

Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência

A. CARLOS FONSECA
Assessor de Ministro do Tribunal
Federal de Recursos.
(Do Curso de Mestrado da UnB)

SUMÁRIO

I — TÉCNICA JURÍDICA

1. *Introdução*
2. *Lei: conteúdo e linguagem*
3. *Aplicação da lei*
4. *Interpretação e construção*

II — JURISPRUDÊNCIA

1. *Introdução*
2. *Jurisprudência criadora*
 - a) *No direito comum*
 - b) *No direito constitucional*
 - c) *No direito sumulado*

III — CONCLUSÕES

I — TÉCNICA JURÍDICA

1. *Introdução*

Toda atividade lógica desenvolvida pelo homem realiza-se impregnada de uma técnica. Há, de alguma forma, uma técnica a presidir o fazer algo. É uma “mão invisível” a instruir toda ação humana. Há uma técnica nas guerras, nas orações de Cícero; na construção das pirâmides do Egito e na construção dos arranha-céus do século XX. Uma técnica rudimentar ou sofisticada não é menos que uma técnica.

Ter um método é necessário, ou conveniente ao menos, para realizar qualquer atividade dirigida a um fim determinado, mesmo quando não seja científico esse fim; e na ciência com maior razão, a ponto tal que o método deve

Orientação: Professor Doutor JOSAPHAT MARINHO.

ser considerado como inseparável dela. Se o método significa rumo ou direção que se há de seguir para a consecução de um objetivo ou um fim, sua necessidade é de evidência intuitiva, a menos que se não saiba aonde se vá (1).

Convencionalmente, temos uma acepção de técnica como procedimento ou modo de realizar algo com sujeição a uma experiência, desenvolvida com a ajuda da ciência ou da arte. Envolve um conhecimento artístico e, ao mesmo tempo, representa uma forma de utilização prática e objetiva da ciência, segundo delineamento da Teoria dos Atos Cognitivos de ARISTÓTELES (2).

Tratamos de uma técnica que extrapola do campo empírico, rudimentar; de uma técnica que caminha ao lado da ciência, na mira de um organismo estético, particularmente de um organismo jurídico.

Uma técnica que enseja ao jurista uma conscientização da relação homem/fenômeno jurídico; forma uma atitude, jungida ao talento operativo do técnico, necessária à percepção dos fenômenos que interessam à ciência jurídica e útil à análise política e à interpretação das espécies propostas (diagnóstico jurídico).

Antes, pois, de um processo, é a técnica uma necessidade para lograr eficácia no estudo, na investigação e na construção. A técnica é, portanto, formativa, e o grau de sua eficácia depende da adequação ao objeto investigado. Deve ser condizente com o campo de atuação, para garantir a realização dos fins almejados pela ciência considerada.

Há uma técnica jurídica e uma prática jurídica. Através daquela a ciência floresce, vivifica; por meio desta, criam-se os hábitos, oriundos da observação. A prática assume uma visão meramente profissional; está, em relação à técnica, em categoria inferior, embora se tenha que admitir serem uma e outra dois instantes de uma única realidade (3).

Essa distinção se impõe para melhor apreensão do que seja técnica jurídica.

A técnica jurídica, sob certo aspecto, cuida da forma, modo de elaboração e clareza da lei. Também pela técnica jurídica é transformado o princípio

(1) BIELSA, Rafael. *Metodología Jurídica*. Santa Fé, Argentina, 1961, p. 1.

(2) Observa o Prof. SÍLVIO DE MACEDO que a técnica, segundo a Teoria dos Atos Cognitivos de ARISTÓTELES, não representa somente uma forma de conhecimento artístico; a *Tekne* ou *Ars* significa a ciência sob utilização prática, através de meios apropriados e legítimos. Há uma técnica jurídica ao lado de uma arte jurídica, como há uma técnica médica ao lado de uma arte médica. Não só uma arte de pintores, músicos, arquitetos, ou arte literária. Há também uma arte que penetra sutilmente com "pés de lã" no edifício científico. A arte, além de deslumbramento, serve, segundo ARISTÓTELES, de causa instrumental do próprio trabalho do cientista e do filósofo ("Fundamentos de uma Epistemologia" — Tese de Doutorado em Ciências Econômicas, apresentada à Faculdade de Ciências Econômicas da Paraíba — pp. 3-4).

(3) MACEDO, Sílvio. *Introdução à Ciência do Direito*, p. 169, Forense, 1.ª edição. S. Paulo, 1970.

abstrato em princípio concreto; significa traduzir o princípio fornecido pela ciência jurídica numa regra eficaz.

A existência de uma ciência supõe a existência de uma técnica. A ciência do direito consiste na investigação metódica do fenômeno jurídico e a sistemática do conhecimento resultante. O direito nasce dos fatos (*jus oritur ex facto*), e pela investigação e interpretação destes constroem-se princípios, criam-se conceitos que devem atender aos fatos sociais, ou não são úteis à sociedade para a qual o direito é dirigido. A técnica jurídica, de sua vez, aplica esses conceitos e princípios, estabelece meios e processos pelos quais se cria, se interpreta e se aplica o direito. São meios que garantem a realização dos fins almejados pela política jurídica; e, ao mesmo tempo, constitui uma arte que assegura a estética do ordenamento jurídico.

Há uma técnica formal e uma técnica fundamental ou material.

A técnica formal consiste na arte de bem redigir as leis. A má redação de um texto tem o inconveniente de criar dúvidas sobre a aplicação e a interpretação da lei. Mas, se compromete a visão da lei, não influi em sua natureza. Uma lei mal redigida não é menos uma lei. A técnica fundamental tem importância maior. Estabelece em que condições nasce a regra jurídica. Se essas condições não são preenchidas, o ato formal denominado lei representará verdadeira regra de direito. Nesta hipótese, a lei nasce mas não será viável, e o poder político terá feito norma inútil (4).

A técnica jurídica interessa tanto ao legislador quanto ao juiz; deve ser observada tanto na formulação quanto na interpretação e aplicação das leis.

