

Da Jurisprudência como Direito Positivo*.

R. Limongi França

Docente de Direito Civil da Faculdade de
Direito da Universidade de S. Paulo.

I. DO CONCEITO E EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

1. Do conceito de Jurisprudência. 2. A Jurisprudência na Antiguidade. 3. A Jurisprudência no Direito Anterior.

II. DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ATUAL

1. Estado Geral da Questão. 2. Da Jurisprudência como Costume Judiciário: a) A Jurisprudência como espécie de costume b) Os argumentos contrários de FRANÇOIS GÉNY. c) *Refutação a GÉNY*.

III. DAS FUNÇÕES ESPECÍFICAS DA JURISPRUDÊNCIA

1. Interpretar a Lei. 2. Vivificar a Lei. 3. Humanizar a Lei. 4. Suplementar a Lei. 5. Rejuvenecer a Lei.

I. Do conceito e evolução da jurisprudência.

1. *Do Conceito de Jurisprudência.*

Há um conceito vulgar e um conceito tecnológico-jurídico de jurisprudência, ambos afins, mas não de todo coincidentes. Por outro lado, tanto em meio à vida cotidiana, como no campo especializado da ciência jurídica, as respectivas noções têm experimentado algumas ligeiras mudanças.

*. Aula inaugural do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, pronunciada em 1.º de abril de 1970, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de S. Paulo.

Como se vê no dicionário de MORAES, que citamos pela edição de 1831, jurisprudência se considerava “a arte de interpretar as leis, de responder e aconselhar nas matérias de direito” (ANTONIO DE MORAES SILVA, *Dicionário da língua Portuguesa*, 4.^a ed., 1831, Tomo II). Já no léxico de AULETE encontramos uma noção mais ampla: jurisprudência é aí a — “ciência do direito e das leis — Conjunto dos princípios de direito seguidos num país, numa dada época, ou em certa e determinada matéria. . . — Maneira especial de interpretar e aplicar as leis” (F. J. CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, 2.^a ed. atualizada, 2.^o volume 1925, Lisboa).

Êstes conceitos são repetidos por LAUDELINO FREIRE e J. L. DE CAMPOS, no seu *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, edição de 1943, vol. IV, Rio de Janeiro. CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, entretanto, limita-se a definir jurisprudência como “ciência da legislação e do direito” (*Nôvo Dicionário da Língua Portuguesa*”, 4.^a ed., Lisboa, 1925), no que é de perto seguido por HILDEBRANDO LIMA e demais co-autores do *Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, 4.^a ed., 1943, onde se registra êsse vocábulo como a “Ciência do Direito e das Leis”.

No setor estrito da tecnologia jurídica a situação não é diversa. JOSÉ NAUFÉL assim emite o seu conceito: é a interpretação que os tribunais dão às leis, adaptando-as a cada caso concreto submetido a seu julgamento” (*Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, vol. III, Rio, s/d.). PEDRO NUNES, mais completo, distingue três significados da palavra jurisprudência; 1.^o) o de ciência do direito; 2.^o) o de modo pelo qual os tribunais realizam, interpretativamente, a aplicação concreta dos princípios legais vigentes; 3.^o) o de conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sôbre o mesmo caso em dada matéria, o mesmo que *usus fori* (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*, vol. II, 3.^a ed., 1956). Por sua vez, CESAR DA SILVEIRA, em seu *Dicionário de Direito Romano* explica que, jurisprudência, nem ramo da

ciência jurídica, é a doutrina dos jurisconsultos romanos, ao passo que no direito nacional, designa “o conjunto de decisões proferidas pelos Tribunais” (1.º vol. S. Paulo, 1957).

De nossa parte, atendendo ao que vai pelos léxicos gerais e especializados, à acepção com a qual a palavra “jurisprudência” é usada pelos jurisconsultos de antanho e da hora presente, assim como ao sentido com que é entendida na vida prática do Direito, achamos de bom alvitre distinguir pelo menos *cinco* conceitos diversos de jurisprudência.

O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do Direito, teórica ou prática, seja elaborada por jurisconsultos, seja por magistrados.

Teria como correspondente, no passado, a noção apresentada por ULPIANO, de *divinarum, atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* (Digesto, I, 1, 10, 2), repetida por JUSTINIANO (*Institutas*, I, 1, 1), noção essa posteriormente impugnada por HEINECIO, que aí viu uma definição ampla demais, capaz de abranger a própria ciência da Filosofia (V. *Recitationes in Elementa Juris Civilis*, § 24 e 25, ed. Coimbra, 1817).

O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de *juris prudentia*, consistiria no conjunto das manifestações dos jurisconsultos (*prudentes*), antes questões jurídicas concretamente a êles apresentadas. Circunscrever-se-ia ao acervo dos hoje chamados “pareceres”, quer emendas de órgãos oficiais, quer de jurisperitos não investidos de funções públicas.

O terceiro, o de *doutrina jurídica*, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais.

O quarto, o da massa geral das manifestações dos juizes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua

autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei.

