeno construído pela cultura humana (FERRAZ JÚNIOR, 1988, p. 200). A jurisprudência romana reverbera nos dias de hoje e deixa um importante legado ancorado na construção do direito fundado em casos concretos. O papel da jurisprudência atual é, em essência, conferir cada vez mais dignidade aos que buscam solucionar conflitos em juízo.

## 4 CONCLUSÃO

A questão central proposta neste artigo escrita por duas mentes, impede, de início, explicitar o sentido e o alcance da metodologia que sustenta a formulação apresentada. Demonstrou-se que o estudo do caso concreto realiza uma força motivadora de investigação jurídica e um papel de envolver tanto aos preocupados com as questões teóricas quanto aqueles interessados, do ponto de vista concreto, na solução dos casos da vida que ocorrem, ou podem vir a ocorrer no dia a dia, e por vezes, ficam sem um estudo mais apurado.

Compreender o estudo do direito ancorado na teoria em conjunto com o de casos reais traz um referencial instigante por parte daqueles que se iniciam na investigação de um determinado tema, como renasce, nos mais experientes, um interesse peculiar em razão do enfrentamento, ainda pouco utilizado nas escolas brasileiras, permitindo toda uma visão sincronizada do direito.

Este artigo buscou demonstrar a importância do estudo do caso concreto e tem por objetivo instigar o leitor que, por via dos casos da vida, formam-se abstrações que fazem nascer modelos, mas que ao se focarem em novos casos que surgem na sociedade a cada dia, constroem-se novos modelos e novas abstrações são construídas.

Não houve o objetivo de esgotar as questões que envolvem o papel da jurisprudência nos dias de hoje, nem no passado do largo espaço de tempo conhecido como direito romano, mas criar pontes do passado e verificar a diferença de cada época e a relevância do trabalho de cada um na construção do direito, pois os casos da vida somente chegam ao judiciário em virtude do desconforto de uma parte que busca um procurador e elabora uma formulação diante das fórmulas, leis e regras jurídicas já existentes ou com base em princípios, e confere vida a um caso, permitindo a partir desse momento, a manifestação do Estado por parte do Judiciário.

### **IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND JURISPRUDENCE IN HISTORICAL PERSPECTIVE**

#### **ABSTRACT**

*The article is built of two minds that propose to discuss key issues, such as life force of law that seam abstract principles in society and conflicts that are brought before the magistrates. Understanding the role of law today involves a rethinking of its historical importance. The appreciation of the case has received, by the thinkers, different degrees and dimensions in relation to culture and way of seeing the law and its construction process. This article sought to demonstrate the importance of studying the case and aims to entice the reader through the life cases that form abstractions wich create models , so by focusing on new cases that arise in society at every day this construct new models and new abstractions are built.*

*Keywords: Jurisprudence; Fundamental Rights; Precedent.*

## REFERÊNCIAS

- ALLEN, C. K. *Las fuentes del Derecho ingles*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1969.
- ARANGIO-RUIZ, V. *Historia del Derecho romano*. 5. ed. Tradução Francisco de Pelsmaeker e Ivañes. Madrid: Editorial Reus, 1994.
- BETTI, E. *Instituzioni di diritto romano*. 2. ed. Padova: Cedam, 1947.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRETONE, M. *História do Direito Romano*. Tradução Isabel Teresa Santoso e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1990 (Coleção Imprensa Universitária, 73).
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CENTRAL OFFICE OF INFORMATION. *A justiça e o direito no Reino Unido*. Londres, 1989.
- CROSS, R. *Statutory interpretation*. London: Butterworths, 1976.
- DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DE MARCO, Cristhian Magnus. Evolução histórica da advocacia em perspectiva comparada: Brasil e Inglaterra. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 10, p. 243-274, 2009.
- FACHIN, Luiz Edison. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- GADAMER, H.G. *Verdad y método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Ana Agud Aparicio e Rafael de Agapito. 6. ed. Salamanca: Ediciones Síguene, 1986. (Colección Hermeneia).
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- GARCIA, César Rascón. *Manual de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.
- GARCIA, J. F. Z. *El Diálogo como juego: la Hermenéutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer*. Granada: Universidade de Granada, 1995.

GROSSI, P. *Fondamenti del pensiero guiscivilistico moderno*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1995.

GROSSO, G. *Lezioni di storia del diritto romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1955.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição alemã*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Todos nós ... ninguém: um enfoque fenomenológico do social*. São Paulo: Moraes, 1981.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. Barcelona: Editorial Labor, 1965.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: C. Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1975.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

METZGER, Ernest. Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure (November 1, 2008). *Law and History Review*, v. 22, p. 243-75, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1293180>>. Acesso em: 06 set. 2012.

MOMMSEN, T. *Compendio del derecho publico romano*. Buenos Aires: Impulso, 1942.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. A boa fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 199-224, jul./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

\_\_\_\_\_. *Propriedade Privada no Direito Romano*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAVIGNY, F.K. *Metodologia jurídica*. Tradução J. J. Santa - Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. (Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales).

SCHULZ, F. *History of roman legal science*. London: Oxford University Press, 1953.

\_\_\_\_\_. *Principios de Derecho Romano*. Tradução Manuel Abellán Velasco. Madrid: Editorial Civitas, 1990. p. 128-129. (Monografias Civitas).

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WIEACKER, Franz. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought, 4 B.C. *Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 257, 1981. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol4/iss2/2>>. Acesso em: 06 set. 2012.