A Jurisprudência como fonte criadora do Direito

Abner C. L. de Vasconcelos

A lei é a fonte imediata do direito. Mas a jurisprudência é talvez a corrente mais rica da sua formação. Reflete a necessidade sentida ao contacto da vida real, sendo um fator eficiente na fixação dos princípios. Aliás, o direito universal não desconhece a influência decisiva dos julgados na criação do direito.

Windscheid tem como fontes do direito a lei e o direito consuetudinário, no qual estão incluídas as sentenças judiciais. (1)

Igualmente, para Clovis Bevilaqua, o pensamento não varia, visto o costume formar-se, de um modo refletido, pela jurisprudência dos tribunais. (2)

Seria esquecer a própria realidade dos fatos, em tôda sua fecunda sabedoria, não mencionar a jurisprudência como fator da produção do direito.

Cogliolo, em significativo e eloqüente capítulo sôbre a função jurisprudencial na criação das normas jurídicas, tem expressões do mais vivo entusiasmo quando lhe proclama a fôrça dessa verdade criadora. A quem estuda, diz êle, o direito civil, no seu desenvolvimento moderno, parece um fenômeno digno de nota o progresso de muitas teorias e a fecunda extensão de muitos institutos, devidos mais à jurisprudência quotidiana do que às pesquisas da doutrina. (3)

E justifica a sua conceituação, que é tôda verdade, ao dizer que a doutrina continua constantemente a debater-se em tôrno de clássicas e tradicionais questões, e o escrúpulo da exatidão a impede de afoitar-se à novidade; enquanto, ao contrário, a jurisprudência, sob o impulso das necessidades concretas, rompe a filiação lógica dos princípios e resolve com a eqüidade os casos práticos que lhe são propostos. (4)

---

(1) *Pandete*, vol. 1°, §§ 11 a 15.
(2) "Teoria Geral", intr., n. 22.
(3) *Scritti Varii*, pág. 385.
(4) *Cogliolo — op. et loc. cit.*

Carlos Maximiliano, inscrevendo-se entre os partidários da jurisprudência adiantada, consentânea com o progresso universal das idéias jurídicas, segundo suas próprias palavras, invoca o testemunho de Perreau nestes conceitos de elevada significação:

O poder da jurisprudência para interpretar a lei é de tal modo extenso, a riqueza dos seus processos tão variada, muitas vezes as fórmulas empregadas pelas nossas leis civís são tão largas, ou então os seus diversos textos se limitam mùtuamente de tal maneira, que os tribunais possuem pràticamente um Direito muito aproximado do da abrogação ou derrogação. É que interpretar a lei representa o domínio principal e próprio da jurisprudência e a sua obra a êsse respeito é considerável.

Códigos mais que centenários são evidentemente transformados quase totalmente, por uma jurisprudência emanada de uma corporação respeitável. (5)

Como bem acentuou Jean Cruet, o juiz não tem de se fazer oficiosamente o diretor da consciência jurídica da nação; e deve ser tão sòmente o servidor imparcial da utilidade social apreciada de um modo objetivo. (6)

O consagrado crítico francês, depois de apreciar o papel do juiz e o direito de legislar, o respeito fictício do direito consagrado, a ação renovadora da jurisprudência francesa, a lógica judiciária e a interpretação automática dos textos, a casuística judiciária e o sentido evolutivo das leis e a jurisprudência iniciada do direito novo, — cai em voluntário antagonismo.

Enaltece a fôrça renovadora do direito proveniente dos julgados e tem ao mesmo tempo palavras de reservas relativamente aos juízes, quando exorbitam dos limites das *leis* para cair nos domínios legislativos. (7)

Não é que os juízes queiram por vontade própria invadir a esfera legislativa e arvorar-se de uma delegação política outorgada a outro poder.

Mas, contra o imperativo das realidades construtoras, não há fugír.

As leis visam ao bem público e ao interêsse do homem em particular. Mas os seus efeitos variam com a sucessão do tempo; feitas para uma época, já não se adaptam ao progresso que lhe sobrevém. E como não sofrem alteração legislativa, os tribunais, em contacto com as realidades da vida, para que me-

---

(5) *Carlos Maximiliano* e *Arq. Jud.*, vol. 32. pág. 169.
(6) *Jean Cruet*, "A vida do direito e a inutilidade das leis", Cap. III, § 11, n. 2.
(7) *Jean Cruet* — op. cit.

lhor façam fecundar á Justiça, são forçados a dar-lhes um novo sentido. Com isso, vão rasgando outros horizontes ao direito, servindo à doutrina, em despertar novos estímulos a teorias jurídicas, mas sobretudo cumprindo o seu dever máximo de circunscrever cada indivíduo ao *gôzo* dos seus legítimos bens jurídicos.

