

ÂNGELO JORDÃO, filho

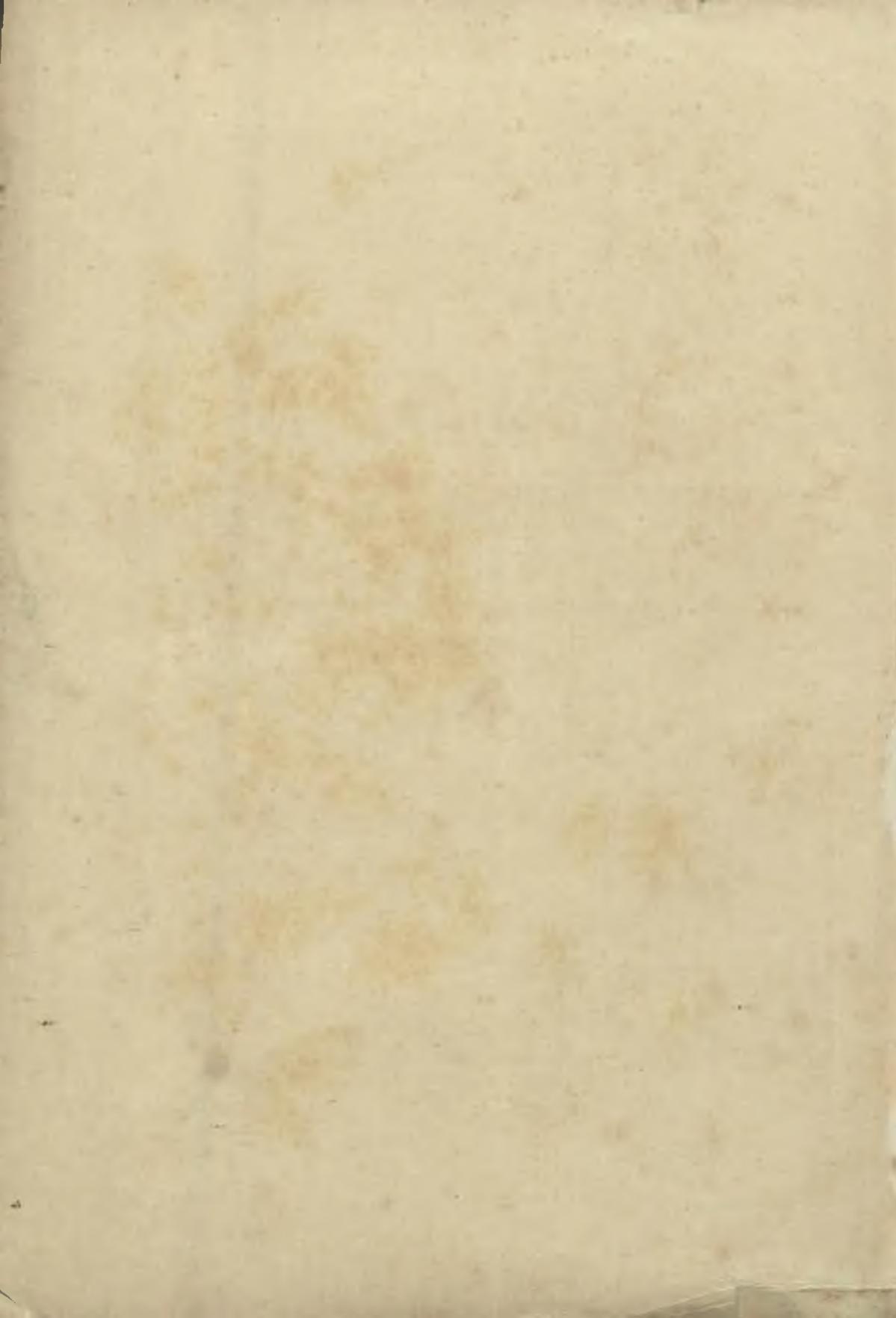
Juiz da 8.ª Vara do Recife

**JURISPRUDÊNCIA**  
— **FONTE CRIADORA DO DIREITO**

Premiado pela Associação dos Magistrados  
de Pernambuco

RECIFE  
1956

0.6  
28



ÂNGELO JORDÃO, filho

Juiz da 8.ª Vara do Recife

# **JURISPRUDÊNCIA**

## **— FONTE CRIADORA DO DIREITO**

Premiado pela Associação dos Magistrados  
de Pernambuco

**IMPRENSA INDUSTRIAL**  
Rua do Apolo, 78 a 90  
Recife - Pernambuco



U. F. Po.  
FAC. DE DIREITO  
BIBLIOTECA

F46 | 1969

*J*

# DEDICATÓRIA

Aos professores:—

JOSE' JOAQUIM DE ALMEIDA  
MARIO DE SOUZA e  
TORQUATO DE CASTRO.

— advogados eminentes do nosso pretório e consagrados mestres de Direito da Faculdade de Direito do Recife —

Aos desembargadores  
e professores:—

CORRÊA DE ARAUJO,  
NESTOR DIÓGENES e  
EVANDRO NETO.

— juizes que honram a cultura jurídica do nosso Estado, na judicatura e na cátedra de mestre —

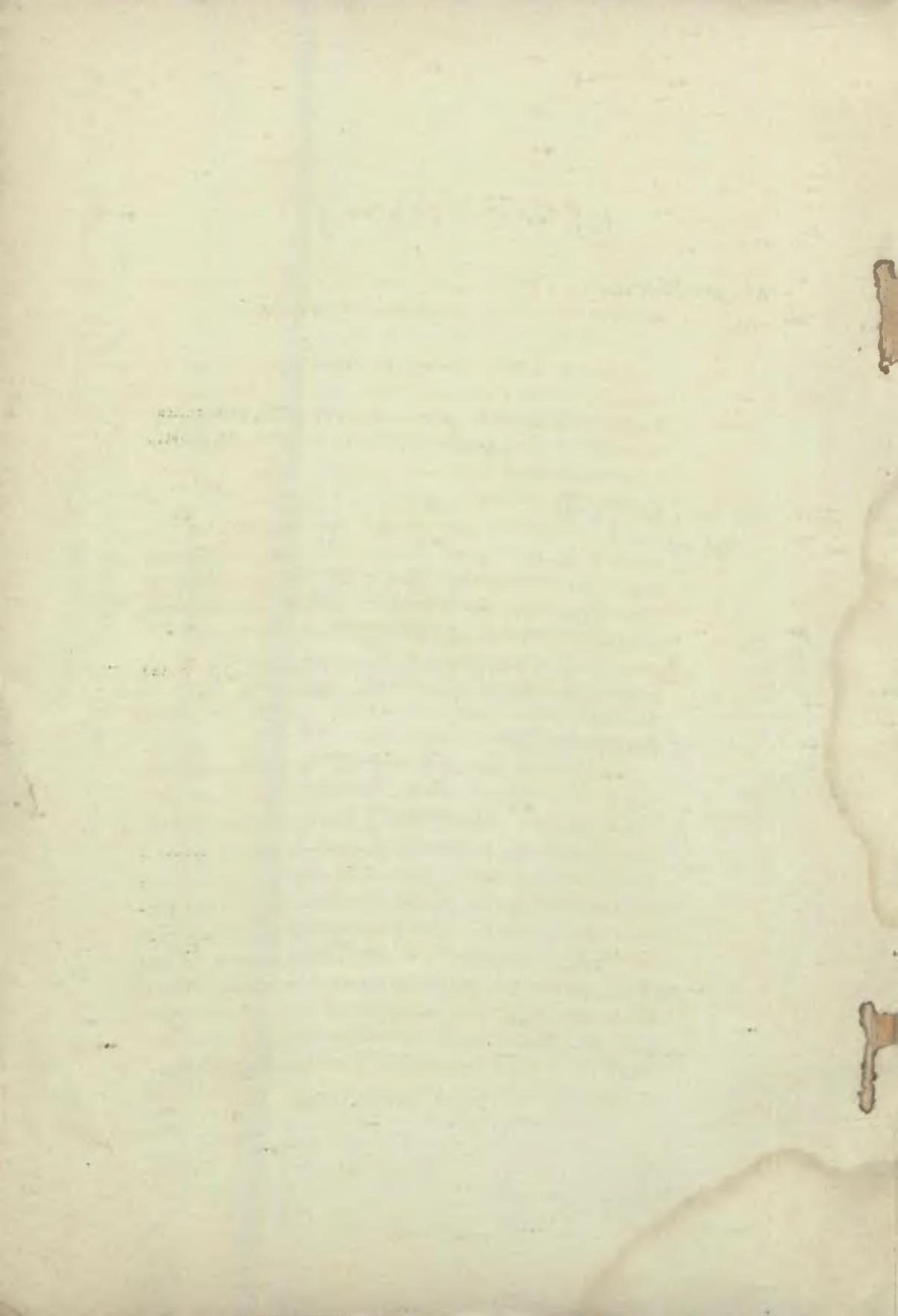
Aos desembargadores:—

JOAO JUNGSMANN,  
PEDRO CABRAL e  
JOAO TAVARES.

— simbolos da intelligência, da integridade moral e da independência dos magistrados que servem com elevação e com destemor o sacerdócio do juiz perfeito na magistratura pernambucana — com o mais profundo respeito e a mais exaltada prova de alta consideração, ofereço o presente trabalho.

RECIFE — JUNHO — 1955.

Angelo Jordão, filho.



## APRESENTAÇÃO

*Ilmo. e Exmo. Sr. Presidente da Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco.*

*Com o intuito de me inscrever no concurso de teses jurídicas aberto por essa ilustre Associação, entre magistrados pernambucanos, com o fito de estimulá-los ao estudo do Direito, venho apresentar o meu modesto trabalho — “Jurisprudência — fonte criadora do Direito”.*

*Escolhendo o assunto que deveria constituir a matéria do que pretendia estudar preocupei-me muito em procurar um que mais fosse concordante com a profissão que exerço e nenhum se me apresentou mais oportuno e mais tentador do que aquêle que indica o que temos feito — nós juizes — no sentido de melhor aplicar a lei, animando, quando não sugerindo, a sua reforma aos legisladores, para que melhor se realize o Direito.*

*Matéria complexa e fecunda, por mais sintético que procurasse ser, não foi possível tratá-la em dez fôlhas de papel datilografadas, tendo necessidade de me estender muito além do mínimo fixado.*

*Excedi-me nêsse ponto, mas como verá v. exc., não era possível em espaço tão limitado desenvolver uma tese tão vasta e tão empolgante nos seus problemas de fins sumamente práticos.*

*Sendo, nós juizes, profissionais dedicados à realização do direito, esforcei-me para desenvolver uma tese mais positiva, deixando de parte qualquer outra de alcance meramente doutrinário, certamente mais sedutora aos teóricos do Direito, atendo-me*

*mais intimamente ao que diz respeito aos seus realizadores.*

*Nêsse intento pus tudo quanto era de se esperar de quem tem feito do seu ofício um verdadeiro sacerdotício e num labor diário procura ilustrar seu espírito para que se torne digno da elevada missão a que se propôs cumprir e realizar. Se não atingi a meta desejada deve-se à minha escassês de espírito antes do que ao elevado propósito de ser merecedor do cargo que me foi confiado.*

*Submeto, pois, meu modesto trabalho à apreciação dos doutos julgadores, esperando o julgamento com a serenidade de quem está acostumado a julgar e a ser julgado, por um imperativo mesmo da sua profissão.*

**RECIFE — JUNHO — 1955.**

**ANGELO JORDAO, filho**

# JURISPRUDÊNCIA - fonte criadora do Direito

## A JURISPRUDÊNCIA COMO ELEMENTO FORMADOR DO COSTUME E DO DIREITO ESCRITO.

No século que vivemos, é cada vez mais copiosa a contribuição da jurisprudência para a formação do Direito. Como está ocorrendo hoje, assim também acontecia nos tempos mais recuados da sua vida, quando não se cogitava ainda do Direito escrito.

Efetivamente, dizia Marcel Planiol: — “Du reste la nature vraie du droit coutumier n'est pas une question d'opinion ou de système; c'est un fait qui se vérifie par l'histoire; elle est pour ainsi dire écrite sur le sol; la géographie de nos anciennes coutumes concorde avec les ressorts judiciaires; elles n'étaient pas autre chose que des formations jurisprudentielles locales. Qu'on prenne les livres dans lesquels se trouve le mieux expliqué notre ancien droit coutumier, les *Coutumes de Beauvoisis*, de Philippe de Beaumanoir, le *Grand Coutumier de France*, de Jacques d'Ableiges, et quelques autres du XIIIe et du XIVE siècles: on n'y trouvera pas autre chose (en dehors des règles empruntées au droit romain) que l'indication de ce qui se jugeait habituellement de leur temps”. (Traité Elémentaire de Droit Civil, nº 11, note 1, Tome 1).

No direito codificado, a começar com o Código Civil francês, em 1804, não obstante não ter sido êle o primeiro, cronologicamente, embora o seja pela influência que veio a exercer nas legislações dos povos do mundo, continuou a jurisprudência na sua faina criadora do Direito, apesar dos embaraços que lhe foram apresentados, com o fito de conservar inalteráveis as regras jurídicas contidas nos Códigos.

Mas, quer seja o direito o produto de uma formação lenta, sem esforço, nem luta, — uma força que segue tranquila-

mente a sua marcha —, como querem Savigny e Puchta —, quer seja o resultado de uma luta entre os que ameaçam a sua modificação e os que a resistem impulsionados pelo natural instinto de conservação —, como deseja Ihering, (A Luta pelo Direito, pág. 38 a 39, tradução portuguesa), o que se verifica, de modo incontestado, é que o Direito não é outra coisa senão “l'espressione dei sentimenti e delle esigenze del popolo”, como afirmava Giuseppe d'Aguanno. (La Genezi e l'Evoluzione del Diritto Civile, pág. 13).