O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Isto posto, cumpre fique esclarecido desde logo que, ao versarmos o tema desta palestra, teremos em mente apenas os dois últimos conceitos de jurisprudência, devendo ser feita, a respeito de um como de outro, a seu tempo e lugar, a devida especificação, sempre que tal se faça mister.

2. *A Jurisprudência na Antigüidade.*

A observação do direito dos povos de cultura rudimentar não tem interesse para o tema dêste trabalho, porque, em meio aos mesmos, há a convergência de uma soma grande e completa de poderes na mão do chefe, ou do grupo reinante, diferentemente do que se verifica entre as civilizações mais adiantadas, onde mais ou menos desenvolvidamente, rege o princípio da separação dos poderes.

Assim é que, por exemplo, já no *Código de Manú*, embora o rei e os aristocratas gozem de uma posição privilegiada, parece distinguir-se bem o mister de criar o direito, daquêlê de realizar a sua *aplicação* aos casos concretos. Com efeito, no art. 41, do livro VIII, está dito que — “Um rei virtuoso, depois de ter estudado as leis particulares das classes e das provincias, os regulamentos das companhias de mercadores e os costumes das familias, deve dar-lhes fôrça de lei, sempre que estas leis, regulamentos e costumes não contrariem os preceitos dos Livros revelados”.

Mas é entre os romanos que se definem com precisão as duas questões básicas em que se desdobra o problema da jurisprudência como forma de expressão do Direito Positivo, a saber, a da elaboração do direito ante os casos concre-

tos, e a validade das decisões anteriores com referência aos feitos que tratem de matéria semelhante.

Antes, porém, de entrarmos no esclarecimento das respectivas soluções, é mister fique assinalado que o que hoje constitui a jurisprudência, na acepção em que a tomamos neste estudo, correspondia, no Direito Romano, a duas categorias, a saber, o *Direito Pretoriano* e a Jurisprudência, no sentido em que os romanos empregavam o vocábulo.

Na verdade, a despeito de certa imprecisão que notamos em alguns dos nossos mais eminentes juristas, ao versarem esta matéria, entre os Romanos, as referidas formas de expressão do Direito constituíam coisas bem distintas que não se confundiam uma com a outra.

Já vimos a definição de jurisprudência, proposta por ULPIANO e adotada por JUSTINIANO. Embora, na observação de HEINECIO, o *Corpus Juris Civilis* lhe emprestasse uma noção excessivamente larga, o fato é que, ao conceituá-la, os referidos autores tinham em mente, na expressão de CESAR DA SILVEIRA, “a doutrina dos jurisconsultos romanos” (*Dicionário de Direito Romano*, verbete *jurisprudencia*). Essa doutrina, vasada em pareceres então denominados *Responsa Prudentium* não era o mesmo que o *Direito Pretoriano*, embora constituísse, ao lado dêste, uma forma de expressão do Direito Positivo.

Com efeito segundo GAIO (*Institutas*, I, 2, ed. de CORREIA e SCIASCIA in *Manual de Direito Romano*”, vol. 2.º, págs. 18-19) o direito do povo romano constava do seguinte: “*ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, Edictis Eorum Qui Jus Edicendi Habent. Responsis Prudentium*”. Mas, como se vê, são duas coisas diferentes, aliás diferentemente definidas pelo próprio GAIO que já esclarecia: “Editos são os preceitos expedidos por aquêles que têm a prerrogativa de expedir ordens. Ora, êsse direito têm-no os magistrados do povo Romano”. Ao passo que “as respostas dos prudentes são as sentenças e as opiniões daqueles a quem é permitido construir o direi-

to”, isto é, aos juriconsultos aos quais o imperador concedera a *jus respondendi*. (GAIO, I, 6, 7; Cf CORREIA e SCIASCIA, op. cit., I, pgs. 19 sgs.).

Não obstante, tanto êstes como aquêles, parecem estar na origem da atual jurisprudência dos tribunais. A relação mais estreita, porém, se verifica entre esta e os primeiros, porque, embora os *responsa* tendessem a ser obrigatórios para juiz, os editos estavam mais de perto relacionados com a função concreta de distribuir justiça.

3. A Jurisprudência no Direito Anterior.

Conforme o Livro III, título 75, 51, *in fine*, das *Ordenações Filipinas*, “o Rey he. Lei animada sôbre a terra, e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convém fazer-se assi” (*Código Filipino*, pág. 685, ed., de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio, 1970). BORGES CARNEIRO, porém, adverte que conforme a Constituição Portuguesa, art. 13 e 74, 3, o poder legislativo passou a competir “às Côrtes com a sanção do Rei” (*Direito Civil de Portugal*, Tomo I, pg. 2, Lisboa 1867).