Não se malsine dos tribunais por olharem a vida através dêsse prisma superior da Justiça, ainda que se modifique o espírito objetivo das leis. Subentende-se, porém, que o legislador, sempre voltado para o bem geral, se chamado a regular hoje a matéria da lei elaborada no passado, não perderia o sentido da necessidade atual. E, assim, dá-se à lei o influxo de um aspecto diferente, em benefício da sociedade e do estado.

A ação atual e justa dos tribunais não pode deixar de constituir um dos fundamentos do direito nacional. O exemplo dos séculos está cheio de experiências jurídicas.

A lição fecunda dos pretores romanos, em sua função criadora do direito (8), não representa um mero incidente histórico. Ainda que em menor escala, reproduz-se entre os povos mais cultos, por fôrça de uma exigência imperativa. É o próprio legislador moderno, na impossibilidade de incluir nos códigos e nas leis todos os dispositivos que atendam às infinitas necessidades da vida jurídica, quem arma o judiciário do poder de completar-lhes a lacuna e ditar a norma omissa, como se legislador fôra.

Com tais verdades, que não sofrem contradita, já não é lícito recusar à jurisprudência o constituir uma das parcelas formadoras do direito, já por traçar à lei o conteúdo do seu pensamento atual, já por lhe completar as normas reguladoras dos atos humanos.

Não é, porém, intuito meu demorar-me na demonstração de uma verdade que tem por si, a ampará-la, autoridades tão elevadas na doutrina do direito. (9)

O que convém salientar é que, se em países de intenso rigor cultural, como a França e a Itália, o ensinamento dos arestos representa o fudamento de ricas afirmativas doutrinárias, entre nós o fenômeno social é completamente diverso.

Em outros países, como a Inglaterra e os Estados-Uni-

---

(8) *Abelardo Lobo*—"Curso de Dir. Romano", 1°, pág. 171, *Gaio*—"Com." 1, § 6; *Porchat*—"Dir. Romano", n. 336; *Acarias*—"Droit Romain", vol. 1°., ns. 19 e 20.

(9) Vide mais José Tavares—*Os Princípios Fundamentais do Dir. Civil*, n. 60, pág. 126; Colin et Capitant, vol. 1°., §§ 2.° e 3°.; Valverde y Valverde—*Trat. de Dir. Civ., lug.* e vol. 1°., pág. 71; Orlando, que estende ao direito público a influência da jurisprudência como uma das fontes criadoras—*Principes de Droit Public*, ns. 56 e 171, nota; Garvitch—*L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935, p. 143, *in* E. Espínola e Filho, *op. cit.*, pg. 447.

dos, o prestígio da jurisprudência dos tribunais, como salientam E. Espínola e Filho, assume tão grande importância, que leva a se lhe reconhecer a função de regular as relações jurídicas em casos semelhantes aos precedentes.

Não se pode desejar maior exemplo de fonte caiadora do direito.

Entre os escritores, longe de ser desdenhada a sábia lição dos julgados, ela aparece como a razão de ser das maiores construções doutrinárias.

Um dos livros, por exemplo, de mais ampla repercussão no direito moderno, é o *Tratado das Obrigações em Geral*, de René Demogue. E a justificação de quase tôdas as suas afirmativas repousa numa riquíssima galeria de julgados dos tribunais. É a própria glória da jurisprudência francesa, realçada através da doutrina. E Clovis Bevilaqua, em páginas eloqüentes de crítica, enaltece a obra magistral do civilista francês como uma das produções mais valiosas do direito contemporâneo, fazendo salientar o material substancioso de que ela deriva (10). Aliás, em regra, os autores franceses rendem sempre essa homenagem à jurisprudência, como forte elemento da evolução jurídica. Basta citar, entre êles, Aubry e Rau, que são os mais consagrados mestres do direito civil. (11)

O moderno tratado prático de Planiol et Ripert não tem outra fonte de ensinamentos, senão a lição fecunda dos julgados. E o prestígio da obra não se discute, mesmo despida do véu de erudição que a sua índole não comporta.

Na Itália, pátria primitiva do Direito, os autores têm a mesma fascinação por essa fonte reconhecedora dos princípios jurídicos. São os tribunais iluminando a doutrina e inspirando os legisladores. Pela própria necessidade da justiça, êles adaptam as leis às exigências da vida moderna. Os escritores salientam os princípios novos que passam a enriquecer o patrimônio da doutrina. E o legislador, então, em última análise, corporifica em lei as novas aquisições do direito.

