

FUNÇÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

MARTINHO GARCEZ NETO

Desembargador aposentado TJ/RJ. Professor da EMERJ

A função criadora da jurisprudência é uma conquista dos tempos modernos e um postulado indestrutível do progresso jurídico. Durante muito tempo, entretanto, vigorou o feiticismo legal, o culto exagerado da norma concreta, em sua mera exterioridade verbal, como se o seu frágil invólucro encerrasse todo o direito. Empolgados pela sistematização da escola exegetica, os juristas do século XIX consideravam o direito como uma ciência meramente dedutiva e interpretativa da vontade do legislador – *voluntas legislatoris* e, não *voluntas legis*. A norma legal, sob a égide desse romantismo jurídico, era tudo ou quase tudo para os teóricos do método de interpretação. Não vacilaram os vexilários de tão estranha religião em comparar o jurista ao geômetra, a exemplo de LIARD, para quem a educação jurídica era puramente dialética, e que, reduzindo o direito à lei escrita, sustentava que os artigos de um Código são apenas teoremas, de que se trata de demonstrar a ligação e tirar as últimas conseqüências. Viveu, assim, longo e sombrio período, de trevas e cegueira, em que todos alimentassem a ilusão de que o legislador é o criador de todo direito, para de onde derivou outro erro ou ilusão ainda maior, qual a de que o juiz deve tirar todo o direito compreendido na lei, em cega obediência ao seu mandamento. E, por isso, em 1810, o velho PROUDHON se permitia proibir aos juízes de caluniar a lei, ou transformá-la naquele odre vazio, no dizer incisivo de GENY, que cada um enche a seu talante. Inapercebidos, ainda, da ação inovadora e fecunda da prática judicial, e, desatentos, “*malgré tout*” a essa colaboradora constante e inevitável do juiz, que ajusta a norma objetiva ao caso concreto, os turiferários da visão exegetica do direito, receosos de verem o aplicador da regra jurídica invadir a competência do legislador e esbulhá-lo de suas atribuições, negando a lei, sob a desculpa de lhe dar fiel cumprimento, não se mostravam ainda muito distanciados dos profetas da Revolução, que, à semelhança de ROBESPIERRE, anunciavam que para

um Estado que tem uma legislação, a jurisprudência dos Tribunais não é senão a própria lei. Repelindo, mesmo, qualquer contribuição do juiz, por menor que fosse, para que não vingasse sequer a idéia subversiva de um *legislador suplente*, os adeptos da Escola tradicional não recuaram diante mesmo de um extremado e inócuo subjetivismo, caracterizado numa vã procura da vontade do legislador, como se a lei não fosse mais sábia do que o seu próprio autor, e como se “a lei feita pelo juiz” não apresentasse também um caráter eminentemente científico. Esquecidos de que o direito se renova constantemente, num movimento de sinergia com a evolução dos tempos, com o ritmo do progresso e com as transformações incessantes da vida social, esses critérios racionais revelavam a sua crença pueril na imutabilidade dos Códigos, como um novo *Napoleão*, que exclamasse, ante os comentários e interpretações dos textos legais: “O meu Código está perdido!”. Preocupados com a concepção que forjavam do direito, como uma *ciência exata ou precisa*, esqueciam-se de que ele, é, antes de tudo, como o qualificou NAST, *uma ciência da vida*.

Natural é que vissem, no juiz, como aconteceu com MONTESQUIEU, apenas e simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força, nem o vigor. Reduziam, então, o intérprete e aplicador oficial da norma legal a um ser monstruoso, sem alma, nem coração, praticamente, sem inteligência e sem sentimento, petrificado em “ente inanimado”, como se o juiz não fosse, como demonstrou CRUET, na realidade, “a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo, que investe contra as fórmulas caducas do direito tradicional”.

Aliás, o grande erro da Escola exegética ou do método tradicional de interpretação foi olvidar a *influência natural da lei*, a que se refere COSTE-FLORET, abordando os “Problemas Fundamentais do Direito”; não só porque a lei não pode tudo prever e contenta-se em estabelecer um princípio geral, sem pretender aplicá-lo à infinita variedade dos casos particulares, que é tarefa de interpretação, e, pois, dos Tribunais; como, ainda, porque a lei não acompanha a evolução dos fatos e torna-se incapaz de atender as novas necessidades, surgem com as incessantes evoluções sociais, econômicas e morais, e que somente o trabalho engenhoso de acomodação da jurisprudência é capaz de atender. Mesmo aqueles que mais perto da nossa época, repetem, embora em outros termos, a afirmação de MONTESQUIEU, como faz MARSHALL, no caso *Osborne versus Bank of United States*,