Consiste, portanto, a técnica jurídica no adequado manejo dos meios que permitem alcançar os fins que persegue a ciência do direito. Ditos fins obtêm-se mediante a formulação e a aplicação das normas; segue-se daí que há uma técnica de formulação e outra de aplicação: a primeira refere-se à elaboração e redação das normas; a segunda, à aplicação destas aos casos particulares (5).

Através da técnica, transforma-se o "optativo político" — segundo acentua o Prof. JOSAPHAT MARINHO, repetindo DABIN — "no imperativo jurídico" (6).

A lei será tanto mais válida quanto mais se adequar às aspirações da sociedade; a sua destinação mesma encerra a dignidade e a retidão da atividade que a cria, aplica e a interpreta.

O processo de criação, interpretação e aplicação da lei realiza-se através de atos; são atos tão sérios quanto dignificantes. Por isso, o uso da boa técnica jurídica, além de uma necessidade, espelha, ou pelo menos deve espelhar, a projeção de uma atitude decente.

(4) RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*, cap. VI, p. 308. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955.

(5) QUINTANA, Segundo V. Linares. "Técnica de la Formulación de las Constituciones". *Rev. de Inf. Legislativa*, Brasília, s. 17, n. 66 — abr./jun. 1980, p. 5.

(6) Resumo de aula da disciplina Técnica Jurídica do Curso de Mestrado, UnB.

Pela técnica, o raciocínio jurídico ganha em solidez o que perde em variedade (7). Ela exerce uma função subsidiária à intuição do fenômeno jurídico e ao desenvolvimento do raciocínio crítico, num plano de verdadeira simbiose com a ciência.

2. *Lei: conteúdo e linguagem*

Vimos atrás o conceito, a importância e a validade da técnica, precisamente da técnica aplicada à ciência do direito; uma abordagem da técnica jurídica nos seus aspectos formal e material.

A noção de técnica fundamental ou material conduz à idéia de que o legislador, no exercício da sua função, deve ter uma sensibilidade para ver o mundo através da sociedade. É uma necessidade que se impõe ao legislador.

Ver o mundo com os olhos da sociedade significa tomar uma consciência do homem em suas múltiplas relações com o mundo. Neste plano de idéias, o legislador contempla as práticas sociais; percebe e interpreta os sentimentos e as tendências predominantes, para daí elaborar as leis como expressão da realidade social. Tal é um desafio e, ao mesmo tempo, uma necessidade: um desafio à medida que exige do legislador capacidade, fina intuição e habilidade política; uma necessidade porque a lei hoje obriga antes pelo seu conteúdo, do que pela sua origem, e, sendo de reconhecida utilidade, obedecer-lhe é mais que um dever.

Quanto mais a lei atender às aspirações sociais, tanto mais ela será cumprida e respeitada, legítima e eficaz. Nesta ordem, o direito tende a firmar-se como uma espécie de experiência cultural, isto é, uma realidade que resulta da natureza social e histórica do homem (8).

Ao projetar a realidade social, a lei alcança a sua virtude e o legislador realiza uma obra útil, a merecer acalorada adesão da consciência social. Mas, ao revés, "se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles; se entende seguir a lógica pura da sua razão, o milagre pode compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais; e, se quer estar rigorosamente de acordo consigo mesmo, como não o cessará de o estar com a realidade?" (9).

Compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais é tarefa imprescindível à elaboração de uma lei coerente com os fatos. Dado que o direito é uma ordem de convivência humana, a coerência das leis com os fatos há de ser observada em qualquer regime. As leis ou "coutumes d'un peuple esclave sont une partie de sa servitude: celles d'un peuple libre sont une partie de sa liberté" (10). Tal evidência é reconhecida porque a lei é um instrumento de

(7) PERROT, Roger. *Da Influência da Técnica sobre o Fim das Instituições*.

(8) REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*, pp. 111-112, Ed. Saraiva S.A., S. Paulo, 1968.

(9) CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, p. 17.

(10) MONTESQUIEU. *De l'Esprit des Loix* — Éditions Garnier Frères — 6, Rue des Saints-Pères, Paris (Tomo I, Liv. XIX, cap. XXVII, p. 334).

solução dos problemas sociais, por isso deve ajustar-se às peculiaridades da sociedade, atendendo às suas estruturas.

O direito, portanto, como fato, revela as várias formas de relações vitais entre os indivíduos e entre estes e o Estado. As leis serão apenas uma forma de expressão, e no seu conteúdo radica a realidade substancial da vida (11).

Dentro desta visão, escreveu MONTESQUIEU, examinando as relações que as leis devem revelar, acentuando que elas (as leis) "doivent être relatives au physique du pays; au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs ou pasteurs; elles doivent se rapporter au degré de liberté que la Constitution peut souffrir; à la religion des habitants, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin elles ont des rapports entre elles; elles en ont avec leur origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des choses sur lesquelles elles sont établies" (12). Todas essas miras — na linguagem de MONTESQUIEU — devem ser consideradas.

A lei, no seu objeto, encerra uma expressão axiológica, vale dizer, a norma jurídica enquanto apreende a conduta humana representa uma interpretação normativa e uma valoração dos fatos dessa conduta.

Merece acentuar, contudo, que a lei nunca é expressão da totalidade do pensamento coletivo. Antes, é fruto de pensamentos e interesses dominantes. Daí a afirmação evidente de que o direito é uma expressão de uma determinada concepção do mundo; interesses predominantes de um sistema sócio-econômico (13).

Na totalidade social, o Estado e as associações políticas são uma relação de dominação de homens sobre homens. Em todos os setores da vida, há uma dominação de classes sobre classes, de grupos sobre grupos. São forças que interagem no campo social, representadas pelos imperativos econômicos, sociais, políticos, físicos, religiosos, morais e espirituais. O direito, nesse quadro da vida, tende a ser o grau de valência de todas as forças interferentes; ou a medida da dominação, quando esta não impõe a medida do direito.