É a Justiça criando as normas para os casos particulares e o legislativo generalizando a conquista jurídica realizada pelos tribunais, sem prejuízo das outras fontes inspiradoras.

Embora seja incontestável o poder dos julgados na estabilidade da ordem jurídica e na fixação do direito positivo, nem por isso, entre nós, o aprêço que lhe dá a doutrina está na razão direta do seu justo valor. Entretanto, abram-se os repositórios judiciários, as imensas coleções de julgados, os livros pessoais

---

(10) *Rev. de Crit. Jud.*, vol. XVI, págs. 154 e segs.
(11) *Droit Civil*, 5ª. ed.

dos juízes, tôdas as publicações que salientam os proficientes labores da Justiça, e ver-se-á o extraordinário índice jurídico dos tribunais. São páginas memoráveis de pesquisas psicológicas do direito, que guardam um precioso patrimônio científico. Mas essa riqueza cultural quase que sòmente é salientada nas lides forenses, com fins tendentes à obtenção do triunfo judicial, mas sem intuito de que tais lucubrações jurídicas adquiram as proporções de princípios que se incorporem ao acervo do direito positivo.

O Supremo Tribunal Federal guarda uma jurisprudência que granjeia foros de reputação gloriosa. Contando com grandes cerebrações de vultos que passaram pelo alto pretório, orgulha-se dos seus trabalhos jurídicos, — que fazem época na história da vida nacional.

Assim, muitos e muitos outros tribunais do País se ostentam na dianteira do ingente labor de construir, com a experiência dos casos concretos, normas diretoras do direito.

Os tribunais do Distrito Federal, de S.-Paulo, Minas, Rio-Grande do Sul, do Ceará, e tantos outros, em que a intensa vida econômica mais favorece a pesquisa das realidades jurídicas, sempre contaram com grandes juízes, que deixam obra judiciária notável. Para que, porém, essa obra tenha a significação de uma fôrça criadora do direito, é preciso haja traçado rumos jurídicos novos, preenchendo lacunas legislativas. Haja vista, por exemplo, no setor do direito público, a admissão do *habeas-corpus* como garantia de bens jurídicos que só remotamente tinham relação com a liberdade, e que fêz época no cenário político nacional; a admissão da culpa presumida das emprêsas de tranporte nos casos de indenizações; a aceitação dos seguros de vida, antes da sua inclusão em lei, fonte de extraordinárias garantias econômicas para a sociedade; a extensão, a todos os casos de transporte, da legislação ferroviária; o alargamento das hipóteses de reïvindicação na falência, quando inspiradas nas mesmas razões de direito; e tantos outros casos, em que a ausência de lei expressa não tem constituído obstáculo à decretação judicial de princípios reguladores.

Não é possível ocultar a influência vivificante dos julgados, que constituem correntes jurídicas formadoras do direito.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com os autores franceses e italianos, ingleses e americanos, os nossos juristas não registram nos seus tratados, em regra, os arestos da nossa jurisprudência. A nossa doutrina, quase que só se socorre, em sua maior parte, de autores estrangeiros, ainda que êstes vão buscar nos julgados de suas pátrias uma parcela do rico manancial com que apoiam as suas afirmativas.

Nós, juízes, não vacilamos em fundamentar a motivação

dos nossos julgamentos na doutrina dos expositores, como forma insuspeita da existência dos bons princípios.

Embora seja essa mesma doutrina grandemente inspiradora da jurisprudência, esta lhe dá o prêmio da sua aprovação, aumentando-lhe o valor. Nem por isso cresce aos olhos dos doutrinadores, como se ela não constituísse uma das causas geradoras do direito objetivo.

Contra o silêncio dos escritores, que é uma injustiça feita à própria Justiça, nada se levanta que o explique! Escrevendo o seu opulento *Direito das Cousas*, na segunda metade do século passado, Lafayette teve expressões exatas acerca do valor da jurisprudência na transformação do direito, mas reduziu à expressão mais simples a significação jurídica dos julgados dos tribunais brasileiros, sem consistência, caracterizando-os a mais assombrosa variedade na inteligência e na aplicação do direito. Um acervo informe de contradições e incoerências, muitas vezes a negação das doutrinas mais conhecidas e dos princípios mais certos, tal jurisprudência tinha, conclue êle, todos os defeitos e tôdas as singularidades das criações que são antes a obra do instinto cego à mercê de influências acidentais e passageiras, do que o produto da razão humana, iluminada pela ciência e pela discussão. (12)

Isso, porém, foi dito, com excessivo rigor, numa época de pobreza cultural, em que o direito romano, com tôda a sua imensa riqueza jurídica e tôda a sua espêssa dificuldade, e a confusa legislação reinícola constituíam a principal razão de ser da nossa atividade nos domínios do direito.