asseverando que o poder judicial nunca é exercido com o propósito de dar efeito à vontade do Juiz, mas, sim, o propósito de dar efeito à vontade da lei, mesmo estes se encarregam de contrariar o *ideal* ou *padrão* de que se fizeram paladinos. A própria carreira de MARSHALL, como observou o notável BENJAMIN CARDOSO, foi sempre um desmentido prático, uma refutação objetiva da teoria que ele advogava. Um homem que encheu a sua época e que foi sempre um ferrenho adversário dos despotismos, sem temer a instituição de um novo despotismo, o do judiciário, dúvida que poderia insinuar-se no espírito dos mais tímidos, afirmou perante o Congresso dos Estados Unidos, esta verdade resplandecente: “Os principais legisladores do nosso país devem ser, e freqüentemente o são, os Juizes, porque eles são o último assento da autoridade. Cada vez que interpretam contratos, direitos da propriedade, direitos adquiridos, o processo legal competente, as liberdades, eles, necessariamente, dão força de lei a partes de um sistema de filosofia social, e, como tal interpretação é fundamental, eles é que dirigem toda legislação.

As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social; e nós devemos em grande parte o progresso pacífico do nosso povo, durante o século vinte, àqueles Juizes que se apoiaram numa filosofia econômica e social do século XX e não numa filosofia cujo desenvolvimento vem de longe e que foi produto de condições econômicas primitivas.

O que é, realmente, a norma legal, a regra jurídica, do direito positivo, antes de fecundada pela interpretação judicial e de sua adequação ao caso concreto? E como poderá o juiz evitar que, ao lhe dar a verdadeira inteligência, ao aplicá-la, guardando a maior fidelidade ao texto ou à sua aparente significação, que essa interpretação ou aplicação não reflita as próprias aspirações, convicções e filosofias do Juiz, ou, quando consiga vencê-las, não sofra a influência das aspirações, convicções e filosofias dos homens e mulheres do seu tempo, como se o magistrado vivesse dissociado do meio e do tempo, enclausurado numa torre de marfim?

Focalizando os *moderni Problemi del Diritto*, o Professor LUIZ FERRARA, da Universidade de Nápoles, embora combata a tendência *modernista* inaceitável, da livre criação do direito, mostra-se adepto fervoroso da tendência *moderna*, louvadíssima, da interpretação *evolutiva* do direito, que reconhece justificar a obra inovadora da jurisprudência, na interpretação do direito positivo. Ao ver de FERRARA, a redação legislativa caracte-

riza-se por uma certa *permeabilidade*, que permite dar conteúdo novo à fórmula caduca: toda a antiga tortura silogística, árida e exasperante, sobre a exterioridade formal dos textos legais, foi ultrapassada. A aplicação quase geométrica dos critérios não corresponde à dútil flexibilidade de adaptação da norma abstrata às concretas exigências da realidade das relações: o direito passou a ser considerado como reflexo íntimo e trabalhoso das necessidades da vida prática.

Eis porque o Juiz moderno não é mais aquele *parvenu* do modelo arcaico, mas *um homem do povo*, que vive em contato íntimo com as realidades circunstantes, substanciais, da vida, sentindo as solicitações do meio e da época, reagindo aos conflitos individuais ou às lutas sociais, com as suas idéias, convicções e filosofias, cuja influência não ficará indene a interpretação ou aplicação da norma, na composição dos mesmos conflitos e na pacificação social que é o último *rateio do direito*.

O reconhecimento de que o método tradicional reduzia-se a uma ficção estéril, que se assentava em bases artificiais, vinculadas ao culto do texto, a sua “grande tara”, no expressivo dizer de GENY, trouxe como conseqüência fatal, inexorável, a intervenção ativa da jurisprudência, elaboração ou criação do direito. Reconhecido ser impossível para a lei de ter a marcha evolutiva do Direito, a solução não podia ser senão esta, já expressa na fórmula incisiva de SALEILLES, “ir além do Código, mas salvar o Código”. E esse papel que GENY confiava à *livre investigação científica*, os juristas da época atual o entregam aos Juízes, ou, em outras palavras, à *jurisprudência dos Tribunais*.