E se êle é a expressão do sentimento e da exigência do povo, modificar-se-á, forçosamente, à proporção que se forem alterando êsse sentimento e essa exigência.

De certo que não será uma mutação abrupta, sem relações com o passado, sem liames com o que se foi, desde que “l'ereditá giuridica domina la vita dei popoli ed é indispensabili ad ogni ulteriore progresso legislativo, como tutta l'evoluzione sociale é dominata dalla legge dell'ereditá. Solo é de rimarcare, che nei popoli selvaggi, como lenta é la lor evoluzione, cosi lento parimenti viene ad essere lo sviluppo giuridico, mentre i popoli piu civili colle continue riforme sociali, modificano anche piu presto le leggi senza mutarle del tutto”. (d'Aguanno, obr. cit., pág. 119 a 120).

Assim, sendo, parece que a verdade não está com Spengler quando afirma que não há continuidade no evoluer dos acontecimentos históricos e de que “as culturas surgem, se desenvolvem e decaem sem vínculo de filiação que as prenda uma às outras”.

“Mas a continuidade histórica, diz Clóvis Bevilacqua, a lei sociológica da filiação dos acontecimentos, a evolução da cultura humana, expressões diferentes do mesmo fenômeno, são fatos, que ressaltam da observação de quem não estude a história para intencionalmente, negar a evidência”. (Opúsculos II — pág. 43).

Edmond Picard acentuava que no Direito há uma parte *fixa* e outra *móvel*. A parte *fixa* é constituída da estrutura eterna do Direito e dos direitos. Esta estrutura está tão inti-

mamente ligada ao instinto de cada raça e é tão imutável como o da Religião, da Arte ou o da Língua.

A parte *móvel* consiste na variação indefinida das instituições jurídicas. “Ele constitue le perpetuel Disponible du Droit. Il est donc d’une intarissable jeunesse comme il est soumis à une opiniâtre décrétude. Il est éternel et contingent. Il est vaillant, vivant, — puis fatigué, usé”. (Droit Pur, § 137, pág. 231).

O Direito, declara o eminente mestre de Bruxelas, é como um rio corrente, calmo, tranquilo na sua profundidade, mas tendo sempre agitada a sua superfície pelas vagas que a movimentam. Sendo permanente nos seus princípios, é variável nas suas sucessivas relações.

#### *A LEI, COMO REGRA DE DIREITO, É MUTÁVEL.*

E sendo o Direito uma coisa viva e, portanto, vivendo e se transformando, as leis que o disciplinam ou os códigos que as enfeixam, permanecerão inalteráveis como uma construção granítica, uma espécie de Esfinge de Gizé, no deserto egípcio, resistindo impassível ao perpassar dos tempos?

Nas antigas legislações êsse era o pensamento que as dominava. Provindo a lei da Divindade devia ser concebida como coisa imutável, tal como eterna era a existência de quem a inspirara.

“A princípio a lei era invariável, por ser divina. Podiam fazer leis novas, mas as anteriores subsistiam sempre, por maior que fosse a contradição que houvesse entre elas. O código de DRACON não foi abolido pelo de SOLON, nem as Leis Reais pelas DOZE TABUAS”. (Fustel de Coulange — A cidade antiga, pág. 334, vol. I tradução de Souza Costa).

Mas êsse conceito de imutabilidade da lei desapareceu da conceituação atual do Direito. Disse-o, afirmando-o numa síntese exata, José Puig Brutau: — “Estimamos necessário commenzar por afirmar nuestra creencia de que el Derecho jamás queda encerrado em su formulación normativa, sino

que los nuevos hechos, las realidades sociales que es preciso atender, han obligado y obligan constantemente a reformular los detalles de este plan de vida en común que en definitiva es el Derecho". (La Jurisprudencia como fuente del Derecho, pág. 92).

Dêsse mesmo pensamento é Jean Cruet: — "Uma lei, pois, não pode conservar indefinidamente o seu alcance primitivo, quando tudo muda ao redor della: os homens, as coisas, o juiz e o próprio legislador. Novas questões se apresentam, velhas questões não se apresentam já da mesma maneira, e um dia chega em que a aplicação do texto antigo, no seu sentido primitivo, aparece racionalmente como uma verdadeira impossibilidade. Uma lei inalterável só se pode conceber numa sociedade imutável". (A Vida do Direito, pág. 59 a 60, ed. portuguesa).

Se o Direito tem a sua dinâmica, como afirma Edmond Picard, se é uma grande força civilizadora "visant l'avenir plus peut-être que le present, ayant la prétention de régler la marche universelle pour la conquête du meilleur, se modifiant sans cesse, s'adaptant a tous les besoins nouveaux, à tous les changements salutaires", (Droit Pur, § 89), a quem se há de encarregar de adaptar a lei, a sua grande criadora, a essas irrefreáveis transformações, cortando os galhos mortos e a enriquecendo com ramagens novas, para usar de uma linda imagem de autoria do aludido professor de Bruxelas?

As leis, nos tempos hodiernos, emanam de um poder estatal, o Poder Legislativo. A êle, pois, compete elaborá-las ou revogá-las, à sua discricção. Mas a sua capacidade criadora do Direito não pode ser solicitada a miúde para atender à frequência com que se manifestam os novos fatos, na sua variabilidade incessante, da vida social.

E nessa impossibilidade, confiou-se a outro poder estatal, o Poder Judiciário, — juizes, tribunais —, essa tarefa ingente, a da adaptação das leis aos fatos novos, o qual não fica adstrito aos textos existentes, na sua forma material, mas, penetrando-lhes o espirito, acomoda-as às mais recentes necessidades sociais.

Em relação a essa capacidade adaptadora somente há divergências quanto à extensão dos poderes que lhe são conferidos.

Para Montesquieu, por exemplo, a sua função é limitada, sendo o juiz apenas “a boca que pronuncia a letra da lei”. (A Vida do Direito, pág. 110, ed. portuguesa).

Essa intolerância presidiu e orientou os velhos codificadores.

Justiniano, lembra Koschaker, citado por Brutau, proibiu tôda crítica e todo comentário à sua obra, embora sua glória, como legislador, proviesse mesmo do fato de terem sido desobedecidas suas ordens.

Frederico, o Grande, pretendeu proibir a interpretação do seu Código e em 1870 promulgou um Decreto determinando que, em caso de dúvida, o juiz não proferisse sentença e ouvisse o parecer, antes, do legislativo.

Apoiavam-se na convicção, que perdurou entre os enciclopedistas franceses, de que uma codificação poderia abranger um saber definitivo sôbre a verdade e que esta estava encerrada nas formas de um Código.

Napoleão, quando teve notícia da primeira glosa doutrinária sôbre o seu Código, exclamou desolado: — “Ils vont me gater mon Code. Ce Code que Bigot — Prémeneu avait déjà qualifié Arche Sainte”.

Mas, com mais intensa evolução da cultura humana, transformaram-se os métodos científicos e os métodos sociológicos, dando lugar a que se fosse também, paulatinamente, ampliando a ação interpretadora dos juizes, na aplicação da lei.

Podemos considerar êsse movimento como tendo seu início no art. 4º do Código Civil francês, quando dispôs: — “*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou d'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.

*A REAÇÃO CONTRA A LIMITAÇÃO DO  
PODER INTERPRETATIVO DO JUIZ E AS  
CAUSAS QUE A DETERMINARAM.*

Essa maior amplitude do poder interpretativo do juiz não lhe foi permitida sem duras refregas doutrinárias, sem extremada oposição por parte dos próprios renovadores sociais do regime dentro do qual se elaborou o mencionado Código Civil.

Sempre houve, na França, bastante desconfiança contra a ação dos juizes, quer no tempo da realeza, quer logo no começo do regime republicano. Por isto não se lhes concedeu, sem restrições, capacidade para aplicar a lei.

Contra a magistratura reorganizada, escreveu Jean Cruet, a Revolução francesa, persistindo numa mesma inquietação, estabeleceu nitidamente o princípio de que só ao legislador pertencia dar às dificuldades levantadas pela interpretação dos textos legislativos, uma solução definitiva. E o Tribunal de Cassação foi criado ao lado da Assembléia Legislativa e sob a sua inspecção, não só para assegurar a unidade nacional da jurisprudência, mas ainda para defender estritamente a integridade da lei contra as desvirtuações possíveis duma prática judicial muito aproximada dos fatos para não se afastar insensivelmente do direito. “Num Estado que tem uma legislação, exclamava Ropesbierre, a jurisprudência dos Tribunais é a lei, não é outra coisa”. (Ob. cit, pág. 55).

O Código Civil francês, porém, ainda foi tímido quando conferiu poderes interpretativos aos juizes, como ficou dito. Como uma decorrência dessa estreiteza de poderes formou-se uma escola de exegese, constituída de juristas que alcançaram fama universal, a qual pretendeu dar à lei o seu verdadeiro sentido, para sua perfeita aplicação.

Esses exegetas partiam do princípio de que, sendo os legisladores os representantes do povo, estava na lei, por êles elaborada, tudo quanto fosse necessário para atender às suas necessidades jurídicas. Proudhon dizia, “é caluniar a lei supor que ela é obscura e insuficiente”. A minha divisa, a minha pro-

fissão de fé, afirmava Demolombe, é também: os textos acima de tudo. E Bugnet declarava, ensino o Código de Napoleão. “A convicção desta perfeição da lei dá à Escola da Exegese um caráter estatista. Suspeita do juiz, pois este poderia deformar o pensamento do legislador, que é também a vontade do povo”. (Georges Ripert — O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno, pág. 52 a 53, tradução de J. Cortezão).

Pensavam os exegetas que só na lei positiva, procurando-se bem, era que se encontrava “*la solution des questions contencieuses qui se posent devant le juge*”. Sendo a lei muda surge a necessidade “*d’interroger son esprit, et on y arrive en reconstituant la volonté implicite et comme la psychologie du législateur. De là, chez eux la méthode et l’appareil d’une logique souvent trop déductive, procédant un peu à la manière des scolastiques par arguments a pari, a contrario, etc.*” (Colin & Capitant — Cours Élémentaire de Droit Civil Français, pág. 32, t. I).

Decorridos os tempos, verificou-se que êsses processos não atendiam mais às necessidades do Direito e isto segundo as seguintes condições expostas por Jean Cruet: — 1ª) o legislador, em determinada época, não pode regulamentar tôdas as relações sociais, então existentes; 2ª) a lei deve ser interpretada como função da sociedade e passando ela por transformações, estas irão influir no meio social em que se desenvolveram, concorrendo para alterar o sentido e o alcance das regras do direito. E como o órgão legislativo, encarregado de criá-las, isto é, elaborá-las, não possa ou não queira revogá-las, esta função será preenchida pelo juiz que intervirá como uma espécie de *legislador suplente* e intervirá, por assim dizer, à força, porque não será possível deixar de intervir. (Obr. cit., pág. 65).

Dessa função do juiz decorrerá o prestígio sempre crescente da jurisprudência e que irá aumentando de importância “*a mesure que l’on s’éloigne de l’époque de la promulgation des lois qu’elle est appelée à interpreter*”. (Colin & Capitant, obra cit., pág. 35).

Esse convite à intervenção do juiz, convém salientar, não se faz somente necessário, quando a lei se distancia muito da época da sua promulgação. Pode acontecer, e sempre acontece, que seja preciso seu pronunciamento mesmo nas leis recém-criadas.

“Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, assegerou Carlos Maximiliano, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em uma visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acôrdo estabelecido entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo: porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. Transformam-se as situações, interesses e negócios que o Código teve em mira regular. Surgem fenômenos imprevisíveis, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece; apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 17 a 18).

### *O JUIZ COMO FIXADOR DO SENTIDO DA LEI ATRAVÉS DOS TEMPOS.*

A lei, pois, pode materialmente manter-se inalterada, tal como a inscreveram nos códigos os seus elaboradores, porém o seu espírito mudará. Esse trabalho de mutação espiritual far-se-á por intermédio do intérprete, o juiz. Apoderando-se do seu pensamento, da sua inteligência, aplicá-la-á segundo as necessidades contemporâneas, não nos dias da sua elaboração, mas segundo o que exigirem as do momento da sua aplicação.

Daí é que dizia Carlos Maximiliano: — “O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu

trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita”. (Obr. cit., pág. 18) .

Fazendo essa renovação fecunda e cauta do Direito, o intérprete já não aplicará os processos de interpretação tão louvados pelo nosso Paula Batista, isto é, procurando o verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de redação, ou duvidosa em relação aos fatos ocorrentes, ou silenciosa, deixando de interpretá-la quando fôr ela clara, (Processo Civil, pág. 373), mas o fará tendo em vista o sentido que lhes deu Rodolfo von Ihering, quer dizer, procurará o juiz estabelecer a conciliação entre o direito escrito e as exigências da vida, o que se contém na própria formação do termo interpretação: *interpretes*, conciliador, negociador. (José Puig Brutau, obr. cit., pág. 31) .

Dessa orientação nasceram os chamados métodos sociológicos que preceituam que a interpretação terá sempre em mira que “a lei deve harmonizar-se com as necessidades e tendências da sociedade no momento da sua aplicação.” (João Frazen de Lima — CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO, pág. 108) .