Mas a essa fase caótica sucedeu uma época de florescência do direito pátrio. Grandes livros de doutrina enriqueceram o nosso acervo bibliográfico, em que se destacaram Teixeira de Freitas, Lafayette, Paula Batista, Ribas, Tobias Barreto, João Monteiro, Lacerda de Almeida, Coelho Rodrigues, Clovis Bevilaqua, Rui Barbosa, os dois Carvalhos de Mendonça, Eduardo Espínola e tantos outros. Notáveis professores fizeram irradiar grandes luzes da cátedra, imprimindo outro rumo aos estudos jurídicos. O longo período de elaboração do Código Civil serviu de germinação a uma rica plêiade de juristas, que tanto iriam distinguir-se mais tarde. Essa auspiciosa expansão do direito fatalmente teria de refletir-se no espêlho judicial.

Os tribunais foram enriquecidos de uma falange de grandes juízes, que aliavam à ilustração uma nobre firmeza de ânimo e um alto sentimento do direito. Daí, a transformação radical da nossa jurisprudência. Por tôda parte surgiu um pronunciado

(12) *Lafayette, op. cit.*, intr., pág. IX.

estímulo, de que resultaram ricos julgados e notáveis investigações. A doutrina veio a ostentar livros de grande valor, concorrendo para o desenvolvimento do nosso patrimônio jurídico. Aliás, doutrina e jurisprudência, diga-se de passagem, representam manifestações elaboradoras do direito, marchando paralelas para êsse objetivo. É que, embora variando a classificação, atribue-se igualmente aos trabalhos dos escritores papel de fôrça criadora do direito. (13)

Mas nem todos os jurisconsultos colocam a jurisprudência entre essas energias reveladoras do direito. (14)

Reconhecem-lhe apenas a função interpretativa da lei, como se nisso não estivesse o poder complementar das suas falhas e omissões. É verdade que a projeção jurídica dos julgados, por mais reïteradas que sejam as suas afirmações, sofre sempre os efeitos da mobilidade, por que outras razões de direito podem mudar-lhes a orientação. Mas a isso está também sujeita a própria lei, como ato humano que é: pode ser por outra alterada ou substituída. São demasiadamente rigorosos Eduardo Espínola e Filho quando dizem que a jurisprudência dos tribunais não é considerada nos sistemas atuais de direito objetivo como verdadeira fonte. E, embora reconheçam que escritores lhes conferem essa importância, acrescentam que, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais sôbre os casos submetidos à decisão dos tribunais, não é lícito afirmar que constituam fonte de direito objetivo. Isso, por que ao juiz é sempre possível decidir contra uma série de julgados uniformes, contra uma jurisprudência constante, se sua convicção jurídica o levar a uma solução diferente. (15)

Mas são os próprios autores que proclamam, ainda quando se refiram a outros países, haver decisões revestidas de certo caráter de solenidade que se impõem à consideração dos julgadores em casos ulteriores (16). Contudo, no Brasil, mesmo nos casos de julgados do Supremo Tribunal, reveladores de direitos que não transparecem imediatamente de textos legais, a essa jurisprudência não se atribue a qualidade de fonte formadora de norma jurídica.

Nem por isso se apaga a realidade do fenômeno social, em tôda sua significação.

O prestígio do nosso direito não está ùnicamente no des-

---

(13) *Teoria Geral do Direito*, Intr., n. 22; Colin et Capitant, *op. cit.*, § 3.º, n. 26; José Tavares, *loco cit.*

(14) Eduardo Espínola e Filho—*Trat. de Dir. Civ.*, vol. 1.º, pág. 442; Clovis Bevilàqua—op. cit.; Rugiero—Inst., vol. 1.º, § 12.

(15) *Trat. de Dir. Civ.*, vol. 1.º, pág. 44.

(16) Espinola e Filho, *ibidem.*

envolvimento da doutrina, mas também na elevação do modo como se comporta a inteligência dos tribunais, em face da legislação e dos princípios jurídicos em que a mesma se apoia. No sistema do direito nacional, refletem-se tôdas as correntes que convergem para a sua fixação. Sem isso, a análise será sempre incompleta, necessitando da retificação serena, em que não falte sentido científico e espírito de imparcialidade.

Não deve ter outra concepção a doutrina dos escritores, com relação ao reconhecimento do valor específico da jurisprudência.