Sendo o Estado a expressão de um poder legítimo, ou como tal considerado, ora favorece às classes dominantes, ora faz concessões às classes dominadas. E dentro desse processo de dominação, cumpre registrar a existência de dois fenômenos de pós-guerra, que não escapam da investigação: a concentração da política e a acumulação do capital. São dados que ora facilitam, ora dificultam a concretização das aspirações sociais (14).

(11) SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, *Estudos de Direito Público*, p. 16, 2.^a edição — M.J., Brasília, 1977.

(12) MONTESQUIEU, ob. cit. (Tomo I, liv. primeiro, cap. III, pp. 10-11).

(13) DÍAZ, Elias. *Sociología y Filosofía del Derecho*, p. 12, 2.^a edição, Tauros Ediciones S/A. — Madrid, 1980.

(14) Cf. TRISTÃO DE ATHAYDE, em artigo publicado no jornal *Opinião*, edição de 1º-5-81, p. 11.

Nessa linha de consideração, é de ver que as leis sempre traduzem algo de parcialidade. “A generalidade do texto” — ressalta CRUET — “desaparece se se tem o cuidado de ler o relatório, e é permitido afirmar que todas as leis, senão pelo seu fim, ao menos pela sua ocasião, são leis de circunstâncias”.

A lei “Bill Aberdeen”, de agosto de 1845, foi aprovada pelo Parlamento inglês sob a invocação de ideais humanísticos, qual seja, a liberdade dos escravos, em síntese. A referida lei “visava especialmente ao Brasil e declarava ser legal o aprisionamento de qualquer navio negreiro, determinando também que os infratores seriam julgados por tribunais ingleses” (15); representava as pressões dos ingleses, que, por motivos religiosos, de solidariedade humana ou filantrópicos, perseguiam radicalmente a importação de escravos africanos para o Brasil. Mas, subjacentes aos influxos altaneiros que inspiraram Lord Aberdeen, autor da lei já mencionada, estavam os interesses dos grupos econômicos ingleses, que pretendiam, com a abolição da escravidão, escassear a força de trabalho nas plantações de cana-de-açúcar, para desvanecer a concorrência do Brasil Colônia no setor. A lei “Bill Aberdeen”, como registra a História, traduz uma categoria de interesses.

A lei não é somente a expressão dos interesses; é fórmula de satisfação de necessidades sociais vigentes. As leis sociais ou trabalhistas são concessões de grupos a outros grupos, tendentes a assegurar, de um lado, os interesses de uns e, do lado de lá, as necessidades dos outros. São faces de uma mesma realidade, onde o direito atua como “a técnica da paz”, na lição de ULPIANO. Esse fenômeno está bem caracterizado na afirmação de JEAN CRUET: “A crença na onipotência da lei aumenta a intensidade das lutas políticas. Uns imaginam que a lei tudo pode tirar-lhes, outros que tudo pode dar-lhes: o receio daqueles faz a esperança destes”. E conclui indagando: “mas não serão quiméricos uns e outros?” (16).

A lei deve ser a expressão da realidade, como já dissemos. O seu conteúdo, porém, pode encerrar uma ação corretiva da realidade. Nesta hipótese, a lei estará comprometida com um fim de controle social, pois que tende a imprimir

(15) Ver SOUTO MAIOR BORGES em *História do Brasil*, pp. 327-341, 6.ª edição. Cia. Editora Nacional, S. Paulo — 1968. BORGES ressalta que com a abolição da escravatura nos domínios da Inglaterra, a Jamaica perdeu a força de trabalho dos escravos, com manifesta repercussão na economia açucareira, e afirma: “A concorrência entre as duas colônias produtoras de açúcar, Jamaica (pertencente a Inglaterra) e o Brasil (colônia de Portugal), era renhida. A produção brasileira, contudo, tinha a seu favor o fato de serem aqui as terras muito mais baratas. Extinguindo-se a exploração do braço escravo na Jamaica, seria fatal o aumento da produção brasileira e o oferecimento do açúcar, nos mercados internacionais, a preço com o qual os produtores e comerciantes ingleses jamais poderiam concorrer. Em face dessa situação, os grandes grupos financeiros ingleses passaram a trabalhar ativamente pela abolição da escravatura nas regiões que lhes faziam concorrência. Assim a causa dos “santos” transformou-se em questão política e econômica de grande importância para os financistas ingleses, interessados em salvar a ameaça da economia de suas colônias” (p. 329).

(16) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 21.

uma direção à comunidade a que se destina. É, ao lado da regulação, uma outra função do direito; o direcionamento da sociedade (17).

Foram educativas as leis do ideal abolicionista. Este nasceu dos próprios escravos com a formação dos quilombos e floresceu na ideologia da Conjuração Mineira (1780) e na dos revolucionários de 1817. Como frutos do abolicionismo cada vez mais crescente, surgiram as Leis Eusébio de Queirós (1850), do Ventre Livre (1871), a dos Sexagenários (1885) e, finalmente, a Lei Áurea (13 de maio de 1888), esta que aboliu a escravidão no Brasil e foi causa de fortalecimento do ideal republicano, em detrimento da Coroa. Todas as leis supra-referidas foram marcadas por um conteúdo de função educativa ou corretiva. Todas elas, embora de grande alcance social, representaram, para a época, uma antilogia com a realidade então vigente, porque contrariavam os interesses dos grupos dominantes.

Essa função corretiva da lei não é bem delineada em *Teoria Pura do Direito*, mas o seu autor, KELSEN, não a nega. Não se trata, porém, de uma função nova do direito, porque sempre existiu. Nova pode ser a percepção dessa função pelo investigador, no trato do fenômeno jurídico. KARL LARENZ ressaltou essa função da lei. "Perante o indivíduo" — diz ele — "o direito surge com a pretensão de ser respeitado, observado por ele. Propõe-lhe uma diretiva para o seu comportamento para com os outros". Afirmando adiante: "O direito tem eficácia por ser considerado como determinante pela grande maioria dos homens, por estes reconhecerem praticamente a sua pretensão de vigência, na medida em que alinham o seu agir pelo direito, mesmo sem serem coagidos a tal em cada caso" (18).