“A lei, declarou o ministro Eduardo Espínola, destina-se a manter a vida em sociedade, a tornar possível a convivência harmônica dos homens, a assegurar direitos e deveres dos indivíduos entre si e entre êles e o Estado. A política legislativa consiste em formular a lei que corresponda a essas formalidades. Mas a lei se dirige ao futuro. O legislador, muita vez, não terá apreendido, na complexidade dos fenômenos da vida social, até onde se estenderá a esfera da regra que edita. Ademais, os interesses assumem aspectos novos, a infinita mutabilidade das circunstâncias esboça perspectivas desconhecidas. Só o Juiz está habilitado a decidir, ante as configurações peculiares da espécie, se determinada regra pode ser aplicada, como corresponda à sua finalidade jurídico-social. Não raro, é nos tribunais que se revela a inconveniência de alguma regra que já não atende à finalidade que se destinara”. (Discurso, *in* Revista Forense, pág. 853, vol. XC) .

te, com a nova Introdução ao Código Civil, que declara no seu art. 5º: — “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

*A RESISTÊNCIA DO CARRANCISMO JUDICIÁRIO A FLORESCÊNCIA DAS MODERNAS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.*

Não é nosso intuito, porque excede o plano do presente trabalho, aceitar ou defender qualquer dos métodos interpretativos para que melhor possamos apreender o sentido da lei a fim de que mais perfeita seja sua aplicação.

A breve exposição que fizemos, foi no sentido de mostrarmos a evolução desses métodos em todos os países civilizados, até que chegássemos à sua inclusão na nossa legislação.

Arripiam-se os juristas acostumados à ação mecânica dos magistrados, na aplicação do direito. Já não são os sustos manifestados diante dos princípios doutrinários, como vimos, mas receios declarados em frente aos dispositivos legais.

O Desembargador Vieira Ferreira, arraigado a seus escrúpulos de intérprete apoiado nas velhas regras condensadas na Hermenêutica do Direito, do distinto professor Paula Batista, reprova os novos princípios adotados pela nossa legislação e increpa os autores alemães pela novidade.

“Esses desvios da hermenêutica clássica, diz êle, não passam de um invento sem originalidade, de um anacronismo perpretado por juristas alemães influenciados pelo exemplo do *jus honorarium* na história do direito romano, quando os pretores tiveram de aplicar às relações de uma sociedade, formada pela conquista do mundo mediterrâneo, normas que não encontravam no grosseiro direito arcaico da Roma de outros séculos”. (Prefácio ao seu livro *Consolidação das Leis Civis*, pág. 21).

E tão grande é o amor desse jurista brasileiro aos processos antigos de interpretação que preferia que os juizes applicassem uma lei, que êle entendia ser inconstitucional, a que,

diante de novos fatos sociais, criassem o direito, que a lei antiga não previu. E disse: — “As imposições da vida têm tal força, às vezes, que uma lei de emergência é decretada pelo legislador e observada pela magistratura, não obstante a sua manifesta inconstitucionalidade, como aconteceu com o decreto 4.403, de 22 de dezembro de 1921, denominado lei do inquilinato, com que se evitaram desumanos despejos na capital da República. Querer, porém, sujeitar a normas legais previdentes, com recomendações ao intérprete, êsses desvios na observação das leis, é desejar que as constituições políticas autorizem a golpes de Estado, nos casos de salvação pública”. (Ibidem, pág. 22).

E encerrando seu raciocínio, afirma o magistrado jurista: — “As transformações, porém, que se operam no direito pela ação do competente poder legislativo ou, a despeito dêsse poder, por força de necessidades irresistíveis, que levam à prática de normas contrárias à sua legislação, escapam à competência da função judiciária, que só se exerce bem quando o juiz, abstendo-se da legislativa, se dedica somente à verificação do fato e à determinação das instituições do direito em que se acham contemplados os seus elementos, muitas vezes tão complexos. É nessa aplicação da lei à espécie litigiosa que se acha a importância, como a beleza, da arte jurídica, deformada pelas originalidades, quase sempre escapatórias, de uma sociologia menos custosa”.

Ora, sujeitar a ação dos juizes às atividades legisladoras do Poder Legislativo, somente, seria regredir muito na arte do direito e desconhecer a realidade da vida presente, com suas exigências, com suas transformações rápidas, surpreendentes, que se desenvolvem à nossa vista, deixando-nos perplexos pela celeridade dos seus impulsos.

A ação do legislador não acompanha, sempre, nem pode acompanhar essa rapidez, essa complexidade da substituição e da formação dos fenômenos jurídicos, de fatos inéditos, e, por isso, se impõe a necessidade de se conceder aos juizes mais amplos poderes na aplicação da lei.

Nêsse sentido não se pode dizer melhor, nem com mais precisão, do que disse José Puig Brutau: — “De todo elo resulta una verdad que es necesario tener en cuenta para poder precisar el valor de las dicisiones de los Tribunales como fuente del Derecho. Los hechos y circunstancias que las normas pretenden regir siempre evolucionan con una rapidez superior a la marcha que puede imprimirse al Derecho civil por actividad legislativa. El legislador puede, ciertamente, adelantar más con uno solo de sus pasos que los jueces con los pasos representados por muchas decisiones e sentencias; pero los periodos de inactividad, inercia o irresolución no le permiten casi nunca señalar nuevas rutas a la evolución jurídica, ante el incesante progreso representado por la actividad diaria de los profesionales del Derecho y, ante todo, de los jueces”. (Obr. cit., pág. 19).

*OS MOTIVOS QUE FAZEM TEMER QUE OS JUIZES VENHAM A SE ANTEPÔR AOS LEGISLADORES, NA CRIAÇÃO DO DIREITO, E AS EXPLICAÇÕES QUE DISSIPAM ESSAS APREENSÕES.*

Os que combatem a livre pesquisa pelos juizes, na aplicação da lei, receiam o arbítrio judiciário, isto é, que o intérprete venha a criar regras jurídicas com desprezo da natural competência do legislador, elaborando leis abstratas com execução obrigatória.

Não é isto o que se quer ou o que se deseja. O juiz deve ser o último a perder sua confiança no direito escrito e se legisla, conforme aconselha Jean Cruet, “não é mau que continue a fazê-lo com o Código nas mãos”.

Deve êle estabelecer, sempre, uma relação entre o texto legal e os fatos sujeitos à sua apreciação. Saleilles, por isto, definiu a interpretação como “la science positive de l’application de la loi conformément à son but initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d’une orientation générale des relations colectives de l’avenir, mais à la double condition de l’envisager dans ses rapports avec

l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays". (Cit. por Paulo de Lacerda, Manual do Código Civil, vol. I, pág. 394, nota 4).

Colin & Capitant, salientando o fato de que últimamente os legisladores francêses, sob o acicate da crítica, têm aumentado consideravelmente a sua tarefa legisladora, fazem notar que essa atitude não pode ser acompanhada pela Jurisprudência, não obstante ser ela também encarregada do progresso do Direito, e isto pelos motivos seguintes: — "Ele est forcé de respecter les textes positifs. Tout au plus peut-elle parvenir á les tourner, á les éluder parfois. Mais avec quelle circonspection! Elle ne révolutionne pas, elle adapte. Et par elle, en consequence, le progrès juridique se développe d'une manière moins brusque, dans un rythme plus naturel (car la nature ne procède point par-à-coups), et suivant la ligne de la tradition". (Obr. cit., pág. 36 a 37).

O intérprete, inegavelmente, cria o direito mas sem se desprezar do texto. Faz trabalho de adaptação, porém sem se afastar de uma regra jurídica preexistente ou, quando nada, do sistema legal a que está sujeito.

"Por um lado, diz Alípio Silveira, não há a menor dúvida de que se a letra da lei colidir com os fins sociais a que ela se destina ou com as exigências do bem comum que ela visa satisfazer, o intérprete poderá afastar-se da *Letra* da lei. Por outro lado, o juiz não poderá jamais afastar-se da *Lei*. Não é mera sutileza ou paradoxo, o que estamos afirmando, pois como já se evidenciou *ex-abundantia* há pouco, a lei não é apenas a *letra*: ela constitue propriamente a lei. Se a letra, por defeito de expressão, não atende ao espírito, este deve, não obstante, ser seguido. A palavra "espírito" é bastante expressiva, embora na técnica moderna se usem expressões equipolentes: "vontade da lei", "fim da lei", "idéia da lei", "representação do bem comum". Esta última conceituação se prende ao fato da lei ser uma ordenação da razão, tendo em vista o bem comum. Assim, o juiz, embora possa afastar-se da letra da lei, deve manter-se fiel ao espírito da mesma. E' absolutamente certo, pois, que o juiz, ao atender aos fins sociais a que a lei se destina,

nada mais faz do que aplicar a lei em sua essência". (O Fator Político-Social na Interpretação das Leis, pág. 41).

Diante da lei positiva brasileira, o intérprete, como acontece no direito espanhol, em frente ao art. 6º do seu Código Civil, será o legislador do caso concreto, um legislador ocasional mas sempre apoiado sobre as regras gerais contidas nos seus Códigos.

O Tribunal, diz Patterson, mencionado por José Puig Brutau, não há de se converter num instrumento de medição que deve verificar uma operação arimética quando os fatos em litígio acionam a manivela. Deve proceder como um legislador do caso ou ocasional, para que mantenha sua resolução dentro do conjunto harmônico do direito vigente. Deve proceder como um legislador, porém como um legislador do direito vigorante. O arbítrio judicial não redundará em arbitrariedade, pelo fato de manter a continuidade do direito objetivo em terreno então desconhecido. (Obr. cit., pág. 189).

Assim, se a função do juiz se tornou muito mais vasta na aplicação da lei, apoiada pelas modernas doutrinas, em todo caso não pode ele se afastar largamente do texto, devendo, antes, se apoiar no direito positivo, quando tiver de aplicá-la segundo o fim social a que se destina e para atender ao bem comum.

Uma segunda condição imposta ao intérprete e que pode assegurar toda tranquilidade aos que receiam o arbítrio do judiciário, é que o juiz só julga tendo em vista um caso concreto, não podendo, assim, criar regras que tenham sentido geral.

Efetivamente, êle é a voz da lei que se torna animada por seu intermédio. Mas, para isto, é necessário que lhe apareça o caso.

Até que isto aconteça não se pode falar em realização do direito porque êste não se concretiza enquanto estiver abstratamente escrito na lei, encerrado nas fórmulas.

"A atividade do intérprete tendente a apurar o conteúdo da lei e a desenvolvê-lo, bem como a elaboração científica tem por último fim a aplicação. Porque o direito vive para se

realizar, e a sua realização consiste nem mais nem menos que na aplicação aos casos concretos. O conhecimento do direito visa êste objetivo prático — a decisão dos casos jurídicos”. (Francisco Ferrara — Interpretação e Aplicação das Leis, pág. 95, tradução de Manuel A. D. de Andrade).

Evidentemente, o Poder Judiciário é o órgão encarregado da interpretação das leis mas êsse poder emudece enquanto a discussão de um feito não lhe abre os lábios.

Conceituando o Poder Judiciário, Pedro Lessa moldou-o com os seguintes característicos: — 1º) as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las importa que surja um pleito, uma contenda; 2º) só se pronuncia acerca de casos particulares, e não abstratos sôbre normas ou preceitos jurídicos, e ainda mesmo sôbre princípios; 3º) não tem iniciativa, agindo quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar”. (Do Poder Judiciário, pág. 1).

No direito norte americano êsse é o ensinamento torrencial na sua jurisprudência e na sua doutrina. Marshall declarou, em resposta a uma consulta que lhe fizera Washington, que a Suprema Côrte não declarava sua opinião sôbre questões não oriundas “de casos judiciários submetidos ao seu veredictum”. (Cit. por Carlos Maximiliano, obr. vit., pág. 67).

Só na presença do caso é que o juiz é chamado a decidir, que aplica a lei porque, como ensina Carvalho Santos, a interpretação não visa unicamente esclarecer a lei obscura ou ambígua mas também a aplicação das normas jurídicas aos fatos. (Código Civil Interpretado, pág. 75, vol. I).

*CONSEQUÊNCIAS DIFERENTES, NA JURISPRUDÊNCIA, DA APLICAÇÃO DA LEI AOS CASOS, ENTRE OS PAÍSES ONDE NÃO EXISTE LEI ESCRITA E NAQUELES QUE A POSSUEM.*

Embora só possa aplicar a lei aos casos concretos o juiz, ao fazê-lo, cria ou pode criar um novo direito.

Mas dessa criação resultam consequências diferentes conforme se verifique a hipótese nos países em que não existe lei escrita e naquêles em que ela se acha fixa nos códigos.

O direito, é sabido, já o dissemos bastante, não se encerra apenas nas regras legais, derrama-se, extravasa-se porque vive constantemente agitado pelas circunstâncias movimentadas da vida social. E diante de um caso concreto o juiz inglês, por exemplo, procura a regra já firmada em casos anteriores, investiga se há um *case law*, um precedente na jurisprudência. Se o encontrar torna a aplicar no novo caso. Não encontrando, tratando-se de um *hard case* — um caso difícil — cria nova regra jurídica e esta terá fôrça executiva se sua aplicação for repetida perante os tribunais e receber o consenso da unanimidade, de modo repetido.

“En el sistema juridico — anglo-americano —, el derecho positivo formado por la jurisprudencia, fuente generadora principal de sus normas juridicas, está constituido por la llamada ley del precedente. Explican los expositores del sistema que la sentencia de un tribunal, pronunciada sobre una cuestión jurídica planteada en un caso, y que sea necesaria para su resolución, tiene autoridad como precedente obligatorio, para el mismo tribunal que la dictó y para todos aquellos de rango inferior, en casos subsecuentes, en los que sea materia de controversia la misma cuestión”. (Oscar Rabasa — El Derecho Angloamericano, pág. 34).