Na falta de lei, conforme as mesmas *Ordenações*, Livro III, título 64, 51, os juizes deveriam julgar de acôrdo com os estilos e os costumes; não existindo êstes para o caso, e se se tratasse de matéria relativa a pecado, segundo o Direito Canônico, e se não envolvesse tal, segundo as Leis Imperiais. Persistindo a lacuna, dever-se-iam guardar então as golsas de ACURSIO suplementadas pela opinião de BARTOLO, salvo opinião geral em contrário dos Doutores. À falta, ainda assim, de texto aplicável, o próprio Rei deveria decidir, dando aso ao aparecimento das chamadas *Decretaes*.

E, por outro lado, é sabido que a Casa da Suplicação por atribuição régia do Rei D. Manuel, foi encarregada de interpretar as leis duvidosas, assim como de ampliá-las ou

restringi-las, o que deu aso ao aparecimento de uma espécie de legislação jurisprudencial. Mas, ai, tratava-se de uma atribuição do próprio Rei, delegada a um órgão especializado, e não de uma manifestação do poder *judiciário*, semelhante a dos nossos tribunais de hoje em dia (v. BORGES CARNEIRO, Op. cit, I, pg. 18).

MELLO FREIRE, aliás, já o advertia de modo inequívoco: "*Lusitani quoque Juris nomine veniunt authenticas interpretationes cum Rex ipse Legem suam interpretatur, vel eius nomine Regia Supplicationis Domus. Cave Tamen, ne cum authentica interpretatione confundas doctrinales, Res Judicatas, et praxim usumque judicandi, quae Nihil Est, quod legibus nostris temere admisceamus*" (*Institutiones Juris Civilis Lusitani*, L. I, Le leg., pg. 8, Coimbra, 1853).

Por outro lado, as próprias *Ordenações* já diziam no Livro III, tit. 69, pr., que os casos "não podem todos ser declarados em esta Lei, mas procederão os julgadores *de semelhante a semelhante*", disposição esta antecedida de outra, no mesmo dia, do próprio título 65, 52.º, in fine, onde se diz que os desembargos do Rei "são Leis para desembargarem outros semelhantes", e que importa a delegação, ao Juiz, de um certo arbítrio para resolver os casos omissos. Por outro lado, ensina BORGES CARNEIRO, que "os Arestos ou casos julgados não têm autoridade senão sobre o caso", mas "sendo sentenças de Relação *muitas e conformes*, induzem estilo" o que vale dizer, têm força de lei. (Op. cit. pg. 55). Para tanto, porém, deveriam provar-se os seguintes requisitos: 1. repetição e conformidade de atos; 2. conformidade com a boa razão; 3. não ser contrário às Leis do Reino (idem, pg. 47).

Entre os mestres de aquem-mar, TRIGO DE LOUREIRO, repetindo quase *ipsis litteris* a COELHO DA ROCHA, aproximava o valor dos Arestos, do da opinião dos Jurisconsultos, atribuindo-lhes eficácia apenas nos casos omissos e como coadjuvantes na interpretação da *mens legis* (v. LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Português*,

I, pg. 22, 4.^a ed., Coimbra 1857). Por sua vez o preclaro TEIXEIRA DE FREITAS, na 3.^a ed. da sua *Consolidação das Leis Civis*, confessava, em meio à respectiva “Advertência”, haver bebido, para os aditamentos, “Gradualmente nas três fontes da jurídica opulência-Legislação, Doutrina, *Jurisprudência*” (*Consolidação*, 3.^a ed. pg. VI). RIBAS, porém, coloca a questão nos seguintes termos: “A versatilidade de opiniões, em um tribunal, tira por certo toda força moral às suas sentenças. . mas se aparecem novas e importantes razões até então não apreciadas, se o tribunal convencer-se de que estava em erro, *deve abandonar a sua antiga jurisprudência, porque o erro nunca pode servir de base ao direito consuetudinário*”. (ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, pg. 90, 3.^a ed., Rio, 1905).

De qualquer forma, no Brasil, segundo o Direito Anterior, a Jurisprudência, em princípio, não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, mesmo porque a Constituição do Império, art. 72, secundada pela Constituição Republicana, de 1891, já determinara que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, durante o Império, como depois de proclamado o regime democrático, não tinha função legislativa. Só preenchidos certos requisitos, entre eles o da constância, o da não incongruência com as leis vigentes, e o da conformidade com a reta razão é que se poderia considerar a Jurisprudência, como categoria integrante do Direito Costumeiro, (Cf. RIBAS, Op. et loc. cit.,; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Civis*, art. 5, I, alínea i), constituindo assim forma de expressão do Direito Positivo.

II. Da jurisprudência no direito atual.

1. Estado Geral da Questão.

Cumpramos agora no direito atual, a questão da possibilidade de adquirir a jurisprudência, seja ela *secun-*

dum legem ou *praeter legem*, caráter análogo ao da lei, vale dizer, caráter de *commune praeceptum*, de norma geral, de regra obrigatória de Direito.

Ora, o princípio básico definitivamente consagrado, a respeito da matéria, no âmbito da *Civil Law*, é o de que os julgados anteriores não vinculam necessariamente o magistrado, ainda que se trate de decisões suas ou de Tribunal da mais alta instância.