A lei contém uma hipótese, um comando e uma sanção. A hipótese é a descrição de um fato, considerado pela norma, abrangendo imputações e seus efeitos, qualificação de pessoas e outros aspectos. Ocorrida a hipótese ou a previsão legal, diz-se que a lei incidiu. A incidência, pois, é a subsunção à hipótese legal. Com a incidência, irradia o comando no sentido de tornar obrigatório o mandamento legal, estabelecendo um vínculo ou imputação.

"Cada norma jurídica" — leciona KELSEN — "reflete a natureza do direito, considerado na sua totalidade. Se o direito é uma ordenação (sistema de normas) coativa, cada norma jurídica prescreve e regula o exercício da coação. Sua essência se traduz em uma proposição na qual se enlaça um ato coativo, como consequência jurídica, a um determinado pressuposto de fato ou condição" (19).

A sanção vem a lume no caso de desobediência da lei. Esta, aliás, caracteriza-se pela sanção, entendida lei como categoria do direito positivo.

(17) Cf. NORBERTO BOBBIO. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Luglio-Settembre, 1973 — pp. 448-449.

(18) LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 208, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian — Lisboa, 1969.

(19) KELSEN, *Teoria General del Estado*, trad. L. LEGAZ Y LACAMBRA. Ed. Nacional, México, p. 62. Indicação de GERALDO ATALIBA, em *Hipótese de Incidência Tributária*, 2.^a ed., p. 36.

A hipótese pode ser a descrição de uma conduta ilícita (ilícito absoluto). Neste caso, mandamento pode confundir-se com a sanção.

Os elementos hipótese, comando e sanção representam um modelo de estrutura normal da lei. Nem sempre esses elementos estão reunidos numa só proposição jurídica, o que impõe uma abordagem sistemática no trato da aplicação das normas jurídicas.

Um conteúdo em si mesmo, estrutural, mecânico, intrínseco; ou um conteúdo como expressão de uma realidade. Por qualquer ângulo de estudo, o conteúdo da lei é uma "proposição jurídica" (20).

Um princípio é só uma proposição jurídica enquanto princípio. Transmutado em regra de conduta, isto é, reduzido a lei, esse princípio não é só proposição jurídica, o é dotado de comando, de um "plus" (algo mais) que vincula, que obriga, irradia conseqüências nas relações humanas — é norma jurídica.

Toda propositura jurídica é expressa em palavras. Toda lei é manifestação do pensamento jurídico, que se traduz em linguagem. Agora, portanto, estamos a cuidar de uma técnica jurídica formal.

A linguagem é um instrumento importante, porque a configuração das palavras define a ordem jurídica. A técnica jurídica através da linguagem tenta representar os interesses gerais ou predominantes. É lamentável que se tenha de registrar, por vezes, a absonância da linguagem da lei com a realidade em que ela se insere.

A boa redação é uma das características de uma boa lei, porque "o bom código" — leciona GENY — "deve, antes de tudo, conter as qualidades exigidas

(20) Para KELSEN, "Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica — nacional ou internacional — dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Essas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos", segundo *Teoria Pura do Direito*, 4.ª edição, em português, p. III — Arménio Amado Editor, Coimbra, 1976. KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 215, 2.ª edição em português — Coimbra, 1969) emprega a expressão "proposição jurídica" no sentido de "norma jurídica" e distingue aquela de "proposição enunciativa simples". Para nós, "proposição enunciativa simples" é um enunciado sem importância para o direito. Se um enunciado lógico interessa ao direito, está-se diante de uma "proposição jurídica". Esta, quando transformada em lei, produz uma norma jurídica. Uma "proposição jurídica" é uma categoria do direito como teoria — função da ciência jurídica; uma "norma jurídica" é uma categoria do direito como poder — função da autoridade jurídica. Nesta linha de raciocínio, pode-se dizer proposição jurídica normativa, para significar norma jurídica, ou dizer que a lei é uma proposição dotada de autoridade jurídica. Assim, empregamos a expressão "proposição jurídica" como enunciado de interesse para ciência jurídica, desinvestido, porém, de autoridade normativa. Isto é uma explicação que nos cumpre fazer.

de toda obra literária, que se dirige à inteligência e à vontade, antes que à imaginação e ao sentimento: unidade, ordem, precisão, clareza” (21).

Com a linguagem, fixam-se idéias, transmitem-se pensamentos; idéias e pensamentos que traduzem relações humanas, que revelam uma ordem de vida continuamente observada pelos homens. Uma linguagem defeituosa tende a deturpar a imagem planejada pelo legislador. Investigando esse fenômeno, CARLOS MAXIMILIANO assinala: “Quando alguém pretende despertar em outrem idéia semelhante à que irrompeu no seu próprio cérebro, por meio dos nervos motores, engendra um produto físico, o qual, por sua vez, impressiona os órgãos sensitivos do outro indivíduo, em cuja alma faz brotar a imagem planejada. O mais importante desses produtos físicos é a linguagem, falada ou consistente em escrita, gestos, figuras, sinais” (22).

A importância da linguagem está em que a comunicação completa-se desde que a imagem criada por um se reproduz com impressionar o intelecto do outro (23).

O ideal é que, através do texto legal, todos apreendam a mesma idéia: “Il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées” (24). É sabido que a unidade da comunicação é prejudicada pelos fatores psicológicos que envolvem o intérprete. Mesmo com uma redação escoreta, o texto pode despertar diferentes idéias, em razão do grau de cultura daquele que vai interpretar a lei. Aqui merece sobrelevar as leis fiscais (incluindo as portarias, instruções normativas etc.) e as leis trabalhistas, por exemplo, cuja interpretação, por vezes e por imperativo funcional, está a cargo de homens de empresa: técnicos, contabilistas, administradores etc. O que há de se esperar, portanto, com uma lei dessa natureza com redação defeituosa?

A linguagem deverá estar ao alcance de todos; sem construções empoladas e sem sutilezas para melhor entendimento, sempre que possível, do homem comum: “Les lois ne doivent point être subtiles; elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille” (25).