Nos países de leis codificadas, porém, o caso resolvido nunca passará a constituir um dispositivo legal, uma norma, se o Poder Legislativo, na sua competência legisladora, não a elaborar como regra de direito. Enquanto isto não acontecer, os outros juizes, os outros tribunais não estão obrigados a segui-lo, ora dando interpretação diferente, ora não o reconhecendo, de modo absoluto, desatendendo-o, ainda que, em relação ao Brasil, a decisão venha do Supremo Tribunal Federal, que pode modificar ou revogar a decisão que não lhe acatou a jurisprudência mas não lh'a pode impôr senão mediante recurso extraordinário com fundamento no art. 101, nº III, alínea d, da Const. Federal.

Na lei básica nacional, ora vigente, não há, pelo menos, dispositivo semelhante ao do § 2º do art. 59 da primitiva Constituição de 1891, que declarava: — “Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União”.

Entretanto, não havendo um mandamento legal para que os juizes estaduais respeitem a jurisprudência federal, em todo caso, como lembra Pontes de Miranda, “cientificamente e moralmente, é aconselhável que levem em conta a interpretação que se deu e, a *fortiori*, a que seguramente já se fixou”. (Comentários à Constituição de 1946, pág. 274, vol. II).

E assim se deve proceder pelos motivos imperiosos a que já se referia João Barbalho: “E’ óbvio que a jurisprudência federal deve ser respeitada pelas justiças locais. Ela vale por lei e obriga a tôdas as jurisdições. E SE ASSIM NÃO FOSSE O DIREITO FEDERAL VIRIA A SER VARIO, MULTIFORME E INCERTO. CADA ESTADO O PODERIA ENTENDER E APLICAR A SEU MODO E, QUANDO QUIZESSE, ESTABELE-CERIA NOVA JURISPRUDÊNCIA PARA SEU USO”. (Constituição Federal Brasileira, pág. 247).

Não sendo obrigatória a aplicação da jurisprudência federal, pelos juizes locais, como ficou dito, as possibilidades de balbúrdia ou anarquia na interpretação da lei, pelos juizes locais, que poderão estabelecer uma jurisprudência para seu uso, na previsão de João Barbalho, serão evitadas com a interposição do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que poderá manter a uniformidade jurisprudencial, se não preferir outra orientação, ou a que achar melhor, quando a divergência for entre juizes e tribunais de Estados diferentes, apenas, e, não, com sua jurisprudência própria.

Nêsses termos, mais um elemento poderoso, o não poder o juiz, abstratamente, criar o direito, estabelecendo regras de emprêgo obrigatório e de sentido geral, concorrerá para que se não arreceiem do seu arbítrio, formando regras jurídicas quando a lei, na sua mudez, não lhe fornecer elementos com

que resolva os fatos novos que vieram à sua presença, para sua solução.

Não há, pois, motivo para prevenção contra os processos sociológicos empregados pelo intérprete para que possa encontrar o verdadeiro sentido de uma lei a fim de que êle possa atender à sua suprema finalidade, que é o bem social.

“A lei é feita para favorecer e promover a felicidade dos seres humanos. Não deve ser convertida em pura mecânica verbal ou silogística. Um texto não pode ser puerilmente colocado dentro de um sino ou campânula de vácuo para aí ser visto como um pássaro agonizante. E' uma coisa viva e destinada a viver em comunhão com outras vidas. Em tôrno dêle giram tôdas as preocupações que devem estar presentes no espírito do aplicador da lei. Por isso o juiz não é uma consciência *isolada*, que deva permanecer alheia aos grandes ideais e propósitos que encheram as máximas e determinações do legislador. E' acima de tudo um *executor* inteligente, a quem não se pode negar o oxigênio da vida social, o amor à sua pátria e aos seus concidadãos, a loucura mesma do Cavaleiro Andante que quer reparar e concertar o mundo para que *floresça* e viva sob benéfica influência dos valores eternos, em face dos quais *tudo o mais* é vã poeira, e como tal pode e deve perecer”. (J.A. Nogueira, cit. por Alípio Silveira, ob. cit., pág. 15).

O juiz não se afasta da regra geral nem pretende estabelecer normas gerais solucionando casos particulares, embora, nos Estados Unidos, a começar de 1930, vá se formando uma escola — o *legal realism* —, o realismo jurídico, que pretende desprezar as regras gerais, que são normas volutivas do Estado, dando-lhes tôda importância na vida do Direito como órgão de decisão concreta distinto dos Tribunais, os forjadores do direito comum. Entendem seus adeptos que o Direito é somente aquilo que é feito pelos que estão encarregados de sua aplicação e que só a obra realizada com uma técnica de observação implacável pode servir de base para que o direito se converta numa realidade.

Não acompanhamos os *realistas* do direito nas suas extremas consequências, se bem que reconheçamos muitas verdades na sua avançada teoria. Inegavelmente tem sido ela a animadora da criação dos tribunais administrativos para que melhor atendam a certos fenômenos que surgem nas mutações violentas que passam as sociedades nos períodos de renovação social. Mas estas mesmas necessidades, quando se normalizarem os agrupamentos humanos, poderão ser resolvidas pelos Tribunais comuns que poderão assegurar a continuidade do ordenamento jurídico por cima da letra imutável dos Códigos.

“Em conclusão, são palavras de Paulo de Lacerda, se ao juiz, em doutrina, não se deve reconhecer um poder pretoriano, propriamente, não se deve conceder tôdas e as demais amplas faculdades para a interpretação jurídica, isto é, para a adaptação do direito aos fatos sociais, a fim de que firme, sem demoras excessivas e sem atritos prejudiciais, aquêles precedentes com que pode influir benêficamente sôbre a obra da incessante reconstituição jurídica da nação”. (Obr. cit., pág. 606).

*A JURISPRUDÊNCIA, DESPREZANDO OS  
VELHOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO  
DA LEI, POR TÔDA PARTE, VAI CRIANDO  
O DIREITO.*

Não foi sem certa cerimônia que os velhos juizes aceitaram a nova orientação da atual ciência da interpretação.

Na sua timidez procuram, mesmo, desfazer com alegações sutis a impressão que deram de se terem insurgido contra um dispositivo legal que precisaram acomodar à evolução social a fim de que a lei não ficasse inútil na sua imobilidade material. Diante da indignidade de uma mulher casada que pretendeu constranger seu marido a incluir, como bem do casal, a indenização que lhe foi paga pelo cúmplice do seu adultério, os juizes francêses apoiados no antigo brocardo jurídico que dispõe que ninguém pode se locupletar com sua própria torpeza, não deram apoio à reclamação, não obstante a cla-

reza do art. 1.401 do Código Civil francês que determina que os bens móveis entrem para a comunhão do casal.

Não tinham necessidade de se socorrerem de uma velha parêmia jurídica para que resolvessem um caso que a lei não previra mas que fôra indicado pelas verdadeiras necessidades sociais.

E por que agiram desta maneira aquêles juizes? “A explicação disso está, principalmente, acentua Paulo de Lacerda, em que os tribunais, de cujas decisões dimana o substrato constitutivo da jurisprudência, gostam de mostrar-se conservadores, amantes das fórmulas e expressões já consagradas, mas, funcionando em constante e necessário contato, ou, antes, vivendo do próprio contato com a realidade das coisas sociais, são obrigados a atender a todos os fatores que concorrem para a formação de quaisquer situações jurídicas, ainda mesmo os imprevisos pela lei, e os de qualquer modo novos”. (Obr. cit., pág. 438 a 439).

Esse apêgo às fórmulas antigas, aos conceitos envelhecidos fôra também reparado por outro jurista pátrio, Carlos Maximiliano, quando escreveu: — “Como no Brasil, em tôda parte o fôro é demasiado conservador; o que a doutrina há muito varreu das cogitações dos estudiosos, ainda os causídicos repetem e juizes numerosos prestigiam com os seus arestos”. (Obr. cit., pág. IV, prefácio).

Embora marchando prudentemente, sem saltos, sem precipitações, apoiada nos respectivos sistemas de direito, a jurisprudência, na França, como na Itália, na Bélgica, como no Brasil, por tôda parte onde existe o direito codificado vai *criando o Direito*, adaptando-o aos novos fatos, revelando-o sempre, para que o legislativo, despertado por sua ação renovadora, consubstancie-o em regras jurídicas definitivas, incluindo-as nos Códigos.

Sobre o que se passa na França, disseram Colin & Capitant que, embora a jurisprudência seja um instrumento de progresso muito imperfeito, porque as soluções que ela consagra estão sujeitas a constantes modificações pelos órgãos mesmos que a criaram, em todo caso, desde o Código de Napoleão

chegou ela a construir “des systèmes suffisamment logiques et équitables, qui suppléent souvent à la loi écrite, et parfois aboutissant même à la corriger”. (Obr. cit. pág. 36).

A respeito da Espanha informa-nos José Puig Brutau mediante as seguintes palavras: — “Que la jurisprudencia de los Tribunales tiene la mission de hacer progresar el Derecho, es decir, de adaptar el orden juridico formulado a la evolucion de las circunstancias, resulta de muchos resoluciones de nuestro Tribunal Supremo. Citaremos, por su especial claridad y significacion, la sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> de 13 de febrero de 1942. Esta resolucion declara paladinamente que no puede sostenerse que el derecho de superficie no esté admitido en el Derecho nacional, pues, “si bien es cierto que los preceptos del Codigo civil remiten a las normas reguladoras de censos y arrendamientos, ella puede ser acaso debido a que la institucion se hallaba en desuso, que puede ser transitorio a medida que nuevas circunstancias sociales o locales, hoy cada vez más acentuadas, reclaman una regulacion especifica de factos hasta ahora gobernados supletoriamente por normas proprias de otras figuras juridicas”. En sentido más amplio pero tal vez menos preciso, la sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1928 declaró que “cuando unos preceptos legales estan en contraposicion con progresivas concepciones juridicas aquellos mueron para dar vida a otros, pues la naturaleza de las circunstancias y la realidad de la vida tienen que ajustarse a estas evoluciones cientificas”. (Obr. cit., pág. 232).

Assim, sendo, o Direito, sob o influxo benéfico da jurisprudência, vai se renovando sempre, mantendo a forma fixa da lei escrita que constitui uma base inalterável, um ponto de apoio material para que o juiz, sem se afastar do seu sistema legal, vá atualizando seu pensamento, seu espírito, para que ela atenda às necessidades sociais, sempre exigentes ante o progresso da ciência, das artes, da técnica que, cada vez mais procuram alargar o bem estar da humanidade, no sentido de lhe dar mais conforto e melhor satisfazer os complexos problemas que surgem abundantemente na vida social moderna.

Para um trabalho de proporções limitadas, como o presente, não foi escasso tudo quanto ficou dito, para demonstrar, com apoio da literatura jurídica mundial, essa verdade já evidente: — a influência da jurisprudência na formação do Direito. Damos agora fatos concretos que o demonstram.

Na jurisprudência francesa, lembram Colin & Capitant a transformação operada no dote mobiliário, sob sua orientação, o que desconhecia o legislador de 1804 quando escreveu o artigo 1554 que tratava exclusivamente da inalienabilidade dos imóveis dotais.

Ainda mais importante, acrescentam os aludidos juristas franceses, foi a transformação pela qual fez ela passar os artigos 1119 e 1121, do mesmo estatuto legal, o Código Civil, que proibiam a estipulação em favor de outrem, o que impedia o desenvolvimento do seguro de vida, operação com a qual não haviam sequer sonhado os seus redatores, mas que por uma série de raciocínios engenhosos e atrevidos, a jurisprudência do século XIX chegou a desfazer, não só a proibição contida no art. 1119 como ainda a permitir, salvo algumas restrições insignificantes, o princípio da liberdade de estipulação por outrem. (Obr. cit., pág. 36).

Num exemplo final, ainda da literatura jurídica francesa, citaremos o caso rememorado por Enrico Cimbali e que alcançou grande repercussão em tôda legislação dos povos cultos.

Os elaboradores do Código de Napoleão, alarmados com os constantes escândalos que se registravam na legislação anterior à Revolução, “porque a paz e a honra das pessoas mais respeitáveis e mais estimadas estavam continuamente ameaçadas e insidiadas pelos ataques impudentes de mulheres descaradas e homens aventureiros”, proibiram terminantemente no seu art. 304 o direito de investigação de paternidade, declarando: — “La recherche de la paternité est interdite”.

Desde a promulgação daquêle Código até a metade do século passado, poucas foram as demandas propostas perante os magistrados por mulheres seduzidas e abandonadas com o fim de obter ressarcimento pelos danos sofridos e pelos fi-

lhos naturais não reconhecidos voluntariamente, o que a lei permitia, solicitando pensão alimentícia. E mesmo assim, as poucas que foram propostas foram tôdas repelidas, sem exceção.

A partir de 1845, porém, com decisões continuadas em 1862, 1864 e 1873, o Tribunal de Cassação, com apoio no art. 1.142 do aludido Código, que obriga a pagar danos àquêle que não cumpre a obrigação de fazer ou de não fazer com alguma pessoa, condenou o sedutor a indenizar à mulher seduzida, tornada mãe por ação do mesmo. Firmava-se esta jurisprudência numa sutil distinção de que uma coisa é a investigação de paternidade promovida pelo filho, em seu nome, para garantir o vínculo da filiação e obter os efeitos da lei contra o pretendido pai, e outra coisa é a ação de perdas e danos instituída em favor da mulher com o fim de conseguir a reparação da falta sofrida por causa de certo e determinado indivíduo sob a santidade da promessa de casamento, não cumprida depois, o que tem sua razão de ser no próprio dispositivo do art. 1.388 do Código napoleônico. (A Nova Fase do Direito Civil, tradução de Aderbal de Carvalho, pág. 152 a 156).