Esse papel ativo do Juiz, na elaboração do Direito Novo, não descamba, entretanto, para o arbítrio, nem a tarefa que lhe é confiada, com aquela finalidade, não autoriza a aceitação de um *direito livre*, como o concebia KANTOROWICZ, pois a sua admissão conduziria à anarquia mais completa, em que os direitos e liberdades, privados ou públicos, jamais estariam a salvo de lesões irreparáveis. Apenas a deixou de ser expressão definitiva e racional do direito um princípio absoluto que a realidade não pode, de modo algum, contrariar, perdendo interesse o estudo exclusivo da letra da lei, ou dos Códigos, artigo por artigo, porque, na atualidade, reconheceu-se CARBONE, muitas vezes é impossível, de maneira absoluta, impedir que a jurisprudência assuma a função criadora. “Desapareceram os moldes rígidos e imutáveis, que, em verdade, amortalhavam o direito”. Afinal, permitiu-se que a jurisprudência seja considerada como a mais moderna fonte do direito, ao lado da doutrina, e, até, merecendo preferência sobre esta, de juristas

do vulto de PLANIOL, RIPERT, JOSSERAND e ESMEN. Este último, via uma lei *real e positiva* na jurisprudência, na qual fazia repousar todo movimento jurídico contemporâneo, do Direito Civil. E não faltava razão a CAPITANT quando, focalizando o papel relevante da jurisprudência, para ele, verdadeiro Direito costumeiro moderno, em estado latente, às vezes só fragmentariamente percebido, outras, ignorado, reconhecia como uma das principais funções do jurista, na hora presente, interpretar o Direito Jurisprudencial, que no dizer pitoresco do civilista gaulês “completa, enriquece, modifica e reclama de vegetação nova o Direito escrito, consubstanciado nos textos legais”.

Mesmo o antagonismo que, a princípio, pareceu existir entre a doutrina e a jurisprudência desapareceu, pois, o que se observa é que a doutrina tomou a seu cargo justificar as soluções definitivamente admitidas pela jurisprudência. Deu-se, afinal, a reconciliação entre a “Ecole” e o “Palais”, ou, em outras palavras, reconciliação entre os teóricos e os práticos, desde que removido foi o grave divórcio que cindia o estudo e a aplicação do Direito. Este, será um só, quer se o ensine nas Faculdades, quer se o pratique nos Pretórios.

Compreendeu-se, finalmente, a vantagem de se salvarem os velhos Códigos, com as modificações ou suplementações introduzidas pelas chamadas Leis Extravagantes, reservando-se à jurisprudência, esclarecida pela doutrina, e, por vezes, nela inspirada, a tarefa de considerar o conteúdo dos textos, e reparar as brechas do edifício, até que a obra revisionista se imponha inadiavelmente, como pensam CAPITANT, ROGUIN e LAMBERT.

A jurisprudência teve, finalmente, a reparação que merecia, e foi reconduzida ao lugar que realmente exerce como força ou elemento renovador do Direito. E pode-se afirmar, sem exagero, nas pegadas de BRUNO DUCATI, que ela assumiu posição capital na ciência do Direito, como instrumento principal, que realmente é, da reforma legislativa, cujo advento prepara e anuncia. E se o juiz ainda deve ficar escravo do texto em matéria de leis construtivas, como pois pensa DE PAGE, já a sua independência é total quando a interpretação versa sobre lei normativa, pois, então, a sua finalidade é satisfazer as exigências da realidade, e, para isso, é que a jurisprudência deverá desempenhar papel ativo na elaboração da regra jurídica. A revolta contra o Código não é apenas dos fatos, mas, também, do Direito, e revela através da revisão necessária dos conceitos jurídicos, sobretudo em matéria de contrato, de responsabilidade e de propriedade, que a jurisprudência prepara e por vezes consuma, de tal forma que o direito positivo atual, e

que deflue das leis novas e da jurisprudência, está muito distanciado dos principais individualistas que inspiraram a nossa codificação, exatamente como aconteceu, prioritariamente com a francesa, com a alteração de uma palavra ou linha do texto vetusto.