O rápido estudo que fizemos a respeito da Jurisprudência através dos tempos e dos povos, mostra bem que é essa a tradição herdada do Direito Romano e confirmada pelos povos de legislação afim. Confirmam-na não só autores de obras gerais, já citados, ao lado de cujo nomes poderíamos acrescentar o de PLANIOL, FERRARA, BONNECASE e outros, — como ainda escritores de obras especializadas, entre êles CALDARA, FIORE, GÉNY e o nosso CARLOS MAXIMILIANO (M. PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. I, pg. 7, 11.^a, ed., 1928; FRANCISCO FERRARA, *Tratatto di Diritto Civile Italiano*, vol. I, pg. 150, Roma, 1921; JULIEN BONNECASE, *Supplément ao Traité de BAUDRY LACANTINERIE*, vol. I, pg. 213 e segs. Paris, 1924; EMILIO CALDARA, *Interpretazione delle Leggi* pg. 144 e segs., Milano, 1908; PASCUALE FIORE, *De la Irretroactividade Interpretacion de las Leyes* pg. 566, trad. espanhola, Madrid, 1927; FRANÇOIS GÉNY, *Methode d' Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, vol. III, pg. 33 e segs., Paris, 1919; CARLOS MAXIMILIANO, (*Op. et loc. cit.*).

Razões profundas corroboram êsse modo de pensar. Entre elas, poderíamos referir, primeiramente, a circunstância de que, na generalidade das suas decisões, o magistrado não aplica o Direito (nem deve aplicar) segundo uma fórmula matemática pura e simples, mas atende a circunstâncias táticas de ordem moral, social, psicológica e até política, que nunca são as mesmas para o caso seguinte. Por outro lado, reconhecer nos julgados, indiscriminadamente, o caráter de “*commune praeceptum*,” importaria em atribuir-lhe validade “*erga omnes*,” o que lançaria por

terra a multissecular, trabalhada e complexa doutrina da coisa julgada, cujos princípios constituem a mais decisiva salvaguarda dos direitos de terceiros não chamados à lide. Além disso, especialmente nos dias que correm é conhecida a sobrecarga de serviço acometida aos nossos juizes e tribunais, e é evidente que uma conclusão jurídica menos meditada está longe de constituir uma expressão inatacável do Direito. No mesmo plano, o próprio recurso de advogados e juizes, no sentido de descansar as suas razões e decisões em máximas judiciárias, sem qualquer ponderação do respectivo valor intrínseco, tem contribuído, como num círculo vicioso, para a queda do nível científico da própria jurisprudência. Na verdade, assim procedendo, causídicos e magistrados correm o risco de encaminhar novas decisões que, à falta do indispensável reexame, carecem igualmente de maior valor jurídico, e cujas ementas, por sua vez, passam a ser referidas como estribo de outros julgados que nem sempre atravessam o crivo do necessário e detido reexame. Assim, sucessivamente, o êrro vai gerando o êrro e, por vêzes, durante décadas, como, por exemplo, no caso da Teoria da “propriedade” do nome, consagrada pela jurisprudência francesa, a justiça e o direito se vêm gravemente sacrificados, pois a repetição mecânica dos arestos vai erigindo-se em autêntica “verdade” de evidência (v. R. LIMONGI FRANÇA, *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, pgs. 163, e S. Paulo, 1958).

Além de carecer de qualquer base constitucional, a erecção indiscriminada dos julgados em norma geral obrigatória seria excessivamente arriscada e perigosa, para a própria ordem reinante no país. É certo que se poderia invocar, em contrário, o exemplo da *Common Law*, onde, em suma, a Jurisprudência é a principal forma de expressão do Direito Positivo. Mas tal argumento, para logo, resultaria inócuo, porque, em primeiro lugar, o direito jurisprudencial anglo-americano em muito se diversifica do nosso, especialmente pela circunstância de constituir um corpo

perfeitamente orgânico, ao contrário da Jurisprudência da *Civil Law*, integrada por julgados esparsos, e ainda quando constantes num determinado sentido, sem qualquer dependência necessária de um conjunto próprio de princípios. Por outro lado, mudar uma jurisprudência no regime da *Common Law*, é algo muito mais grave e difícil que revogar uma lei entre nós, pois os julgados recentes, como nos informa RENÉ DAVID, não podem competir em valôr com os mais antigos, considerados, muito mais que aquêles, como verdadeiros e obrigatórios (*Traité de Droit Civil comparé*, pág. 275).

Não obstante, excepcionalmente, temos para nós, que, preenchidos uns tantos requisitos, a Jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica dêstes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral. É, a nosso ver, quando pela fôrça da reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro costume judiciário. Como e porque é possível a incidência de tal situação, — eis o assunto do parágrafo a seguir.