Finalmente, a lei de 16 de novembro de 1912, veio conceder aos filhos naturais o direito de investigação de paternidade.

“Le progrès incontestable, dizem Colin & Capitant, que a réalisé la loi du 16 de novembro de 1912 avait été d'ailleurs, il n'est que juste de le reconnaitre, devancé et préparé par les heureuses hardiesses de la jurisprudence, qui s'était efforcée de tourner la règle de l'article 340”. (Obr. cit., pág. 300).

Em tais condições, teremos de reconhecer que “a jurisprudência tão solene, apesar do texto abertamente contrário da lei, tem um significado muito mais elevado: o de corrigir de certo modo, com uma interpretação racional dos dispositivos vigentes, a obra injusta do legislador, inspirando-se nas condições e na suprema necessidade da vida; e de excitá-lo mesmo autorizadamente a uma reforma salutar, reclamada unanimemente pelos sufrágios da opinião pública. A verdade real tri-

unfa contra a ficção legal, e o direito da lei". (Cimbali — obr. cit., pág. 157).

*A COLABORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NA FORMAÇÃO DO DIREITO PATRIO.*

Feito êsse ligeiro bosquejo sôbre a evolução da jurisprudência, no âmbito mundial, abrangendo, em síntese, a vida dos povos mais adiantados, de onde nos vieram os melhores exemplos e as mais fecundas doutrinas sôbre a interpretação das leis, verifiquemos a sua interferência na vida do direito brasileiro e a sua já vasta contribuição na reforma e na conceituação dos novos institutos jurídicos, nomeadamente depois da promulgação do Código Civil de 1916.

Colonizados, que fomos, pelos portugueses, ao tempo da Colônia ainda não podemos falar em direito pátrio.

"No período que vai do descobrimento à emancipação política, dizia o saudoso professor Andrade Bezerra, pode dizer-se que a história do direito nacional é a simples narrativa da aplicação do direito português ao Brasil. Modificação alguma, quanto ao direito privado. As principais inovações são tôdas de ordem administrativa e de organização do aparelho de aplicação do direito". "O direito privado, de então, mantém inalterado e passa ao período seguinte, tal como o havíamos recebido de Portugal, nos primórdios da colonização". (Prefácio à História do Direito Nacional de Martins Junior, págs. VII e VIII).

Rigorosamente, ao tempo da descoberta do Brasil, vigorava na metrópole, como lei reguladora do direito civil dos seus súditos, as Ordenações Afonsinas, cujas fontes foram o Direito Romano e as Leis das Partidas de Castela e antigos costumes nacionais, das cidades e das vilas.

Em 1514, quando ainda Portugal não tinha encarado como coisa séria a colonização das suas terras americanas, apareceram as Ordenações Manuelinas e que vigorariam até 1603, quando foram publicadas as Ordenações Filipinas que

regeriam os destinos do nosso direito privado por mais tempo do que regeram mesmo em Portugal, pois só nos libertaríamos da sua sujeição em 1916, com a publicação do nosso Código Civil, ao passo que, naquêlê país, a sua ação terminou em 22 de março de 1868, quando ali começou a vigorar o Código Civil Português.

Com essas Ordenações foi que se formou o direito português e, conseqüentemente, foi o que herdámos por um imperativo da nossa própria vida histórica, daí resultando graves prejuizos para a evolução do nosso direito, o que fôra notado e posto em relêvo pelo conspícuo Coelho da Rocha. Ouçamos as suas doudas observações: — “Da mesma maneira que na Manuelina, foram adotados como subsidiários um e outro daquêles direitos, (o Direito Romano e o Canônico), e na sua falta as opiniões de Acúrcio e Bártolo, quando a opinião dos doutores não fôsse contrária. Por esta maneira, ainda no século XVIII veio a conferir-se autoridade extrínseca às opiniões, as quais desde o século anterior estavam desacreditadas, depois que os jurisconsultos, seguindo a Escola de Cujácio, iam procurar as decisões na razão e no *espírito das leis*, sem cogitar das glosas ou opiniões dos seus antecessores: o que é prova de sobejo da inciência dos compiladores das Ordenações Filipinas, ou, antes, da decadência em que iam as letras e jurisprudência. O resultado desta disposição foi que os juizes nas espécies duvidosas não consultaram mais a razão, nem a equidade; não aprofundaram as leis, nem recorreram a seu espírito e analogia, contentando-se com fazer acompanhar as suas decisões de um longo préstito de autores, não só jurisconsultos, mas até moralistas e casuistas, o que na linguagem do tempo constituia *opinião comum*. Da mesma maneira, as alegações dos advogados reduziam-se, pela maior parte, à acumulação, tão extensa quanto fastidiosa, de remissões, quase sempre copiadas, e muitas vezes impróprias. A par dêste vício, introduziu-se o outro de julgar pelos *arestos e julgados*, sem examinar escrupulosamente a identidade da espécie, nem motivos legais da sentença, que se trazia para exemplo”. (Cit. por Pontes de

Miranda — Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, pág. 67 a 68).

O que regulava, pois, como orientação aos juizes, na interpretação das leis, era o dispositivo constante do livro 3º, titulo 64 das Ordenações Filipinas.

Mas, conforme o que foi dito por Martins Júnior, dúvidas e práticas absurdas tais se tinham amontoado sobre este texto; de tal modo as determinações nelle contidas estavam prestando à chicana forense, em benefício das velhas fórmulas duras do Direito Romano e em desproveito da legislação propriamente nacional; que o potente ministro de D. José, (Sebastião José de Carvalho Melo — Marquês de Pombal), julgou necessário abater o alvião de um Decreto Real sobre a trincheira romana na qual se abrigavam os soldados da *glosa*, os discípulos de Acúrcio e de Bártolo. O instrumento demolidor foi a Lei da Boa Razão”. (Obr. cit., pág. 107).

Os caraterísticos desta lei, no conceito de Martins Júnior, são os seguintes: — a) o cerceamento das liberdades doutrinárias e do arbítrio jurídico de que gozavam advogados e julgadores, em manifesto prejuizo da jurisprudência pátria e da suprema judicatura da Realeza; b) a redução da influencia e do prestígio do Direito Romano, como elemento subsidiário da legislação, relegado tal Direito para um plano inferior, não só pela definição da boa razão como pela condenação das glosas de Acúrcio e Bártolo.

Desta lei, que o referido mestre da nossa Faculdade de Direito achou “ter sido no Direito português um equivalente da obra dos pretores e dos jurisconsultos do Direito Romano”, disse Coelho da Rocha: — “Pela Lei de 18 de agosto de 1769, fez o marquês de Pombal restituir às leis pátrias a dignidade e consideração que até aí lhes tinham negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao Direito Romano e Canônico, outros pela comodidade de recorrer às opiniões de ares-tos. Segundo as disposições desta lei, aquêle continuou a ser subsidiário, mas unicamente no que fôsse conforme com o Direito Natural, com o espirito das leis pátrias e com o governo e circunstâncias da nação. Este, o Canônico, foi remetido para

os tribunais eclesiásticos e matérias espirituais. As glosas, opiniões de doutores e arestos, foram destituídos de tóda autoridade extrínseca; e nos negócios políticos, econômicos, mercantis e marítimos mandaram-se seguir, como subsidiários, as leis das nações civilizadas da Europa". (Cit. por Martins Júnior, obr. cit. pág. 110 a 111).

No modo de entender do eminente professor de Direito da Faculdade de Direito do Recife, "as disposições da Lei de 18 de agosto, (Lei da Boa Razão), revolucionaram o velho Direito português pela intervenção do elemento crítico-filosófico na interpretação e aplicação das leis. O Marquês de Pombal forjou, de um jato, o *jus honorarium* português, reunindo no seu ato legislativo tóda a gloriosa tarefa dos magistrados e juriconsultos romanos. O *jus civile* lusitano era Acúrsio e a Glosa; a lei da *boa razão* veio a ser contra êle, o *jus gentium* e *naturale* reunidos sob o influxo de Cujácio". (Obr. cit., pág. 111).

A esta lei, a da boa razão, que se deve ao discricionarismo pombalino, "cruel porém salutar e fecundo", na afirmativa de Martins Júnior, veio se reunir, para a modernização do direito no velho reino português, a lei de 28 de agosto de 1772 e que reformou os velhos Estatutos da Universidade de Coimbra, vigorantes desde 1612.

Para uns, esta nova lei constituiu-se um verdadeiro complemento da lei da Boa Razão, (Martins Júnior, por exemplo), enquanto, para outros, ela foi, antes, uma reação contra a lei nacionalista que voltou a prestigiar o Direito Romano que havia sido proscrito, subindo de novo ao Capitólio nos Estatutos da Universidade, para usar da expressão de Cândido Mendes.

Foram estas duas leis, uma traçando as regras do direito civil e suas normas interpretativas, a outra as linhas básicas do ensino do Direito, que vieram influir na cultura e na formação funcional dos juizes da nova nação americana, quando o príncipe D. Pedro, num gesto de impaciência, nas margens do Ipiranga, arrancando o laço português do seu braço, punha o nacional, separando politicamente o Brasil de Portugal, em 7 de setembro de 1822.

Efetivamente, por lei de 20 de outubro de 1823, mandava-se que ficassem vigorando em todo Império do Brasil as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, até 25 de abril de 1821, embora lhes dando uma autoridade provisória, pois ficou estipulado, desde então, que elas vigorariam enquanto se não organizasse o novo Código Civil, ou não fossem especialmente alteradas, embora, não obstante a interinidade, conseguissem sobreviver por quase um dilatado século.

Sobre essas leis disse Teixeira de Freitas, na sua famosa introdução à sua Consolidação das Leis Civis: — “Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro delas que mais se dedicou aos contratos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na sua imensa teia das leis estravagantes que se tem acumulado no decurso de dois séculos e meio. Também não existe um só escritor antigo, ou moderno que puramente se limitasse a coligir e ordenar o Direito Pátrio. Aquelas Ordenações, que pobríssimas, reclamavam copioso suplemento. Seus colaboradores, ou pela escassês de luzes de que têm sido acusados, ou porque fugiam a maior trabalho, reportavam-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorizaram, mandando até guardar as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo e mais Doutores”. (Pág. III).

#### *O PEQUENO OU QUASE NULO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO PATRIO NA VI- GÊNCIA DO REGIME MONARQUICO.*

Com êsse material iriam os juizes e os juristas brasileiros, de modo geral, plasmar o Direito nacional que pouco ou nenhum desenvolvimento teve durante o período monárquico.

Quando os estadistas do primeiro Império cuidaram de fundar cursos jurídicos no Brasil, firmando a sua emancipação intelectual, depois da nossa liberdade política, procuraram aliviar o ensino restringindo o do Direito Romano, tão intensamente lecionado na Universidade de Coimbra.

E nesta oportunidade houve quem pusesse em evidência o atrazo do ensino naquela Universidade, que era a fonte de Castália dos nossos jovens intelectuais. Bernardo Pereira de Vasconcelos retratou-o nas seguintes palavras: — “Eu estudei direito público naquela Universidade e, por fim, saí dali um bárbaro, tive de desaprender. Ali estava aberta continuamente uma inquisição, pronta a mandar às chamas todo aquê que tivesse a desgraça de reconhecer qualquer verdade, ou na religião, ou na jurisprudência, ou na política. O estudante que saía da Universidade de Coimbra, devia, antes de tudo, desaprender o que lá se ensinava e abrir nova carreira de estudo”. (Cit. por Alfredo Valadão — Da Aclamação a Maioridade —, pág. 524).

Não progrediu a cultura do Direito entre nós, não obstante a advertência de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Falando a êsse respeito, em relação à Faculdade de Direito de Olinda, dizia Faelante da Câmara que o ensino ali consistia em “alguns textos do Direito Romano, princípios de Direito Civil, na língua pouco assejada das Ordenações do Reino, sob o império de Melo Freire, ligeiras diversões pelos princípios políticos de Benjamin Constant, e, coroando o edificio, a influência universal de Jeremias Bentham”. (Revista da Faculdade de Direito do Recife, página 11, ano XII).

Com tristeza, depõe Pontes de Miranda: — não chegam a quinze os bons livros brasileiros sôbre direito, isto antes da publicação do Código Civil. (Obr. cit., pág. 90).

Não criaram, não renovaram o Direito, apenas o expuseram. É êste um defeito que Pontes de Miranda indica para Lafaiete. Êste, por sua vez, declarou na introdução do seu Direito de Família: — “Entre nós brasileiros não há muito gôsto para o estudo do Direito Civil. A política atrai os grandes talentos. A glória modesta do civilista se ofusca diante dos fulgores da glória do orador parlamentar e do jornalista. Só uma vocação enérgica e decisiva pode afastar a inteligência das lutas brilhantes e estrondosas da carreira pública para concentrá-la nos estudos solitários do Direito Civil, estudos tão

difíceis e trabalhosos, mas tão pouco estimados”. (Obr. cit., pág. XXV).