Pela boa redação, a lei impõe a sua autoridade porque é melhor entendida, melhor observada. Por isso vale acentuar a advertência de RUI BARBOSA: “(...) que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solecista. Porque se não tem vernaculidade, clareza, concisão, energia, não se entende, não se

(21) GENY, *Livro do Centenário do Código Civil Francês*. Indicação de José de Queiroz Campos, in *A Arte de Elaborar a Lei*, p. 32, 2.^a edição — Ed. Verbete Ltda. — Rio, 1972.

(22) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 107, 9.^a edição. Forense — Rio, 1979.

(23) DANZ, Erich — *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912, pp. 8-9, § 4º — Indicação de CARLOS MAXIMILIANO, loc. cit.

(24) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Éditions Garnier Frères, Rue des Saints-Pères, Paris. (Tomo II, Liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

(25) MONTESQUIEU, ob. cit., (Tomo II, liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

impõe, não impera: falta às regras da sua inteligência, do seu decoro, de sua majestade" (Parecer sobre Projeto do Código Civil, pág. 2, Imprensa Nacional — Rio de Janeiro, 1902).

Uma lei ou regulamento defeituoso pode trazer sensíveis prejuízos tanto para a Fazenda pública quanto para os contribuintes. Basta analisar as discussões desenvolvidas no bojo dos processos judiciais, que se multiplicam nos tribunais. São processos de grande monta e até envolvendo discussões de menos importância. Processos que, por muitas vezes, dão origem a outros com variadas implicações, tudo por causa de um instrumento de dicção imperfeita.

A linguagem da lei deve ser clara, obediente às regras gramaticais, sem expressões vagas ou ornamentais sem efeito prático efetivo: "Lorsque, dans une loi, l'on a bien fixé les idées des choses, il ne faut point revenir à des expressions vagues" (26).

A clareza é elemento indispensável na linguagem. A redação deve ser clara, de maneira que se vejam com certa facilidade as intenções e finalidades que inspiram e orientam o conteúdo da lei, ensejando apenas uma possibilidade mínima de erro ou equívoco por parte do intérprete, em particular do cidadão em geral (27).

A manifestação do pensamento de maneira clara, com construção e palavras compreensíveis e transparentes, é tarefa difícil. Requer, antes de tudo, um razoável domínio do vernáculo, que é privilégio de poucos. "Para obter-se a clareza, devem-se evitar:

- a) as anfibologias;
- b) o purismo e o preciosismo;
- c) o emprego dos barbarismos léxicos e sintáticos;
- d) o abuso de arcaísmos e neologismos;
- e) o mau uso de intercaladas e explicativas;
- f) as frases muito longas, quando podem ser divididas em parágrafos;
- g) o exagero da ordem inversa;
- h) o mau emprego da pontuação;
- i) a adjetivação desnecessária;
- j) a repetição de palavras, principalmente das conjunções" (28).

O famoso Código de Napoleão tem sido apontado como um exemplo de clareza e a "Lei das Doze Tábuas", como exemplo de precisão (29).

(26) MONTESQUIEU. Ob. cit. (Tomo II, liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

(27) QUINTANA, Segundo V. Linares. Loc. cit., pp. 24-25.

(28) CAMPOS, José de Queiroz. *A Arte de Elaborar a Lei*, p. 19, 2ª edição. Ed. Verbeta Ltda. — Rio, 1972.

(29) BIELSA: "El código de Napoleón, cuya claridad e concisión ha sido siempre elogiada, da realce en esto a lo jurídico, y es menos técnico que el del Código alemán redactado casi un siglo después" (ob. cit., p. 551).

MONTESQUIEU, "Les Lois des Douze Tables sont un modèle de précision: les enfants apprennent par coeur". Ob. cit. (Tomo II, Liv. XXIX, cap. XVI, p. 290).

A precisão consiste no emprego das palavras apropriadas, assegurando a unidade do texto. Com o emprego de uma terminologia própria, apreendem-se as qualidades ou atributos dos objetos de percepção, através de um processo que KARL LARENZ designa de “abstração isolante” (30).

A linguagem contém termos comuns e técnicos. Os termos técnicos devem ser usados com muito cuidado, sobretudo quando se trata de termos próprios de profissões do campo das ciências exatas. Quando usados, devem vir acompanhados das explicações necessárias, embora o seu emprego só deva ocorrer quando houver necessidade.

As palavras ambíguas favorecem os sofismas; devem evitar-se as mesmas palavras com acepções diferentes. O mau uso dos sinônimos e dos adjetivos dificulta a compreensão da lei. Não é à toa o que afirmou BENTHAM: “As palavras da lei devem sopesar-se como diamantes” (31).

À clareza e à precisão junta-se a concisão. São os três elementos que dão segurança à expressão da lei: uma construção engenhosa, dotada de técnica e arte ou elegância.

Concisão, segundo QUINTANA, “es lo difícil arte de decir las cosas con los términos justos y adecuados, sin una palabra de más pero tampoco de menos” (32).

Na problemática da linguagem, um dado relevante são os conceitos. Os conceitos são representações que a linguagem vincula a determinadas palavras e composições de palavras, para caracterização dos diversos elementos da previsão legal. Devem ser uma síntese criadora da abstração; o seu conteúdo, uma expressão literal harmônica e sistemática, com terminologia adequada.

Dada a limitação da previsão humana, a lei deve evitar as definições e bem assim os conceitos. Empregá-los, contudo, quando absolutamente necessários.

Na verdade, a boa linguagem requer uma dosagem razoável de talento, um domínio do vernáculo — como se disse. Tal não é fácil, por isso que AURELINO LEAL, repetindo GENY, afirmou: “As leis formam uma espécie de literatura de elaboração difícil” (33).

Tudo isso representa um desafio ao legislador.

3. *Aplicação da lei*

Fazer boas leis, com linguagem precisa ou apropriada, representa um desafio à medida que exige do legislador uma habilidade no expressar as idéias e, como se disse, um domínio do vernáculo.

