

# JURISPRUDÊNCIA COMO FUNÇÃO SUBSTITUTIVA DO LEGISLADOR

VOLNEI IVO CARLIN  
Professor CPGD/UFSC  
Juiz de Direito

## INTRODUÇÃO

Talvez tenhamos chegado ao momento de sobrepor à Teoria das Fontes do Direito uma 'Teoria de Modelos Jurídicos', para que o juiz possa consolidar seus **status** no ordenamento processual. Ampliar seu espaço de atuação dentro do sistema jurídico moderno, larguear os conceitos de discricionariedade, inspiradora equidade e prudente arbítrio, caminhos legais indiscutíveis para o magistrado amplificar seus poderes sem se afastar dos princípios de ordem pública - essas novas soluções jurídicas certamente irão aproximar a justiça dos cidadãos, tornando-a de abstrata possibilidade ideal em realidade jurídico-social.

Para tanto, busquemos os juristas que a sociedade requer, com o indispensável aperfeiçoamento intelectual, e um sistema processual antiformalista, para que se crie, então, uma jurisprudência que exerça função precípua na formação do direito normativo.

Assim, revistas as superadas teorias vigentes, teremos no juiz um **agent: créateur du droit**, constituindo-se a jurisprudência uma verdadeira força supletiva do direito, em vez de um judiciário burocratizado, com rotina de

decisões, completa falta de criatividade, preocupações carreiristas dos magistrados, fatores que destacam as crescentes críticas da sociedade à sua magistratura e que estão a exigir sérias reflexões nesta época de evidente transição das instituições jurídico-sociais (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. In Poderes Éticos do Juiz. Fabris Editor. Porto Alegre. 1987. p. 54).

## I - DOUTRINA JUDICIÁRIA

No geral, têm-se três fontes de direito: a lei, o costume e a jurisprudência.

A lei consiste numa regra de direito escrito, emanada do poder competente, ou seja, do exercício do legislativo e do executivo, o que a torna permanente e abstrata.

O costume, que historicamente precedeu a lei escrita, mediante certas condições, tornou-se uma regra de direito.

Já a jurisprudência (de jus, júris = direito, e prudentia = conhecimento) encontra-se insitivamente ligada à função do magistrado, e pode ser definida como a interpretação da lei pelos tribunais.

Destarte, o Judiciário, ao interpretar juridicamente um fato, rompe definitivamente o liame que o subordina ao Legislativo, podendo dar ensejo ao nascimento de uma nova orientação jurisprudencial, traduzida numa fonte específica de direito. Daí se depreende a importância das lições deixadas pelos tribunais.

Ora, sabe-se que a jurisprudência se originou mediante a combinação de três princípios: o da separação dos poderes (consoante o clássico conceito montesquiano), aquele da proibição do juiz de se pronunciar a não ser em casos concretos e, por último, o da observância relativa da **res judicata** (que não deve ser confundida com

coisas decidida). Obedecidas essas regras, pode-se afirmar que certos domínios do direito são regidos essencialmente pela orientação jurisprudencial.

Em conseqüência, à medida que as atribuições atinentes ao Judiciário evoluírem racionalmente, através de sua jurisprudência, estarão contribuindo, sábia e substancialmente, para harmonizar os textos votados pelo legislador. Poder-se-ia mesmo exigir, para que isso acontecesse - pois proibição inexistem -, que o juiz se dirigisse, não raramente, ao legislador, a fim de que este lhe explicasse a lei ou, quando menos, lhe prescrevesse regras básicas para interpretação de determinadas normas legais, imprimindo-lhes mesmo caráter oficial (JOLOWICZ, J. A. *In Droit Anglais*. Dalloz. 1986 p. 58/59). Teríamos, então sim, aquilo que modernamente se convençionou chamar de "Doutrina Judiciária".

## **II - O PODER CRIADOR DO JUIZ**

Em regra, na verdade, o julgador encontra-se ligado a precedentes jurisprudenciais, **lato sensu**. Essa postura, no entanto, não deve ser definitiva.

### **a) O poder discricionário do intérprete da lei**

Ao juiz é conferida uma certa liberdade na interpretação da lei. Quando lhe é exigido solução para um determinado caso, ele não pode deixar de decidi-lo pretextando silêncio, obscuridade ou insuficiência de lei, pois, assim procedendo, estaria caracterizando flagrante denegação de justiça. E, nesse poder discricionário, ao fazer prevalecer concretamente uma das teses, o julgador exercerá um verdadeiro poder criador do direito.

Por evidente, ao analisar o fato concreto, deve o magistrado apoiar-se em normas gerais, embora de conteúdo determinado, que o

conduzam a uma definição precisa. Assim, deverão ser observados os bons costumes, os princípios gerais de ordem pública e de boa fé, de equidade, etc.

Vê-se, por ilação lógica, que de um mesmo texto legal pode-se extrair soluções muito diferentes. E esses resultados, conseqüentes de processos julgados, podem constituir, **a latere** da lei, um novo direito, que muito nos lembra a obra dos pretores romanos.

#### **b) A jurisprudência preparando o caminho do legislador**

A matéria vem merecendo destaque, a nível de direito comparado, em face da incipiente legislação referente à proteção da vida privada no exercício profissional de certos jornalistas indiscretos, notadamente em questões de artistas de cinema, incitando o legislador a buscar soluções nas demandas forenses, onde a jurisprudência procura proteger o chamado "direito moral" dos atores.