2. *Da Jurisprudência como Costume Judiciário.*

A) *A jurisprudência como espécie de costume.* É à Escola Histórica do Direito, cujas expressões máximas são SAVIGNY e o seu discípulo PUCHTA, que se deve, no campo do Direito Científico, o realçamento da importância do Costume como forma de expressão do Direito Positivo. É bem verdade que não se pode aceitar como indiscutível a sua teoria da “vontade popular”, que funda o Direito Consuetudinário tão somente no uso inveterado e na “opinio necessitatis.” (v. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano*, vol. I, pgs. 97 e segs., trad. de SCIALOJA, Torino, 1886; PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, pg. 9, trad. de TURCHIARULLO, Nápoli, 1854), pois, com efeito, o seu verdadeiro

e último fundamento está, em suma, na própria *natureza das coisas* (v. FRANÇOIS GÉNY, *Op. cit.*, § 116, pg. 347). É certo também que a mesma Escola exagera a sua noção do costume, ao admitir, mesmo à face da conjuntura sócio-jurídica moderna, costumes derogatórios de leis. Já na sistemática do Direito Justiniano isto, a rigor, era impossível, e embora ainda hoje, se possam enumerar alguns costumes, que, na prática, são antiquadores de leis, o fato é que, se invocados em juízo, em países cujo sistema jurídico se assemelha ao do Brasil, êles não podem prevalecer ante as disposições expressas dos diplomas em vigor.

Mas não é possível negar a SAVIGNY e seus seguidores o importantíssimo mérito de, após cerca de dois séculos de “jus naturalismo”, em virtude de cujos postulados o Direito se deduzia “more geometrico” ter reconduzido a Ciência Jurídica ao senso da realidade objetiva dos fatos, realidade essa, da qual, indubitavelmente, são os usos e costumes a mais viva e autêntica expressão.

É também aos mesmos mestres que se deve a inclusão da Jurisprudência como uma verdadeira espécie de costume, ou, com suas próprias palavras, como “órgão do Direito Consuetudinário”, do mesmo modo que o Direito Científico (*Sistema*, I, pg. 109 e segs.; *Corso*, pg. 10, § XV e XVI), orientação essa posteriormente adotada por PLANIOL, LAMBERT e outros (v. *Traité Élémentaire*, I, pg. 7, nota 1), embora desenvolvida por êste, com base em outros fundamentos.

Conforme a Escola Histórica, a Jurisprudência é forma de expressão do Direito porque os especialistas, juizes ou juriconsultos, integradores, por assim dizer, de uma elite de conhecedores dos problemas jurídicos, ao emitirem suas opiniões, como que representam a consciência popular, em meio a qual se formou a sua mentalidade jurídica. Já segundo PLANIOL, que é o criador da Teoria Jurisprudencialista do Costume, o “usus fori” é “fonte” de Direito, porque é aos Tribunais que incumbe definir os costumes, e

sem o seu assentimento não exercem êstes nenhuma fôrça coercitiva.

Não obstante, no Brasil como no estrangeiro, autores há que não concordam com esta aceitação.

É o que sucede, por exemplo, com OSCAR TENÓRIO (*Lei de Introdução*, pág. 128, ed. 1955) e particularmente com FRANÇOIS GÉNY cujos argumentos são sobremaneira ponderáveis.

B) *Os argumentos contrários de FRANÇOIS GÉNY.* Em sua alentada e erudita monografia, — *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2 vols., de quase 900 páginas — que já de si é uma expressão daquilo que alguns anos depois iria preconizar nos quatro volumes do seu *Science et Technique en Droit Privé Positif*, alvitra cinco séries de ponderações contra a possibilidade de constituir a Jurisprudência, um costume “sui generis”, ou uma, como chama, “fonte formal” do Direito Positivo. São êles:

a) Os partidários da doutrina que o afirma não dizem em que medida e sob quais condições esta “fonte” “sui generis” se deverá impor ao intérprete;

b) As meras afirmações dêsses autores contrariam abertamente os princípios incontestáveis da organização constitucional da França (nesta matéria semelhante à do Brasil);

c) Não basta, para responder a estas objeções, fazer da Jurisprudência uma espécie de fonte costumeira. As decisões judiciais não constituem um verdadeiro costume jurídico, porque não encerram o *uso por parte dos interessados*, que forma o substrato essencial do Direito Consuetudinário;

d) Considerando-se a Jurisprudência como um costume “sui generis”, espécie independente e bem distinta, as exigências acima indicadas continuariam não satisfeitas;

e) Do momento em que se erigisse a Jurisprudência em “fonte formal”, positiva, ela continuaria sujeita a va-

riações e contradições, sem oferecer, por sua constituição mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica. (págs. 44-45, 48, nº II).

As quatro primeiras objeções encontram-se às págs. 44-45, do vol. II da obra citada, e a última à pág. 48, sendo que, ao reduzi-las a termo, procuramos usar as próprias palavras do autor. Passemos a ponderá-las.

C) *Refutação a GÉNY.* Quanto à objeção a) diremos de início, repetindo o que já foi asseverado no parágrafo anterior, que a condição primacial para que, em caráter de exceção, a Jurisprudência exsurja como preceito de Direito Normativo, é a de que preencha os requisitos de um verdadeiro costume judiciário. Com esta afirmação não caímos em petição de princípio, porque, isto posto, tudo quanto resta esclarecer é, em suma, o que se faz mister para que uma série de decisões jurisprudenciais se possa denominar costume.