(30) Ver *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 506 e ss.

(31) CAMPOS, José de Queiroz. Ob. cit., p. 32.

(32) QUINTANA, Segundo V. Linares. Loc. cit., p. 25.

(33) CAMPOS, José de Queiroz. Ob. cit., p. 33.

Já foi visto que a lei encerra, no seu conteúdo, as aspirações sociais. Um conteúdo que expressa as necessidades e os interesses dominantes.

A idealização dos fenômenos sociais é estruturada e manifestada adequadamente, através de uma linguagem própria, por um processo técnico — a técnica jurídica.

Nesse trabalho, o técnico opera “ao nível da comunidade humana, abrangendo-a concretamente, em todas as dimensões” (34), para reproduzir a estrutura social.

Na elaboração da lei, parte-se do concreto para a abstração. Discorreu-se sobre isso, demonstrando-se a estrutura do conteúdo legal.

Está-se, numa etapa posterior, diante de uma operação inversa, que se realiza da lei, como objeto de abstração, para o concreto: é a aplicação da lei. Antes, apreendeu-se a realidade, traduzindo-a através da linguagem, formando uma “proposição jurídica normativa” (35). Trata-se de traduzir a lei em realidade.

“A aplicação do direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule” (36) no dizer de HERKENHOFF. Se elaborar a lei já não é tarefa fácil, também não o é a aplicação dela. Atesta-o FERRARA, ao afirmar que “esta atividade não é simples, já que o fato se apresenta envolvido entre circunstâncias e detalhes nem sempre juridicamente importantes ou nem todos de igual valor, e deverá ser isolado nos seus elementos juridicamente sensíveis; e, além disso, a todo caso singular não é aplicável uma só disposição, mas um conjunto de disposições combinadas e reagindo sobre outras” (37).

É uma atividade subsuntiva que, para chegar a ela, há de experimentar-se um processo de “problematização” (38). É uma operação complexa a exigir um raciocínio crítico do aplicador.

Se a aplicação significa submeter o fato concreto à lei, segue-se que o aplicador deverá conhecer com profundidade o fato e, igualmente, conhecer a lei ou o conjunto de leis incidíveis sobre aquele.

No processo já referido, o primeiro passo é pesquisar sobre a natureza da espécie proposta, perquirindo os fatos, observando a realidade, enfim, delimi-

(34) LYRA, Roberto. *Visão Social do Direito*, p. 18. Editora Rio — abril, 1976.

(35) Ver nota 20.

(36) HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, p. 9. Forense — Rio, 1979.

(37) FERRARA, Francisco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 185, 3.ª edição. Arménio Amado Editor. Coimbra, 1978.

(38) Trata-se de adaptação de uma técnica de ensino, baseada em psicologia da aprendizagem, aqui empregada na tarefa de interpretação e aplicação das leis. A técnica, na área do ensino, está desenvolvida em *Estratégias de Ensino-Aprendizagem*, de JUAN DÍAZ BORDENAVE & ADAIR MARTINS PEREIRA, 2.ª edição, Editora Vozes Ltda., 1978.

tando o problema em todos os seus pormenores. Equivale ao chamado “diagnóstico dos fatos”, a que alude VICENTE RÁO (39).

Fixada a compreensão do problema, isto é, apurados todos os elementos de fato da situação examinada, dentro de uma visão global, parte-se dessa compreensão para fixar-lhe os pontos-chave.

Vencida essa fase, cuida-se da teorização. Aqui, aparecem as diversas teorias, os diversos princípios e conceitos, ensejando uma visão dialética, submetendo o problema a diferentes abordagens jurídicas. Desta apreensão ampla e profunda da estrutura do problema e de suas conseqüências nascem as várias hipóteses de solução, que são as variadas maneiras de qualificar os fatos, isto é, de defini-los perante o direito. Corresponde ao “diagnóstico jurídico”, a que VICENTE RÁO faz referência (40).

Dentre as várias hipóteses de solução encontradas, o investigador escolhe uma, que lhe pareça mais adequada, segundo o ditame da sua consciência, e a aplica à realidade, à espécie ou hipótese examinada, dando vida ao direito.

Dá-se, desta forma, a aplicação da lei. É o ato final — como ressalta VICENTE RÁO — a praticar-se no ciclo da hermenêutica e interpretação do direito.

Toda aplicação da lei, portanto, pressupõe a sua interpretação.

4. *Interpretação e construção*

Como se disse, há todo um *iter* a percorrer-se que culmina com a aplicação do direito, etapa final do processo de hermenêutica e interpretação.

A lei é feita para ser aplicada. Mas, ao se voltar para a tarefa de aplicação, observa-se uma impossibilidade de abrangência total da lei, posto que é feita para o futuro. E a previsão humana sempre é limitada, diante da complexidade da vida.

O conteúdo da lei encerra aspectos explícitos e implícitos, o que inspira a necessidade de delimitar-lhe o alcance. Outras vezes, a semântica registra uma oscilação da linguagem, provocando imprecisão e contradição nos contornos do conteúdo lingüístico da norma. Soma-se a tudo isso a obscuridade, lacuna ou omissão que, por vezes, a lei pode conter, como defeitos genéticos.

Essa constatação justifica a observação de HOMERO FREIRE, citado por HERKENHOFF, no sentido de que “A lei revela o direito; mas nem sempre o faz bem; padece da imperfectibilidade humana” (41). Daí a necessidade da interpretação e construção, que constituem um processo de reelaboração da norma, visando à sua aplicação consciente.

(39) RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 444. Vol. 1, Tomo III, 2.ª edição. Editora Resenha Universitária — S. Paulo, 1977.

(40) RÁO, Vicente. Ob. cit., *ibidem*.

(41) HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, p. 68. Forense — Rio, 1979.

A lei, sendo um extrato de interesses, também é um odre de sentimentos. Sentimentos que, interpretados hoje, precisam ser reinterpretados amanhã, visto que são matizados no curso do tempo. Uma lei que era clara ontem pode não o ser hoje ou amanhã, quer diante dos novos fatos da vida, quer diante dos textos legais supervenientes. Segue-se, pois, que nenhuma lei dispensa o trabalho do intérprete, por mais clara ela possa aparentar.