E se assim acontecia no mundo da doutrina, do direito teórico, na jurisprudência coisa diferente não ocorria, pois a “que herdámos dos tribunais portuguezes, fôrça é confessar, dizia ainda Lafaiete, não tem sido aumentada pelos nossos tribunais com as acessões que era de esperar e que reclamavam a mudança das instituições, a variedade das circunstâncias e o progresso do Direito”. (Obr. cit., pág. XV).

Como causas determinantes dêsse atraso da jurisprudência, ao tempo do Império, alega o referido jurista pátrio: — a) a timidez dos magistrados em exercer a faculdade de interpretar o Direito; b) a falta de um tribunal de Cassação.

“A timidez do poder judiciário, esclarecia Lafaiete, chegou ao ponto de forçá-lo a abdicar o direito de entender as leis e a pedir ao executivo a solução das dificuldades occorrentes”. (Obr. cit., pág. XV).

Com êsse comodismo, dos juizes recorrerem nas suas dificuldades a consultas feitas ao Executivo, com o emprêgo de um método atrasado, de puro racionalismo, não se podiam esperar grandes transformações do nosso direito durante o Império. Com a República, proclamada em 1889, abrem-se novas perspectivas para o desenvolvimento do Direito. O Poder Judiciário torna-se francamente independente dos demais poderes, não se temendo mais o Poder Moderador que intervinha na vida judiciária, sendo asseguradas aos juizes as mais amplas garantias nas suas funções, concedendo-se-lhes vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, a que, depois, por lei ordinária, viria se juntar a sua inamovibilidade, complemento da vitaliciedade, hoje norma constitucional, como o são os dois primeiros requisitos.

Sob o impulso da transformação do Direito e animados pelo ensino das novas doutrinas filosóficas, nomeadamente depois que Tobias Barreto ingressou na nossa tradicional Faculdade de Direito, entramos numa fase de progresso da ciência jurídica que fatalmente viria influir, como realmente veio, na

modernização dos métodos de interpretação da lei, dando-lhe novo sentido.

“No velho edifício da rua do Hospício, nas vésperas de ser mudada a sede dêste Curso, deu-se um grande acontecimento que reformou os alicerces do ensino do Direito neste país: — foi o certame realizado por Tobias para conseguir um lugar de lente substituto. Pela primeira vez ouviu-se naquêlê recinto que ainda guardava, como reliquia santa, a austeridade ultramontana de alguns professores, os nomes de Heckel, Noiré, Herman Post, Bluntschli, Mohl, Holtzendorff; pela primeira vez falou-se ali na *Luta pelo Direito*, na teoria das alavancas sociais, no cosmos jurídico, tudo isso proferido com um ar de rebeldia fora das normas consagradas, e um descaso pelo ponto de vista catedrático a respeito das diversas matérias sujeitas a debate, que fez transbordar, de modo ainda não visto, a medida de aferir a capacidade dos concorrentes”. (Faelante da Câmara, Revista citada, pág. 26).

Mas êsse movimento renovador do nosso Direito, que, como ficou dito, iniciou-se, entre nós, com o concurso de Tobias Barreto, em 1882, viria ter a sua maturidade com o Código de 1916, cujo projeto seria da lavra de um dos mais eminentes discípulos de Tobias — Clóvis Bevilacqua —, dando lugar a uma nova éra no seu estudo e na sua aplicação.

Nêste sentido declarou Clóvis Bevilacqua: — “O Código Civil trouxe um forte estímulo à atividade literária dos nossos juristas.

Grande número de livros se publicaram e se anunciam, tomando por tema o novo Código”. (Preliminares ao Código Civil Comentado, pág. 63, vol. I).

É óbvio que a jurisprudência, fôrça criadora do Direito, a princípio, não acompanhasse a impetuosidade dessa fôrça revigoradora.

O Código, sua principal causa propulsora, ainda era recente. A longa prática de princípios rotineiros mantinha ainda o intérprete naquêlê estado de timidez a que se referiu Lafaiete. Mas animados pela cultura moderna do Direito, impedidos pela espantosa evolução social que tivemos após a se-

gunda guerra mundial, causando um formidável progresso de toda espécie, material, econômico, político e moral, transformando-se os transportes, tornando-se mais rápidos, difundindo-se a eletricidade que passou a ser empregada em múltiplas atividades, surgindo a todo momento novos fenômenos, fatos inéditos, casos desconhecidos, era natural e previsível que o Poder Judiciário os sentisse e procurasse ajustá-los às leis fixas, alargando suas funções interpretativas para melhor atender aos seus encargos constitucionais.

E, nessa sua brilhante atitude vai cumprindo aquêlê conselho resumido nas luminosas palavras de Portalis, que Carlos Maximiliano aproveitou como um estímulo e como uma excelente orientação a todos os juizes: — “Apodere-se a jurisprudência dos interesses que a lei não satisfaz, proteja-os e, por meio de ensaios oportunos, faça-os prevalecer”.

#### *A REFORMA DOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS ENTRE OS JUIZES BRASILEIROS.*

Em relação aos nossos magistrados, ainda em 1926, quando publicou o seu precioso livro — *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* —, dizia Pontes de Miranda, depois de reparar na assertiva de Melo Freire de que sempre se revoltara “contra a mecânica, inconsciente e emperrada aplicação do direito em Portugal”: — “Escusado é dizer que êste vício persiste, torna-nos, a nós, povo moço, velho e rotineiro. As nossas leis e, mais do que elas, a praxe, atestam êste caminhar vagaroso, tímido, sonolento, que se não compadece com o século, nem com os problemas internos e externos da Pátria”. (Obr. cit., pág. 68).

Nessa situação de rotina e de afundamento em coisas cheirando a bolor não se encontra mais o nosso intérprete judiciário. As novas doutrinas, os novos princípios interpretativos invadiram atrevidamente os nossos pretórios e, já hoje, aplicando as leis, vamos revelando o direito, atendendo aos

fins sociais a que elas se dirigem e às exigências do bem comum.

Assim o afirmou o juiz, um eminente juiz do nosso Supremo Tribunal Federal — Eduardo Espínola — e nos seguintes termos: — “Mas o que merece maior relêvo é que no aplicar a lei, se deve ter em vista preponderantemente a sua finalidade. A preocupação teológica ocupa, entre os deveres do juiz, o lugar principal. As mais conceituadas escolas do pensamento moderno orientam-se por esse princípio utilitário, que denominam pragmatismo, instrumentalismo, positivismo lógico, funcionamento adequado, racionalismo”. (Discurso. Revista Forense, pág. 854, vol. XC).

Não é somente na teoria que, entre nós, vão sendo aceitos êsses novos ensinamentos. A justiça nacional, por intermédio do seu órgão mais conspícuo e mais autorizado, já os abraçou e os tem adotado nas suas mais recentes decisões.

Em acórdão de 3 de agosto de 1948, de que foi relator o eminente ministro Hahnemann Guimarães, declarou o Supremo Tribunal Federal: — “Não se deve, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o seu fim, é a interpretação teleológica”. (Revista Forense, pág. 394, vol. 127).

Não lhe ficou atrás o Tribunal de Justiça de Pernambuco, e numa atitude arrojada contra os processos retrógrados e caducos, pela voz do eminente desembargador Cunha Barreto, asseverou: — “Ninguém ignora que ao juiz cabe um grande e relevante papel na reestruturação do direito. É uma função dos tribunais adaptar a lei à realidade da vida. O juiz antecipa-se, muitas vezes, ao legislador na integração do fenómeno jurídico”. (Acórdão de 19 de setembro de 1947. Arquivo Forense, pág. 216, vol. 18).

Insistindo nessa nova orientação jurisprudencial repetiu o nosso Supremo Tribunal Federal, em outra decisão, êsses luminosos ensinamentos: — “Fácil é compreender o des-

tacado papel que representa o juiz, é nulo o do legislador. Não pode ser apenas jurista, conhecedor das leis. Mas também sociólogo e político, afeito ao conhecimento da vida sob todos os aspectos. Ainda deve ser filósofo, no bom sentido, pois os fins da lei reclamam, para o seu entendimento, uma pupila virada para o futuro e para dias melhores. Ser humano na alta expressão do vocábulo, a fim de que se torne guardião dos interesses coletivos contra privilégios. As duas qualidades da magistratura, a coragem profissional e o desinteresse, a que se refere o juiz Bouchardon, é preciso acrescentar o da compreensão da vida social". (Acórdão de 9 de novembro de 1949 do qual foi relator o eminente ministro Ribeiro da Costa. Arquivo Judiciário, pág. 222, vol. 93).

Ainda é o Supremo Tribunal Federal que fixa os limites da função interpretativa do juiz. Certamente que a regra jurídica não é o caminho rigoroso por onde deva perلustrar o intérprete mas, inegavelmente, são as balisas que indicam o rumo que deve êle seguir.

Essa orientação traçou-a com mãos de mestre o ministro Orozimbo Nonato, consagrado jurista nacional, em vigoroso e brilhante voto proferido no acórdão da nossa mais elevada Côrte de Justiça, datado de 17 de junho de 1942: — "Se o juiz pode e deve preferir, entre várias interpretações aquela que atende mais às aspirações da justiça e ao bem público, se êle é o adaptador consciente da lei ao fato, da norma legal à vida e, dentro dessa função move-se com liberdade, não pode jamais perder de vista o ponto de partida de sua atividade, e que é a lei, em sua letra e em seu espírito, e que lhe cumpre aplicar inteligentemente e não modificar ou alterar com habilidade e argúcia, fazendo contra ela prevalecer seus sentimentos pessoais de cidadão e jurista". (Revista de Direito Administrativo, vol. 2º, pág. 112).

Arbítrio do juiz, já dissemos, não quer dizer arbitrariedade. Na sua conduta de intérprete procure ter sempre a lhe orientar êsses sábios conselhos de Carlos Maximiliano: — "Deve o intérprete, acima de tudo, *desconfiar de si*, pesar bem as razões *pró* e *contra*, e verificar, esmeradamente, se é ver-

dadeira justiça, ou não ideais preconcebidos que o inclinam neste ou naquêlo sentido”. “Conhece-te a ti mesmo” — preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém completado assim: — “e desconfia de ti, quando fôr mister compreender e aplicar o Direito”.

Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepôr, sem o perceber, de boa fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zêlo pela justiça e “soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões”. (Obr. cit., pág. 115).

Em casos extremos, só em casos extremos, permita-se o juiz afastar-se do texto da lei, mas, ainda assim, seguindo os rumos que ela lhe traça. A sua conduta está determinada no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: — “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Diante do caso excepcional siga o aplicador da lei a trilha fixada, em traços vigorosos, pelo ministro Orozimbo Nonato nos seguintes termos: — “Se o aplicador da lei não deve tomar do *chemin glissant* do *bon juge*; se os delírios do *freies recht* levam a sorvedouros mortais; se o *sequitas cerebrina* é o veículo de formas extremas do arbítrio judicial, é certo que exaurida a fonte mais próxima do direito, a lei, em sua letra e em sua lógica, terá o intérprete que tomar do alfaraz dos princípios gerais, mundo maravilhoso em que vivem, para lembrar uma expressão de Geny, “inspirações e sugestões de tôdas as ciências sociais e até das ciências técnicas”. O direito, em suma, está principalmente na lei, que o exprime, e que traduz a vontade média dos cidadãos a que o juiz se acurva, ainda que haja de conter os impulsos de sua vontade pessoal. É um mal o excesso de subjetivismo na aplicação do direito; é êle vitando, ainda quando, por deficiência da lei, haja o juiz, para guiá-lo, apenas suas noções de direito e de injusto”. (Vêde Benjamin Cardoso — “A natureza do processo e a evolução do direito”, tradução de Leda Boechat Ro-

drigues, pág. 70/71). Pôsto que deva e possa o juiz vitalizar a lei com os insuflos da "consciência social", deve fazê-lo, na advertência de Degni, na medida em que êles receberam reconhecimento ainda que indireto, no sistema da legislação. Em suma, o sacratíssimo dos deveres do juiz é transformar-se em guarda sereno e circunspecto; mas intransigente e indobrável, da lei. Deve amá-la com tôdas as veras, mas de um amor esclarecido, lúcido, e não com a inconsciência de um amouco ou com a cegueira de um obsessivo. Sem a elasticidade normal na aplicação da lei, não se realiza o verdadeiro direito. E já se disse que a legítima interpretação da lei apoia-se sempre no texto, mas ultrapassa-o assaz de vezes, as mais das vezes. Não se pode, como dizia Saleilles, ver num Código um todo que se basta a si mesmo, vazio de vida orgânica, uma construção abstrata, e que nada recebe da vida exterior. O juiz deve, em síntese, guardar fieldade à lei, como expressão do direito, examinando-a em sua letra e procedendo a sondagens proferidas em seu espírito. Se a pesquisa é infrutuosa em dada hipótese, restam-lhe as regiões nunca vidimadas à última dos princípios gerais, como a apresenta Del Vecchio, sem relegar a olvido que, no direito, não troveja apenas o "demiurgo de princípios", porque êle deve ser, antes que tudo, um instrumento de felicidade humana". (Revista Forense, pág. 86, vol. 124).

A interpretação teleológica do texto, a que se refere o ministro Orozimbo Nonato, no seu excelente voto, cujo trecho transcrevemos, e que deve ser aplicada com sobriedade e nos casos extremos, como êle recomenda, tem hoje apoio na nossa legislação positiva.