Ora, o primeiro requisito do costume em geral, à face do Direito Constituído, — e esta afirmação é válida para o “*usus fori*” — é a de que não fira, como vimos, texto nenhum de lei expressa em vigor. O segundo, o de que seja conforme a reta razão, não seja um mero postulado, uma assertiva sediça, sem maior ponderação que a fundamente, mas uma conclusão intrinsecamente válida cujo preceito venha atender aos reclamos de uma lacuna do sistema jurídico. O terceiro, o de que, à força da sua própria necessidade sócio-jurídica, tenha encontrado na mente dos magistrados e dos colégios judicantes, uma aceitação comum, reiterada e pacífica.

Esmiucemos este último requisito.

A aceitação deve ser comum. Isto é, deve ser geral. Deve abranger o consenso daqueles aos quais é acometida a função de julgar.

A acolhida deve ser reiterada. Quer dizer: cumpre venha sendo repetida por lapso de tempo considerável, de

tal forma que, seja êsse prazo maior ou menor, não haja possibilidade de desviar-se da orientação assentada, sem que tal evidencie uma extravagância, uma anomalia, uma singularidade.

A adesão deve ser *pacífica*. Em outras palavras, é indispensável que, em meio à judicatura nacional, a matéria, quando aceita de modo geral a repetido, não o seja com ressalvas que possam por em dúvida a sua procedência jurídica.

Pensamos invocar um bom exemplo se mencionarmos as ações do nome na jurisprudência italiana, no regime do Código anterior, omisso sobre a matéria. No caso, vemos ainda a função educativa da Jurisprudência que, apoiada na Doutrina, deu lugar à consagração expressa do Direito ao Nome no Código Vigente (Código de 1942, art. 6 a 9).

Com referência à objeção b), ocorre ponderar desde logo que dúvida alguma existe a respeito do regime constitucional, quer da França, quer do Brasil, quer ainda de outros países de regime político-jurídico semelhante, onde os juizes, salvo excepcionalmente, não têm função de legislar. Já vimos ser êste, com efeito, o principal fundamento da impossibilidade de haver Jurisprudência “contra legem”.

Também não sairemos pela tangente, dizendo ser êste o caso de uma exceção implícita da Constituição, o que careceria de juridicidade.

O fato, porém, é que, a rigor, o costume, ordinariamente, é oriundo do povo, e êste, como tal, também salvo exceção, como no caso dos plebiscitos, não possui o “munus” legislativo. No entanto, não é possível negar a fôrça dos costumes gerados no seio do povo e por êle sancionados.

Assim também a Jurisprudência, quando ela assume os caracteres de um verdadeiro costume judiciário.

No que concerne à objeção c) parece-nos fácil ver como o fato de magistrados e Tribunais decidirem no interêsse

de terceiros não tira a oportunidade, nem, por vêzes, a necessidade da norma estabelecida para preencher as lacunas no sistema jurídico, ou para aclarar os seus pontos obscuros.

O costume judiciário não é a rigor um costume *de agir*, senão um *habitus practicus decidendi*, concernente a uma determinada classe, a dos magistrados, e que em virtude de sua procedência natural, em razão das injunções sócio-jurídicas que pedem uma norma de agir estável, preenchidos os requisitos já enumerados, se impõem à mente dos julgadores.

Com relação à objeção d) ponderemos três coisas: 1º a expressão “*sui generis*” nada diz por si, e, a nosso ver, deveria ser banida da terminologia dos especialistas, pois com isto se preveniria muita obscuridade, de um falso Direito Científico, que prefere o esconderijo das expressões vagas, ao labor de definir com a precisão possível os institutos jurídicos; 2º a jurisprudência realmente quando atinge a categoria de costume, reveste características próprias que a diferenciam do costume popular, fazendo-a constituir uma espécie diversa, mas de um mesmo gênero, a saber o costume jurídico, isto é, o costume que implica relações de direito, e não religiosas, morais (*lato sensu*), ou de mera sociabilidade; 3º as objeções anteriores parecem-nos suficientemente respondidas, e o fato de o costume judiciário apresentar elementos que o diversificam do extra-judiciário ou popular, não torna menos verdadeiras as ponderações acima alinhadas. Ele responde, do mesmo modo que o outro, àquelas mesmas exigências da *natureza das coisas*, vistas neste último pelo próprio FRANÇOIS GÉNY, e não há dúvida de que, em suma, é esta a sua precípua razão de ser.

Finalmente, no que diz respeito à questão e), é de se ponderar desde logo que uma Jurisprudência que apresente variações e contradições não se considera tal, para os efeitos de constituir uma forma de expressão do Direito Positivo. Não é uma Jurisprudência propriamente dita, mas, tão somente, uma série de “julgados”, “decisões”,

“arestos”, “máximas” cujo valor é por vêzes ponderável, mas sempre na dependência de criterioso reexame, e destituído de qualquer fôrça obrigatória. Com efeito, fácil é verificar como um acêrvo tal de manifestações do Judiciário está longe de enquadrar-se nos requisitos examinados, ao tratarmos da objeção a).