O brocardo "in claris cessat interpretatio", de construção prática, já não ecoa nas idéias atuais. WURZEL, citado por CARLOS MAXIMILIANO, assinala que ULPIANO assentou que não deve ser desprezada a interpretação, ainda que claríssimo o edito do pretor: "Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus" (42).

Mesmo que, diante de um texto legal, conclua-se que esse texto é de tal forma claro que não comporta interpretação, tal juízo já repousa numa interpretação.

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade de lei (CPC, art. 126). Para o julgador, a interpretação é uma obrigação e uma necessidade. Uma obrigação, à medida que dizer o direito é seu dever; uma necessidade, porque a interpretação é inerente ao seu dever. No direito romano, o julgador podia deixar de sentenciar quando, diante de uma espécie submetida ao seu julgamento, declarava o caso "non liquet". Mas isso ocorria em face de uma circunstância de fato e não de direito, pois o pretor sempre interpretava e criava, aplicando o direito segundo o ditame da sua consciência.

"Interpretar" — para CARLOS MAXIMILIANO — "é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulos, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma tudo o que na mesma se contém" (43).

Noutras palavras, é apreender, compreender a vontade ou o sentido atual da norma, fixando-lhe o campo de incidência; ou, para KELSEN, "uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (44).

Interpreta-se a lei em relação ao tempo e ao espaço; interpreta-se-lhe a letra e o silêncio.

Interpretação e construção são atividades paralelas. Enquanto a interpretação atém-se ao texto, a construção vai além dele. A lei pressiona e sofre pressão do ordenamento jurídico em que está inserida, ensejando um complexo de ações e reações. Dessa interação colhe-se, através da construção, uma nova norma que jaz no ordenamento jurídico, antes não visível a olho nu.

(42) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 33, 9ª edição. Forense — Rio, 1979.

(43) MAXIMILIANO. *Ibidem*, p. 9.

(44) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 463, 4ª edição. Armênio Amado Editor — Coimbra, 1976.

Pela construção, a lei não vale por si só; a sua força é uma resultante lógica provocada pelo impacto sofrido; o seu verdadeiro comando emerge do cotejo de todas as normas ínsitas na ordem jurídica. É uma síntese criativa.

A função da interpretação, bem assim da construção, é o ato interpretativo como resultado do convencimento jurídico.

É a interpretação ato de vontade ou de conhecimento? Eis uma indagação que tem suscitado polêmica. BIELSA, ao discorrer sobre o método de dedução, afirma que “saber deducir es proceso de inteligencia e no de voluntad” (45). O resultado da dedução é fruto da inteligência, do conhecimento — é verdade. Mas, entre três pontos dados, pode-se traçar mais de uma curva; igualmente, do processo de interpretação pode resultar mais de uma hipótese de solução, caso em que o órgão julgador tem que aderir a uma delas e, assim, ele também está vivendo um ato de vontade, de escolha. Observa KELSEN que, “na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (46). Não uma vontade psicológica, no sentido parcial, mas uma operação em função de um convencimento. Incidentalmente ou por necessidade, o juiz ilude a lei. Ao contrário, ilude-a o advogado, um pouco, por ofício, fazendo combinações hábeis, cláusulas engenhosas, que revelam cautelas ou ardis (47).

A interpretação dá-se de forma extensiva e restritiva. Em princípio, as regras de caráter social e de anistia são interpretadas extensivamente; as leis excepcionais, fiscais e punitivas o são restritivamente.

As *verba legis* podem conter excessos, dizendo mais do que lógica ou teologicamente o legislador quis dizer; outras vezes, a lei é demasiado restrita, dizendo menos do que devia, ocultando relações logicamente por ela queridas (48).

A interpretação extensiva, bem assim a restritiva, visa, portanto, ao equilíbrio da norma. O aplicador imputa à lei um sentido amplo, quando ela, no seu conjunto, o comporta e reclama; atribui-lhe um sentido estreito para podar-lhe o excesso, que está em desacordo consigo mesmo, no seu todo.

Entende LARENZ por interpretação extensiva “aquela que vai além do sentido literal, e por restritiva a que fica aquém dele” (49). No entanto, acrescente-se que o produto da interpretação extensiva, ou restritiva, deve estar concatenado com o sentido lógico que a lei encerra, no seu conjunto; pode ir além dela, mas sempre em consonância com o sistema geral.

(45) BIELSA. Ob. cit., p. 33.

(46) KELSEN. Ob. cit., p. 470.

(47) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 160.

(48) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, p. 135, 4.ª edição. Editora Jalovi Ltda. — S. Paulo, 1978.

(49) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 399.

Não deve confundir-se interpretação extensiva com interpretação analógica. Na primeira, há uma hipótese prevista, e o aplicador cuida de dilatar-lhe o sentido; na segunda, não. Nesta, está-se diante de uma hipótese não tratada pela lei, mas que guarda semelhança com outra hipótese prevista na lei.

A analogia resulta do princípio "Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio": "onde se depara razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida" (50).

O fundamento da analogia não reside na vontade do legislador, demora no plano da igualdade jurídica, vale dizer, a analogia busca uma justiça em linha reta, que colhe de idêntico modo todas as espécies semelhantes. Neste sentido, todas as situações de igual natureza são ou devem ser igualmente regradas.

A aplicação da analogia impescinde de uma hipótese contemplada no texto legal, que guarda semelhança com a espécie tratada — não prevista na lei. Uma semelhança em termos de fundamental relação de identidade. As duas hipóteses, embora guardem diversidade em pontos acidentais ou irrelevantes, devem identificar-se na essência e nos efeitos, conservando a mesma razão de decidir, sendo de ver, ademais, que ambas as hipóteses devem estar situadas no mesmo campo do direito, a fim de obter-se uma analogia perfeita (51).