Ao lado do direito codificado, a lei formou - no dizer de SAVATIER - o direito fixado pela jurisprudência, com a vantagem de estar mais identificado com os fatos de que o legislador, motivo por que, as soluções dos Tribunais inspiram-se diretamente nas necessidades da vida, e são, muitas vezes, menos teóricas e mais objetivas do que as do legislador. Sem se aferrar ao critério tradicional, para o qual aplicar a lei não será senão *subsumir o caso jurídico concreto ao preceito legal, e aplicar-lhe silogisticamente, a solução nele prevista*; e sem descambar para os excessos da *Escola do Direito Livre*, que pretendeu conferir ao Juiz do século passado, uma nova doutrina, de filiação hegeliana, exposta, já, em termos definitivos por BULOW e que se desdobra até os nossos dias, sob o patrocínio de KELSEN e da chamada Escola Vienense. O primeiro autor, iria numa síntese do seu pensamento, lançar este postulado revolucionário: “não somente a lei, senão a lei e a função judicial são as que dão ao povo o seu direito”, e que permitiria, a MORTARA, afirmar que a sentença, sem importar em “novação”, constitui uma verdadeira “novidade”, de grande alcance, não apenas individual, mas, também social, pois que exerce sobre a vida do direito ação muito superior a que é comumente resumida nos chavões clássicos: atestar o direito, sancionar o direito, assistir ou socorrer o direito.

Nessa nova concepção, como observa COUTURE, a sentença é algo semelhante a uma nova lei: a lei especial do caso concreto. Finalmente, chegaria a vez de CARNELUTTI, em desdobramento genial, anotar que a lei e a sentença são mandatos distintos da ordem jurídica, mas, com a característica de que norma material só se converte em *mandato verdadeiro*, ou *completo* mediante a *sentença de acertamento*. E KELSEN e seus discípulos não têm feito senão mostrar que *aplicar* uma norma, *individualizar* uma norma, é *criar uma norma individual*. Sem dúvida, se o juiz não é máquina automática de subsumir, também não é legislador, ou criador de normas gerais: está submetido à lei e tem que a aplicar ao caso concreto. Mas, como a lei, por muita estrita que seja, dá sempre uma certa margem de liberdade, porque sempre possui uma dose de indeterminação, o Juiz, ao aplicar a norma geral, cria uma norma nova, não geral, mas individual; em todo o caso, uma norma que apresenta um *plus* ao conjunto da ordem

jurídica, que tem, frente à relação individual que regule e frente aos atos executivos, que irão converter-se em realidade, o mesmo valor autárquico de exibibilidade que possui a norma geral frente a todos os órgãos jurisdicionais encarregados de sua aplicação e frente a todos os homens que hão de ajustar sua conduta a seus preceitos.

A sentença judicial, segundo o resumo de LAGAZ Y LACAMBRA, como norma individual, não é só uma operação lógica de individualização, senão um ato de criação que implica, dentro de certos limites, “um ponto de vista sobre a justiça”, uma valorização, e, em síntese, um ato de eleição, que não é já operação lógica, senão ato criador, no sentido de que o Juiz não cria normas jurídicas de caráter geral, nem pode fazê-lo, na medida em que atua como juiz, pois, em verdade é autêntico criador do Direito, um legislador suplente, quando concretiza norma individual, quando se desata em toda plenitude a sua participação no processo dinâmico de criação da ordem jurídica.

A marca saliente da civilização jurídica contemporânea, refletida nos trabalhos marcantes de RADBRUCH, MERKL, REGUSA, BETTI MIGLIORI, COSSIO, e muitos outros, é, justamente, a que restaurou a *função criadora da Jurisprudência*.¹ ◆

¹ Literatura resumida e acessível. Lambert – **Le gouvernement des juges**, Paris, 1921; De Page – **A propos du gouvernement des juges**, Bruxellas, 1931; Roche – **Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence**, Paris, 1963; A Maurin – **Le rôle créateur du juge**, Paris, 1938; Noel Henri – **Les Gouvernements de Fait devant le juge**, Paris 1927; F. Clemente do Diego – **La jurisprudencia como fuente del derecho**, Madrid, 1925; Mallieux - **L'Exégese des Codes**, Paris, 1908; B. N. Cardozo – **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito** (trad. port.) 1956; A. V. Fernandez - **Funcion Creadora del juez**, Bs As, 1970; Mario Guimarães – **O Juiz e a Função Jurisdicional**, Rio, 1958; Radbruch, Schmidt e Welzel – **Derecho injusto e derecho nulo**, Madrid, 1971; F. Ferrara – **Interpretação e aplicação das leis**, trad. port. Coimbra, 1963; **Les Méthodes Juridiques** – Autores diversos, Paris, 1911; G. Ripert – **Les Forces Créatrices du**, Paris, 1955; Limongi França – Jurisprudência, “vb” no **Repertório Enc. do Dir. Bras.**, v. 30, p. 293/4 e 294/5; V. Nunes Leal – “Funções normativas dos órgãos judiciários”, *in Ver. For.*, v 117.