Na nossa lei processual está ela expressa no art. 114 do Código de Processo Civil, quando declara que, quando o juiz for autorizado a decidir por equidade, aplicará a norma que estabelecerá se fosse legislador. E na Introdução ao Código Civil estatuiu no seu art. 5º: — "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

*NÃO SÃO INCONSTITUCIONAIS AS REGRAS LEGAIS DA NOSSA LEI CIVIL QUE AUTORIZAM O JUIZ A ESTABELEECER NORMAS DE DIREITO, QUANDO INTERPRETA A LEI.*

O ilustre professor J. Pinto Antunes, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em interessante trabalho publicado na Revista Forense, (Vol. 153, pág. 18 e seguintes), entende que o art. 114 do Código de Processo Civil e o 5º da Introdução ao Código Civil, são, hoje, inconstitucionais, diante do que dispõem o art. 36 e §§ 1º e 2º do mesmo artigo, da Constituição Federal vigente.

Em relação ao art. 114 do Código de Processo Civil, já havia dito o professor Valdemar Ferreira: — “Esse dispositivo, porém, se acha revogado pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Não somente a lei de Introdução ao Código Civil, nêle contida, estabeleceu, no art. 4º, que, quando a lei for omissa o juiz decidirá de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, como no art. 5º salientou que êle, ao aplicar a lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Não aludiu à equidade. Nem ao poder normativo do juiz”. (Instituições de Direito Comercial — volume I, pág. 154, edição de 1954).

Em verdade, com a devida vênia, parece-nos que não têm razão os dois eminentes mestres de direito. É óbvio que o intérprete, aplicando a lei, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, não pode e não deve se afastar do sadio e equilibrador princípio da equidade que, implicitamente, está contido no processo mental que o juiz fará para atingir o que a lei pretenderá alcançar, isto é, o bem social, em conclusão. Dêste modo seria dispensável repetir-se um elemento importante na interpretação da lei, para que o intérprete seguisse um rumo seguro para alcançar o fim a que ela se dirige.

E quanto ao poder normativo facultado ao juiz, será êle, inegavelmente, o desfecho a que chegará com o seu raciocínio;

pois, tendo de resolver o caso submetido a seu julgamento de acôrdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, atendendo sempre aos fins sociais e às exigências do bem comum, terá de criar o preceito que irá aplicar atendendo aos mesmos elementos que orientam os legisladores na elaboração das leis, desde que êles não as criam de maneira abstrata e só o fazem bem quando elas se ajustam à vida de um povo, como ensina F. Stone, citado por Brutau.

Quanto à invocada inconstitucionalidade das mencionadas regras jurídicas, cremos também, com o devido acatamento, que há evidente engano do preclaro professor mineiro.

O Poder Legislativo, quando, na lei processual, autorizou o juiz a aplicá-la, usando a equidade, como se fôsse um legislador, não delegou poderes seus ao Judiciário. Igualmente não delegou quando, na lei civil, estabeleceu que deveria interpretar a regra jurídica atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Em vez disto, fixou normas que o intérprete deve seguir, sem autorizar a fixar leis abstratamente.

O juiz, quando julga, já o dissemos e demonstrámos, não cria o Direito, quando precisa criá-lo, de modo abstrato; não preceitua regras jurídicas de caráter geral, para serem seguidas ou obedecidas rigorosamente por outros juizes ou, mesmo, por êle próprio, uma vez que amanhã, segundo as circunstâncias, decidirá de outra maneira, não estando obrigado a decidir segundo o caso anterior, como soe acontecer nos países de legislação codificada, como o nosso.

Outra coisa não ensina Ruggiero, a respeito do direito italiano, também codificado: — “A norma jurídica — seja legal ou consuetudinária — tem como característica fundamental o fato de ser universal e ter eficácia geral, porquanto o caso previsto pelo legislador é sempre e necessariamente um tipo ideal, abstrato e tanto mais perfeita a arte legislativa quanto máis a formação da norma prescindida das particularidades dos casos isolados concretos, os tornem tão amplos que abracem os casos futuros. *Pelo contrário, o caso que o juiz decide — quando aplica uma norma por êle criada — é sem-*

*pre um caso isolado, concreto; ao discipliná-lo exgota-se a sua função e o seu julgamento não tem assim eficácia ulterior, fora da relação concreta sôbre que decidiu. Esse julgamento, assim como não obriga os outros juizes, também não obriga aquêlê donde emanou e que fica com liberdade plena para, em caso idêntico, variar a solução dada no primeiro".* (Instituições de Dir. Civ., pág. 88).

E mais incisivo expõe o consagrado mestre italiano: — "Se existem no nosso direito positivo hipóteses excepcionais, nas quais ao juiz seja conferido um poder criador de normas, é questão que não pode ser discutida; em minha opinião é caso que se deve resolver negativamente porque, ainda quando por ser o caso incompletamente disciplinado pela norma, se confira ao juiz o poder de o disciplinar mais completamente, a disciplina feita em concreto é por um lado requerida pela própria lei e, por outro lado, não dá origem a uma norma geral e obrigatória, visto a faculdade que ao juiz é sempre reservada de atuar diversamente em outros casos idênticos".

Por sua vez só pode delegar poderes quem tem êsses poderes. De acôrdo com o nosso Estatuto básico, o Poder Legislativo não tem competência para interpretar leis. Isto é privativo do judiciário, nos regimes como o nosso. A Constituição da Monarquia no seu art. 15, n. 8, dispunha: — "É da atribuição da Assembléia Geral: — (omissis) 8º) Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las". Aí, sim, o Poder Legislativo tinha poderes para interpretar a lei e o fazia de autoridade, valia sua interpretação como a própria lei, isto é, tinha sentido geral, obrigava a todos e não era restrita apenas ao caso julgado. É esta a interpretação a que os doutrinadores chamam interpretação autêntica e seria e única que o legislativo poderia delegar. No caso da nossa legislação o legislador indicou o caminho, só e exclusivamente como um modo de interpretar a lei quando ela for omissa mas a decisão judicial nunca valerá como uma lei, o que tira seu caráter de regra normativa legislada, função do Poder Legislativo.

Não temos dúvida, pois, em asseverar que os mencionados dispositivos, tanto o da nossa lei processual, como o da

lei civil substantiva, estão em pleno vigor, não são inconstitucionais e devem ser cumpridos como regras seguras para interpretação das leis dentro dos estreitos limites a que se referiu o eminente ministro Orozimbo Nonato.

*EXEMPLOS ILUSTRATIVOS DA CRIAÇÃO  
DO DIREITO FEITA PELA JURISPRUDÊN-  
CIA, MESMO QUANDO SE USARAM MÉ-  
TODOS RETRÓGRADOS.*

Os juizes brasileiros, porém, quer seguissem, como seguiram no passado, os princípios interpretativos conforme os métodos preceituados pelo velho Paula Batista, os que determinavam que a lei bastava a tudo, sendo necessário somente que o intérprete conhecesse a vontade do legislador, a *mens legislatoris*, (obr. cit., pág. 75), ou adotassem o histórico evolutivo, em que a vontade do legislador não é a lei, pois esta tem vida própria, como produto sociológico do grupo de que o legislador se fez órgão, desprezando-se o que o legislador poderia ter querido, para se ter às exigências reais da vida, até o da livre manifestação científica que nada mais é do que o histórico evolutivo um tanto ampliado, (Carvalho dos Santos, obr. citada, pág. 75 a 77, vol. I), sob a inspiração de qualquer desses métodos, repetimos, o juiz brasileiro criou, sempre pôde criar o Direito, dando-lhe novas feições, quando não o revestia de novas características.

Ao tempo do Império os tribunais foram chamados para dirimir a controvérsia sobre se o assento de batismo, com assinatura do pai, reconhecendo o filho, e de mais duas testemunhas, era o instrumento público que se necessitava para essa exigência legal e se estava êle compreendido na expressão *escritura pública*, empregada no art. 3º da lei n. 473, de 2 de setembro de 1847, assim redigido: — “A prova de filiação natural, nos outros casos, (isto é, quando não feita por escritura pública antes do casamento do genitor), só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escritura pública ou testamento.

O debate jurídico, em torno desse assunto, foi prolongado e trouxe à liça, quer de um lado, como do outro, juristas e advogados do alto porte de Saldanha Marinho, Zacarias de Gois, Teixeira de Freitas, Rebouças, Perdigão Malheiros, etc.

“No pleito já referido, escreveu Hermenegildo de Barros, julgou a Relação do Rio, em 1872, que os assentos de batismo eram admitidos entre os meios de prova da filiação paterna, antes da lei de 2 de setembro de 1847, mas que êste havia limitado aquêles meios à escritura pública ou testamento; com o fim de firmar a paternidade natural em base segura e afastar da sociedade os atos de imoralidade, que ofereciam os processos dessa natureza, sendo certo que o assento de batismo não pode ser equiparado à escritura pública, por serem diversos os agentes que funcionam em um e outro ato, como diferentes são os fins a que ambos se destinam: em um caso, intervém o oficial público — o tabelião, para autenticar com duas testemunhas o reconhecimento do filho natural, feito pelo pai; em outro caso, funciona o sacerdote, para o fim especial de administrar o sacramento e certificar a data do nascimento”. (Da Sucessão em Geral — Manual do Código Civil, pág. 126, vol. XVIII).

O Supremo Tribunal de Justiça, de então, manteve essa jurisprudência e o atual Supremo Tribunal Federal, segundo informa Arnaldo Medeiros da Fonseca, em acórdão de 22 de abril de 1922 manteve a jurisprudência anterior decidindo que os assentos de batismo lavrados de 1863 a 1875, nos quais se declarara que os batizados eram filhos de determinada pessoa que não teve parte alguma em tais declarações, não eram aptos para provar a filiação”. (Investigação de Paternidade, págg. 109, nota 18).

No regime republicano, o mais recente caso de criação do direito feito pela jurisprudência, deve-se ao Tribunal de Justiça de São Paulo e já mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de se considerarem como pertencentes à comunhão os bens adquiridos por casais italianos, residentes no Brasil, quando antes não tinham qualquer recurso.



Em acórdão de 16 de janeiro de 1947, de que foi relator o ministro Anibal Freire, decidiu o Supremo Tribunal Federal: — “A interpretação dada pelos arestos últimos à situação dos casais de italianos residentes no país — presumindo pertencer a ambos os cônjuges os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, por pessoas antes destituídas de quaisquer recursos, — representa uma das vitórias mais brilhantes e um dos testemunhos mais persuasivos da força construtora da jurisprudência. Vivendo a vida local, apreendendo as suas características, o julgador paulista conformou o direito à realidade. Coube-lhe realizar a tarefa de que Viollet apelida de “pioneiros do direito”, isto é, os que descobrem domínios até então inexplorados. Conforme acentua Augustin Dumas, o direito não pode pretender perpétuamente a vida social nas mesmas categorias, (*L'essence du droit*, in *Archives de philosophie du droit*, 1936). O papel do juiz é classificar o conteúdo legal e adaptar por vezes as suas decisões ao espírito de iniciativa que, sem deformar a lei, imprima a esta a devida consonância com a realidade. Benjamin Cardoso, com a intrepidez peculiar à sua mentalidade, observou, que, mais cedo ou mais tarde, se as exigências da utilidade social forem suficientemente urgentes, se a aplicação de uma regra existente der lugar, em proporção suficiente, a injustiça ou inconvenientes, a utilidade tenderá a triunfar. Em apoio de sua assertiva lembra o conceito de Ehrlich de que a consideração do sistema legal, como num livro fechado, nunca foi mais do que um dogma puramente teórico das escolas e a jurisprudência jamais foi capaz, na sua longa existência, de resistir com êxito a uma forte e justa necessidade social ou econômica. (À natureza do processo e a evolução do direito, tradução de Leda Bochat Rodrigues — pág. 184). Nos vários casos de interpretação dos regimes de bens de casamentos, quanto aos aquetsos adquiridos na constância do matrimônio, ao julgador cabe diferenciar as diversas circunstâncias em que as hipóteses se apresentam. No caso versado nos autos igual a outros que constituíram objeto de decisões, não era natural que prevalecesse a grave e dolorosa injustiça de excluir das consequências

da comunhão de interesses quem para ela havia contribuído com esforço, labor e eficiência ininterruptos. Sancionaria o julgador, insensível ao exemplo da vida, uma clamorosa iniqüidade. Sobrelevam nas doudas razões do recorrente o argumento de que se estabeleceu na matéria constante dos autos uma jurisprudência de equidade. Rigorosamente a assertiva pode ser contrariada com a invocação de outros preceitos da lei civil atinentes às partes componentes de uma comunhão de interesses. Na verdade o julgador tinha de inspirar-se em tais conjunturas, na realidade palpável, oferecida à sua contemplação pela vida local. Não esquecerei jamais o anátema com que um romanista integral, Reynaldo Porchat, fulminava, no Conselho de Ensino, de que fazíamos parte, o apêlo à equidade, considerando-a como uma burla à lei, embora o consagrado autor, no seu curso, reconhecesse a ligação no direito romano clássico, entre a equidade e a justiça. A escusa do professor está na resistência oposta aos fraudadores do ensino. A defesa do julgador está em que é a lesão do direito que se resguarda em tais arestos. Aliás a evolução da equidade justificaria essa exegese, (Hamburg. *Modern Equity being the principles of equity*, 1932), e a corporificação da doutrina contida nesses arestos na legislação vigente vem confirmar a exação de tais julgados. (Art. 152 da Const. de 1937, arts. 4º e 5º da nova lei da Introdução, art. 18 do Dec.-Lei n. 3.200, de 1941)". (Revista Jur. Brasileira, vol. 76, pág. 34).