Quanto às variações, a que, após um certo período de estabilização e mesmo depois de consolidado o *costume judiciário*, estaria êste sempre sujeito, é de se ponderar que o costume popular nunca o está menos, de modo análogo ao que se passa com a própria legislação, cuja instabilidade, nas últimas décadas, tem assumido o caráter de verdadeira causa de decadência do Direito (Cf. GEORGE RIPERT, *Le Déclin du Droit*, Cap. VI, pg. 155, e segs., Paris, 1949).

Portanto, em conclusão, como vemos, nada há que impeça a formação de um verdadeiro *costume jurisprudencial*, capaz de atingir os caracteres de regra de direito obrigatório.

III. Das funções específicas da jurisprudência.

A face do que foi exposto, parece-nos que essas funções são fundamentalmente cinco, a saber: a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e e) rejuvenescer a lei.

Procuraremos elucidar cada uma das referidas atribuições.

A) *Interpretar a lei*. Conforme o conceito de CALDARA, “no campo do Direito, a interpretação é a definição do significado da norma jurídica”. (*Interpretazione delle Leggi*, pg. 5). Não desejamos reavivar aqui, por descabida, — a discussão referente à velha máxima, que já nos vem do Direito Romano, no sentido de que “interpretatio cessat in claris.”

O fato é que, por sua definição mesma, a lei é um preceito geral. “Commune praeceptum”, a denomina PAPINIANO,

repetido por HEINECCIO (*Recitationes*, pg. 37, § 73). E é evidente que, quando da sua aplicação ao caso concreto, é absolutamente indispensável um repasse do significado de cada um dos termos que a integram, sob pena de inadequado enquadramento da espécie.

Esse trabalho, de ordinário, salvo nos casos de diploma de promulgação muito recente, é já de antemão realizado pela Doutrina, à qual, num plano teórico-prático, mas sempre impessoal, também incumbe esmiuçar o sentido dos elementos de que as leis se compõem, e sobretudo, a aceção em que o legislador os desejou empregar. Mas, ainda assim, nunca é menor a importância da função interpretativa dos magistrados, porque não só, geralmente, inexistente uniformidade de opiniões por parte dos comentadores, e lhe é forçoso optar por alguma, como ainda, ao juiz, incumbe decidir segundo o livre convencimento, sendo-lhe facultada, desde que novas e mais fortes razões haja para isso, adotar uma orientação, ainda não consignada nos tratados.

B) *Vivificar a Lei*. Publicada no Diário Oficial, e, atingido o termo de início da sua vigência, a lei vem a constituir mais um preceito ou conjunto de preceitos que passam a integrar o chamado sistema jurídico.

A nova regra, para logo, entra a exercer uma certa influência no mundo dos negócios e relações jurídicas, pois o normal é os cidadãos procurarem agir de acôrdo com a lei. Mas, em não havendo divergência, a norma positiva sobrepára no mesmo plano alto e impessoal com que foi promulgada, e até muitas são as relações que se assentam, atuam e desenvolvem, à margem da lei, ou contra a lei. Ela permanece pois como uma roupagem, um molde, um protótipo, sem atuação efetiva e própria.

Surgida, porém, a controvérsia, é imediatamente invocada pelos interessados que podem resolver as coisas amigavelmente, ou por juízo arbitral; mas, sem dúvida, o mais das vêzes recorrem ao Poder Judiciário, que, interpretan-

do os preceitos jurídicos relacionados com o caso concreto, empresta-lhe o dinamismo que os torna vivos e atuantes.

Essa função é também, freqüentemente, exercida, pelos órgãos administrativos, mas, evidentemente, sempre em caráter provisório, ou precário, já que às partes é facultado recorrer aos detentores por excelência da função judicante.

A jurisprudência dos juízes e tribunais, é, pois, o fator preponderante de vivificação da lei.

C) *Humanizar a Lei*. Norma de ordem geral, a lei propriamente dita não visa a casos particulares; antes, há de constituir sempre uma regra ordenada ao Bem Comum. Por isso mesmo, ela não pode atender a minúcias, nem responder imediatamente às múltiplas gradações possíveis da relação jurídica que vem disciplinar. Um brocardo, apesar de sedição, e algo acaciano, exprime não obstante bem esse seu caráter: *dura lex, sed lex*.

Entretanto, a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser *dura*, mas *justa*; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o *bom* e a *equidade*: o direito, dizia o jurisconsulto CELSO, aplaudido por ULPIANO, “*est ars boni et aequi*”.