As lições pretorianas, nesses casos, adaptaram velhos textos à evolução natural da vida, chegando os juizes muitas vezes a exercer o papel do legislador. Quer na interpretação de textos legais ou mesmo no silêncio da lei, a jurisprudência mostrou, **in specie**, muita determinação, coragem e grande audácia. Ela teve que se apoiar, não raras vezes, nas teorias do abuso de direito ou nos princípios gerais de direito para chegar à verdadeira intenção do demandante.

A força criadora da jurisprudência, desta forma, obrigou o legislador e o próprio Governo a aceitar o crescente poder dos magistrados. Depreende-se, assim, tanto na esfera civil como na penal, que a ação do juiz outorgou à magistratura uma dimensão moderna de justiça.

Em remate, sente-se que o legislador, especificamente na França, a cada dia que passa, reconhece mais que a lei deve abandonar ao juiz todos os casos particulares, pois sente que, sozinho, não pode

abraçar a generalidade das normas. Seria a aplicação, pura e simples, do princípio de **imperium** outorgado ao juiz. Como exemplo prático, extrai-se da jurisprudência francesa a criação de uma instituição bem original, qual seja, a do mandatário **ad hoc**, que, à testa de uma empresa em dificuldades, teria a missão destacada de manter informados sobre a administração da referida pessoa jurídica de direito privado tanto a autoridade judiciária como o membro do Ministério Público, permitindo-lhes, dessa forma, manter uma fiscalização eficaz.

### III - LIMITES AO PODER CRIADOR DO JUIZ

No exercício da função jurisprudencial, o poder criador do juiz é limitado em virtude da lei e em decorrência do processo.

A criação jurisprudencial permanece subordinada à lei. Se o juiz dispõe, na realidade, de uma relativa liberdade na sua interpretação e aplicação, ele se inspira na lealdade de consciência da necessidade da lei.

De toda maneira, a jurisprudência, mesmo a mais constante, não escapa completamente à vontade do legislador. Este poderá incorporar, numa nova lei, uma solução jurisprudencial, numa reforma ampla.

Mas o legislador pode, por outro lado, modificar a jurisprudência. Em caso de conflito, por exemplo, ele pode explicar o sentido que pretendeu dar ao texto, editando uma lei interpretativa, embora, entre nós, tais intervenções sejam raríssimas, mesmo quando o magistrado interpreta de conformidade com o senso social ou a opinião pública.

Os tribunais, por sua vez, não escapam, quando no exercício

da função jurisprudencial, dos liames que os une ao desfecho do processo, não permitindo, via de conseqüência, ao juiz mais que uma criação limitada.

Assim, o processo exerce sua influência sobre a elaboração da jurisprudência. Seria o caso, de todo vantajoso, de permitir-se que a lei fosse interpretada independentemente do processo, autorizando os magistrados ou jurisdicionados a solicitar o parecer interpretativo de uma lei ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ratificando, dessa forma, a teoria da separação dos poderes pregada por Montesquieu.

#### **IV - CONOTAÇÃO POLÍTICA DO ATO DE JULGAR**

O julgador tem, necessariamente e de mais a mais, um poder criador. Se ao legislativo se atribui a criação das leis, os juizes, que necessariamente as interpretam, completando e criando o direito, embora timidamente (para se evitar o surgimento do "**gouvernement des juges**"), tem seu exercício condicionado a uma autolimitação.

Portanto, filosoficamente, a afirmação de que o ato de julgar é um ato político é perfeitamente exata, se se quer com isto dizer que o ato de julgar é condicionado à organização da vida política, econômica e social dos cidadãos.

Em resumo: completando o trabalho do legislador, o magistrado participa da elaboração das regras que se destinam a reger a cidade aplicando-lhe uma certa política, tudo restando, evidentemente, dentro dos limites de seu poder: Renovando a aplicação dos textos, em favor de conceitos fluidos e de uma interpretação hábil, o juiz exerce o seu direito e o seu dever, sem tomar posição de direita ou de esquerda, em favor ou não do locatário, proprietário ou burguês decadente, circunscrevendo sua conduta na linha da neutra -

lidade, já que a jurisprudência constitui "o instrumento indispensável que precisa e completa a lei, que assegura a fusão das legislações sucessivas e de inspirações diversas, permitindo assim a evolução corrente do direito positivo". (GHESTIN ET BOUBEAUX. Traité de Droit Civil. Introduction Générale. T. 1. LGDJ. 1977).

## CONCLUSÕES

O juiz, como agente imparcial do processo, deve exercer sua tutela no ordenamento jurídico como verdadeiro instrumento de jurisdição a serviço dos litigantes.

Assim agindo, estará atendendo ao escopo do processo moderno, de índole social, que deve ser antiformalista e célere. Seus deveres terão que ser exercidos de forma enérgica e ampliativa, no sentido de prestigiar suas funções e destacar sua autoridade.

Vê-se, enfim, de maneira mais ou menos sistemática e de forma implícita, que os magistrados se comportam, muitas vezes contraditoriamente, esquecendo-se de que seu verdadeiro exercício se constitui na **puissance de juger**, na feliz expressão de Montesquieu.

Mas, é verdade, o magistrado ainda se movimenta em um universo estático, em razão também da incipiência dos métodos de recrutamento, da falta de critérios claros e objetivos na sua promoção, seu acentuado e crescente despreparo profissional e sua incerteza do futuro.

Tudo, enfim, lhe corrói as forças para o exercício prático de seu poder criador, deixando o magistrado de invocar outros critérios que não os puramente formais, que o fazem cair na jurisprudência tradicional que, por isso mesmo, não preenche os requisitos de cientificidade e tampouco satisfaz os anseios dos jurisdicionados.