Como exemplo ilustrativo da tese que nos propusemos a sustentar, nenhum poderia ser mais completo, nem melhor exposto e fundamentado, do que o acórdão, oportuníssimo acórdão, que acabamos de transcrever. Mas, ainda não pararemos aqui, iremos um pouco mais longe na demonstração da matéria que tanto nos empolgou o espírito. Afastando-nos um pouco do ramo do direito civil iremos verificar que a nossa jurisprudência também tem se preocupado com a criação do direito em outras atividades do direito constituído.

Nas Constituições anteriores não havia qualquer dispositivo que garantisse o funcionário público contra os abusos do Poder Executivo, que os demitia arbitrariamente, deixan-

do-os em estado de extrema pobreza, às vezes até em extrema indigência, quando o demitido era já homem velho, incapaz de exercer outra qualquer atividade, devido sua extrema velhice. Para a consumação do ato lesivo aos direitos do funcionário bastaria que êle divergisse do pensamento político do partido a que pertencesse o Governo. Viria a demissão e com ela a falta dos meios econômicos com que se mantivesse o funcionário brioso que quis se manter fiel a seus princípios ou a suas amizades.

Contra essa clamorosa injustiça reagiu o judiciário. Obrigava o Governo a readmitir o espoliado e dispensar seu substituto, sem qualquer indenização, podendo voltar ao emprego anterior, se já o exercia.

Ainda no acórdão n. 519, de 3 de outubro de 1900, o Supremo Tribunal Federal só admitia a reintegração do funcionário demitido arbitrariamente, se gozasse êle das prerrogativas da vitaliciedade, porém no acórdão n. 2.132, datado de 28 de abril de 1913, de que foi relator o grande ministro Pedro Lessa, firmou a Egrégia Côrte a jurisprudência de que: — “A demissão do funcionário público só pode ser dada com observância da lei reguladora do caso, sendo nulo o ato do Governo que a dá sem motivo e sem essa observância, ficando o funcionário demitido com direito a tôdas as vantagens do cargo”.

Sôbre esta decisão escreveu Viveiros de Castro: — “A nova orientação do Supremo Tribunal Federal está de inteiro acôrdo com o princípio assente pela jurisprudência e pelas legislações estrangeiras”. (Direito Administrativo, pág. 585).

Reintegrado o demitido, o seu substituto, que fôra afastado pela volta do antigo titular, vinha ao pretório pedir indenização pela demissão, porém a jurisprudência coerente com os princípios gerais de direito, recusava-lhe qualquer ressarcimento uma vez que o ato pelo qual fôra nomeado era evidentemente nulo.

“De um ato nulo, sentenciou o Supremo Tribunal Federal, não pode resultar o reconhecimento de qualquer direito. Decretada a ilegalidade da demissão de um funcionário, ao

que havia sido nomeado em sua substituição nenhum direito assiste de permanência no cargo, ou das vantagens respectivas". (Revista do Supremo Tribunal Federal, vol. 52, pág. 132).

Ante essa jurisprudência unânime, uniforme e invariável, os constituintes de 1946 estabeleceram, como regra constitucional, o seguinte: — "Invalidada por sentença a demissão de qualquer funcionário, será êle reintegrado; e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de plano ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito a indenização". (art. 190).

A êsse dispositivo aduziu Carlos Maximiliano os seguintes comentários: — "O art. 190 espancou uma dúvida, levantada outrora e correntemente resolvida pelo pretório excelso: o indivíduo nomeado para um cargo estável ou vitalício, perde-o, se uma sentença invalida a demissão do respectivo titular anterior, e nenhuma indenização aufere. Apenas lhe cabe o direito ao lugar que porventura ocupasse, antes de obter a investidura que o aresto julgou irregular. O texto supremo assegura ao vencedor do pleito a reintegração imediata; se o Executivo não a concede espontâneamente a Justiça obriga-o por meio de mandado de segurança". (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 3º, pág. 252, n. 63).

Outra criação do direito, devida à persistente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi o Mandado de Segurança.

A Constituição de 1891 elevou à grandeza de um princípio constitucional, o *habeas-corpus* que, no Império, era regulamentado pela lei ordinária, apenas.

Em seu art. 73, § 22, dizia o primeiro Estatuto Constitucional Republicano: — "Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade, ou abuso de poder". Não existindo na nossa legislação um meio pronto para assegurar os direitos individuais dos cidadãos, pretendeu-se usar, ora a ação sumária especial, que tinha a desvantagem de não ser pronta e não poder imediatamente amparar o direito

violado, ora os interditos. Recorreram, então, os prejudicados, ao instituto do *habeas-corpus*, ampliando-se o seu campo de ação, não amparando êle somente a *liberdade de ir e vir*, mas também o motivo da locomoção do indivíduo: a própria função na vida pública, principalmente. Era a inexistência de um órgão jurídico, que, por força de imitação da natureza, exigia que antes se ampliasse no desempenho do seu papel no mundo do direito aplicado. (Melquiades Picanço — Mandado de Segurança, pág. 8).

Rui Barbosa e, logo em seguida, o preclaro e inesquecível ministro Pedro Lessa, defenderam a teoria de que o direito de *ir e vir* compreendia a própria finalidade da locomoção. A teoria defendida por êsses dois grandes vultos do direito pátrio, encontrou logo pronta acolhida no nosso Supremo Tribunal Federal.

O eminente ministro Edmundo Lins, sustentando seu voto no acórdão n. 5.514, de 24 de dezembro de 1910, asseverou: — “que admitia o *habeas-corpus* para proteger o exercício de qualquer outra função pública sempre que não houvesse, para a sua proteção, outro remédio jurídico e desde que a situação jurídica do paciente fosse certa, líquida e incontestável”. E concluiu, numa confissão de alto alcance jurídico: — “que a razão por que assim procedia era que, não podendo haver lesão de um direito individual sem a consequente reparação pelo Poder Judiciário, essa interpretação lata havia sido a garantia única dos oprimidos, não devendo, portanto, ser suprimida enquanto o Legislativo não adotasse, entre nós, outros remédios jurídicos adequados”. (Araujo Castro — A Nova Const. Brasileira, pág. 445).

E tal foi a persistência com que, neste sentido, se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, que o deputado Adolfo Bergamini, ao apresentar um substitutivo ao projeto de mandado de segurança, já existente na Câmara dos Deputados, pôde dizer como argumento em defesa do seu substitutivo: — “o que presenciei no antigo Supremo Tribunal Federal, onde juizes como Pedro Lessa, Sebastião de Lacerda, Amaro Cavalcanti, Guimarães Natal e outros concediam *habeas-corpus*

porque os direitos contra cuja violação se reclama não podiam ficar desamparados e tais casos entravam “na esfera da competência do Tribunal pela necessidade de restabelecer o direito desrespeitado”. (O Processo de Mandado de Segurança — Adolfo Bergamini — pág. 13).

A adaptação do *habeas-corporis* à proteção de qualquer direito individual, devido à grande elasticidade pela qual era empregada, provocou reação, “principalmente por parte de muitos daquêles que encarnavam o poder público”. Por êsse motivo veio a mutilação sofrida pelo art. 72, § 22 da Constituição de 1891, com a reforma de 1926, passando o *habeas-corporis* a proteger exclusivamente a liberdade física de quem se achasse preso ilegalmente ou ameaçado de o ser.

A consciência democrática do Brasil repeliu a reforma e impôs ao legislativo a necessidade de criar um instituto que viesse amparar os direitos individuais dos cidadãos com a presteza que assegurava o *habeas-corporis* na aplicação que lhe vinha dando o Poder Judiciário, antes da reforma constitucional de 1926.

O jurista Levi Carneiro dissera em discurso pronunciado no Instituto da Ordem dos Advogados: — “Dos erros cometidos a expressão mais doméstica, se assim me posso exprimir, foi, a meu ver, a mutilação do *habeas-corporis*”. (Citado por Melquíades Picanço, obr. cit., pág. 10).

Após muitas tentativas de intensa discussão no parlamento nacional, foi aprovado o projeto que se transformou na Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, aliás regulamentando o que havia sido estatuido no art. 113, n. 33, da Constituição de 1934, que havia declarado: — “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas-corporis*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as petições competentes”.

Na Constituição vigente foi o mandado de segurança incluído no § 24; do art. 141, como um dos direitos e garantias

individuais, achando-se o seu processo devidamente regulamentado por lei ordinária.

Foi êste instituto, garantia dos direitos individuais, uma criação da jurisprudência nacional, com o concurso dos nossos juristas profissionais — advogados e professores de Direito.

Como no exemplo indicado, é indispensável o concurso eficiente, elucidativo e honesto dos juristas e particularmente dos advogados, medianeiros dedicados entre o fato que se esboça na controvérsia e o julgador, na formação do direito. Já se disse que são êles os sapadores do Direito e, efetivamente, é por seu intermédio que o Direito é transportado do meio social em que se elaborou para a presença do juiz que o proclamará, usando dos processos de interpretação que o legislador pôs à sua disposição, no intuito de atender às sempre crescentes necessidades sociais e às exigências do bem comum.

De tudo quanto expusemos ficou evidenciado que a jurisprudência tem mesmo a função de criar o Direito, pois, como disse profeticamente Clóvis Bevilacqua, “o intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fator da evolução jurídica”. (Teoria Geral do Direito, pág. 55).

A Jurisprudência, já não se pode negar, tem um imenso valor na vida do Direito e ela, com o andar do tempo, acaba por sobrepôr à letra escrita o direito vivo dos textos judiciais”, como apregoava Rui Barbosa, o grande apóstolo do Direito. (Plataforma, pág. 29).

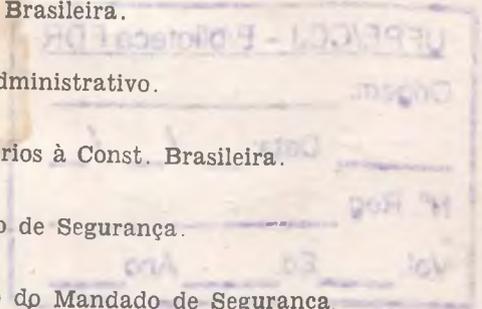
## BIBLIOGRAFIA

Obras e autores consultados para a elaboração do presente trabalho:

- MARCEL PLANIOL — *Traité Élémentaire de Droit Civil.*
- RODOLFO von IHERING — *A luta pelo Direito (trad. portuguesa).*
- GIUSEPPE D'AGUANO — *La Genezi e l'Evoluzione del Diritto Civile.*
- CLÓVIS BEVILAQUA — *Opúsculos.*
- EDMOND PICARD — *Droit Pur.*
- FUSTEL DE COULANGE — *A cidade antiga (trad. portuguesa).*
- JOSÉ PUIG BRUTAU — *La Jurisprudência como fuente del Derecho.*
- JEAN CRUET — *A vida do Direito. (trad. portuguesa).*
- GEORGE RIPERT — *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno (trad. portuguesa).*
- COLIN & CAPITANT — *Cours Élémentaire de Droit Civil Français.*
- CARLOS MAXIMILIANO — *Hermenêutica e aplicação do Direito.*
- PAULA BATISTA — *Processo Civil.*
- JOAO FRAZEN DE LIMA — *Curso de Direito Civil Braslleiro.*
- EDUARDO ESPINOLA — *Discurso in Revista Forense.*

- VIEIRA FERREIRA — Consolidação das Leis Cíveis.
- PAULO DE LACERDA — Manual do Código Civil.
- ALÍPIO SILVEIRA — O Fator Político-Social na Interpretação das Leis.
- FRANCISCO FERRARA — Interpretação e Aplicação das Leis (Tradução portuguesa).
- PEDRO LESSA — O Poder Judiciário.
- CARVALHO SANTOS — O Código Civil Interpretado.
- PONTES DE MIRANDA — Comentários à Constituição de 1946.
- JOÃO BARBALHO — Constituição Federal Brasileira.
- EURICO CIMBALI — A nova fase do Direito (trad. port.).
- ANDRADE BEZERRA — Prefácio ao Direito Nacional de Martins Júnior.
- PONTES DE MIRANDA — Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro.
- MARTINS JUNIOR — O Direito Nacional.
- TEIXEIRA DE FREITAS — Consolidação das Leis Cíveis.
- ALFREDO VALADÃO — Da Aclamação à Maioridade.
- FAELANTE DA CÂMARA — Revista da Faculdade de Direito do Recife.
- LAFAIETE PEREIRA — Direito de Família.
- CLÓVIS BEVILÁQUA — Código Civil Comentado.

- OROZIMBO NONATO — Voto in Revista Forense.
- VALDEMAR FERREIRA — Instituições de Direito Comercial.
- ROBERTO RUGGIERO — Instituições de Direito Civil (tradução portuguesa).
- J. PINTO ANTUNES — Artigo in Revista Forense.
- HERMENEGILDO DE BARROS — Manual do Código Civil.
- ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA — Investigação de Paternidade.
- ANIBAL FREIRE — Voto in Rev. J. Brasileira.
- VIVEIROS DE CASTRO — Direito Administrativo.
- CARLOS MAXIMILIANO — Comentários à Const. Brasileira.
- MELQUIADES PICANÇO — Mandado de Segurança.
- ADOLFO BERGAMINI — O Processo do Mandado de Segurança.
- CLÓVIS BEVILAQUA — Teoria Geral do Direito.
- OSCAR RABASA — El Derecho Angloamericano.
- V. CASTRO GARMS — Repertório de Jurisprudência do Código Civil.





UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
BIBLIOTECA Direito

F340.6/J82j

F49-69

Prove que sabe honrar os seus compromissos  
devolvendo com pontualidade este livro à Biblioteca.

JORDÃO FILHO, *Angelo*

JURISPRUDENCIA - fonte  
criadora do direito



F