Ora, não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do Direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignoradas, claro se torna que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, arredondar as suas arestas, e, sem torcer-lhe a direção, adaptar a rigidez de seu mandamento às anfratuosidades naturais de cada espécie. É este, a nosso ver, a função jurisprudencial correspondente à equidade, a qual, no dizer de ARISTÓTELES, “é melhor que uma certa justiça” (*Ética a Nicômaco*, V, XVI; Cf. Sto. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theológica*, IIa., II æ., Quest. CXX, ed. de ALEXANDRE CORRÊIA, S. Paulo, 1937).

A Lei de Introdução ao Código Civil, consagra em seu art. 5º esse aspecto da missão de julgar, estabelecendo que

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*”. Do mesmo modo, o Código de Processo Civil, no art. 114, preceitua que: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fôsse legislador”. Num e noutro dispositivo, embora êste último esteja mais ligado àquilo que RUGGIERO e MAROI denominam *equità formativa* (*Istituzioni di Diritto Privato*, I, pg. 9, 7ª ed., Milano, 1948), vemos uma autorização expressa do próprio direito positivo, no sentido de que o magistrado pode usar, nos seus julgamentos, das moderações propiciadas pelo exercício dessa verdadeira virtude anexa à Justiça, a “*epieikéia*” dos gregos, a “*benigtas*” ou “*humanitas*” do Direito Romano e que, através do Direito Intermédio, onde se chamava “*aequitas*”, passou para nós com o nome de *equidade*.

Entretanto, como bem observa AGOSTINHO ALVIM, “a lei que recomenda a equidade, explícita ou implicitamente, de maneira a descer até à individuação, tal lei permite ao juiz a revelação do Direito. Mas, como o termo “legislador”, aplicado ao juiz, não lhe dá arbítrio absoluto, deve êle ter em vista o sistema legislativo e a moral positiva (moral que impera em dado tempo e lugar), para dêsse modo revelar o que “descobriu”, mas nunca o que haja “criado” arbitrariamente. (*Da Equidade*, in *Revista dos Tribunais*, 132, pg. 7-8).

D) *Suplementar a Lei*. O que acima vai dito, referente aos limites impostos ao magistrado, quando do uso da “*epieikéia*”, ao aplicar o Direito, não se choca com a inegável função, acometida à jurisprudência, de suplementar a legislação à face das suas inevitáveis lacunas.

Com efeito, em suma, o que não é possível é decidir “*contra legem*”. Mas, como foi visto, se, de um lado, em virtude de obrigação legal, ante a ausência de texto expresso aplicável, o juiz não pode eximir-se de julgar, — do outro, indeferir o pedido com base nessa simples circunstância, equivale a uma verdadeira denegação de justiça. Além

disso, a própria lei determina, em casos que tais, o socorro à analogia, ao costume, e aos princípios gerais de direito.

O Poder Judiciário, realmente, não é órgão legiferante, não lhe sendo dado outorgar preceitos a seu bel prazer. Muito embora, sob certos aspectos, isto também se deva dar com o Poder Legislativo, sob pena de perpetrar aquêles *monstra legum*, de que falava Vico o fato é que, com relação aos magistrados êsse dever advem de texto expresso, qual seja o do próprio art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, o poder criador do Juiz, já quando decida “secundum legem”, já quando “praeter legem”, não poderá jamais afastar-se daquela série de balisas impostas pelos três expedientes suplementares, indicados no mencionado preceito — a analogia, o costume e os princípios gerais de direito — cada um dêles a encerrar uma série de requisitos próprios, que cumpre não desatender da elaboração da *lex specialis* aplicável ao caso concreto.

E) *Rejuvenescer a Lei*. A esta altura, consideradas acima as quatro primeiras funções da Jurisprudência, podemos atinar bem com o significado daquele aspecto dramático de que, inegavelmente, ela se reveste.

Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra é a lei analisada, ativada, humanizada e adaptada pelo julgador. É quando as imprecisões se evidenciam, as incongruências emergem, as asperezas se realçam, e as falhas se tornam patentes.

Ao cientista, ao jurisconsulto, não há dúvida de que existe o *munus* de falar de princípios, de fidelidade e canones, e alta é a sua missão de zelar para que as instituições não se desfigurem, pondo a se perder as conquistas de milênios de estudos acurados. Entretanto, bem mais do que o prudente, a menos que êste seja um sociólogo e pesquisador contumaz, o julgador pode dizer da viabilidade

prática dos preceitos em vigor, bem assim das imperfeições com que, ao promulgar a regra normativa, o legislador, que nem sempre é um jurista, exprimiu o ideal de justiça que tinha, ou devia ter em mente.

Dai a inegável missão da Jurisprudência, de rejuvenescer a lei. Isto é, não só de, sem perder de vista a essência do preceito, ir adaptando-a à realidade social e às transmutações da vida cotidiana; como ainda, com isso, e mais, com críticas, sugestões, observações, que se façam sentir em trabalhos individuais, ou coletivos, fornecer, quer aos jurisperitos, quer ao Poder Legislativo, os elementos de reelaboração constante do sistema jurídico, para que este permaneça sempre ordenado àquele fim prático, objetivo e necessário para as leis de um país, a saber, a utilidade comum.