A interpretação comporta uma teoria subjetivista, concernente à investigação da vontade histórico-psicológica do legislador, ou dos interesses que o motivaram — segundo a observação de KARL LARENZ —, que se contrapõe à teoria objetiva. Esta se ocupa da investigação do sentido inerente à lei, projetando a sua imagem, enquanto aquela projeta a vontade do legislador. Nenhuma subsiste sem a outra; ao contrário, ambas se completam, apreendendo cada uma parte da verdade (52).

A idéia de que a interpretação busca a vontade do legislador já não é bem aceita. Na verdade o direito evolui e no curso do tempo a lei afasta-se do seu sentido primitivo. É como no dizer de CRUET: "Isolada das condições em que foi formulada, a lei começa, por assim dizer, a viver uma vida independente da vontade própria do legislador. Torna-se pouco a pouco, segundo a expressão pitoresca do Sr. GENY, como que uma espécie de odre vazio que cada um enche a seu gosto" (53). A vontade que o legislador quis imprimir ao texto legal perde-se nas percepções de quantos interpretam a norma correspondente. Conta-se que, ao ouvir o primeiro comentário das suas leis, exclamou Napoleão que o seu código estava perdido.

Busca-se, também, nas letras da proposição da norma o seu sentido. É a interpretação literal ou gramatical.

(50) MAXIMILIANO. Ob. cit., p. 209.

(51) MAXIMILIANO. Ibidem, p. 212.

(52) LARENZ. Ibidem, pp. 360-361.

(53) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 59.

Pela interpretação literal, também chamada filológica, procura-se vencer a obscuridade das palavras pelas expressões sinônimas. No exame das palavras, cumpre registrar que o legislador faz uso de palavras comuns e ora emprega palavras de sentido técnico-jurídico, ou de sentido técnico de maneira geral, que toma emprestado da literatura corrente das ciências exatas.

Em face da circunstância presente, é necessário perquirir o sentido comum e o sentido técnico que as palavras podem conter.

A interpretação, pelo método literal, não mais desperta muita importância. Tem sido olvidado em favor dos outros métodos de interpretação. Apegar-se unicamente ao método literal é um risco que somente os intérpretes menos avisados correm.

A propósito da interpretação literal, transcrevo abaixo a passagem de um nosso trabalho intitulado *Das Contribuições Previdenciárias*, onde analisamos, entre outros aspectos, a prescrição das contribuições mencionadas:

“Exame do § 9º, art. 2º, da Lei nº 6.830/80

Visando a agilizar o processo de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, em 24 de dezembro de 1980 transato, entrou em vigência a Lei nº 6.830, de 22 de setembro daquele mesmo ano.

Dispõe o § 9º, art. 2º, do referido diploma que:

“O prazo para cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.”

Quero frisar, de logo, que o aludido dispositivo não constava do projeto de lei encaminhado ao Congresso pelo Poder Executivo.

O termo “continua”, do verbo continuar — ao meu ver empregado inadequadamente — não supõe a continuidade de uma situação jurídica imediatamente anterior, preexistente, como sugere.

O sentido há de ser apreendido, teleologicamente, em favor da restauração ou restabelecimento do prazo prescricional trintenário, previsto no art. 144 da LOPS.

Não abrange, contudo, o prazo para constituição do crédito previdenciário, ligado à figura da decadência, por isso que o legislador se restringiu ao trato do “prazo para cobrança das contribuições previdenciárias” (RDT).”

Pois bem. Se entendemos que o prazo prescricional acima mencionado era de cinco anos até a vigência do dispositivo supratranscrito, não podemos ater-nos ao exame unicamente da expressão literal do mesmo dispositivo, sem ferir a coerência do raciocínio que naquele trabalho desenvolvemos.

A interpretação teleológica leva em consideração a intenção do legislador à época da edição da lei. Busca o espírito da norma, a sua finalidade e a vontade nela manifestada. Noutras palavras, perscruta a *ratio legis*.

Pode a interpretação desdobrar-se, ainda, em sistemática e histórica. Na interpretação sistemática, a lei é posta em confronto com o direito vigente, tendo em conta a unidade que deve presidir a ordem jurídica. Pela interpretação histórica, volta-se ao passado da lei, à sua gênese, aos seus precedentes: discussão da elaboração e exposição de motivos; acompanha-se o processo evolutivo da lei.

A interpretação, segundo o órgão de onde emana, pode ser autêntica ou doutrinal. A interpretação autêntica dá-se pelo próprio órgão que editou a lei interpretada.

A rigor, não existe lei interpretativa. A lei a que se atribui esse caráter é uma nova lei, igual a qualquer outra, cuja aplicação tem lugar a partir da sua vigência, vale dizer, a lei interpretativa não retroage à data da lei interpretada. Por isso, entendemos que, se se considerar interpretativa a regra do § 9º, art. 2º, da Lei nº 6.830/80, há pouco referida, tem-se que ainda assim ela não alcança os fatos imponíveis que lhe antecederam.

No Brasil, um caso típico de lei interpretativa foi a Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1834.

O Ato Adicional de 1834 recebeu exacerbados ataques, tanto é assim que o seu relator final, ao levar a cabo a sua tarefa, disse: "Entrego-vos o código da anarquia". Foi uma lei em luta com a realidade política de então. Para atender às conveniências políticas, o Parlamento brasileiro aprovou a chamada "Lei de Interpretação do Ato Adicional". Através dela podaram-se — no dizer de AFONSO ARINOS — "todos os excessos do radicalismo liberal" (54). Como é de ver, uma lei rotulada de "interpretativa" modificou significativamente a ordem política, transmutando o "jogo". E com ela governou-se por algum tempo.

Quando a interpretação é dada pela doutrina, chama-se doutrinal, obviamente. A interpretação autêntica vigora pela autoridade; a doutrinal, como fruto da reflexão livre, pelo convencimento (55).

KELSEN não faz distinção entre interpretação autêntica e doutrinal. Para ele, "existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado" (56).

A fixação de regras de interpretação compete à doutrina e à jurisprudência (57). Não obstante, leis há com a finalidade de prescrever regras de inter-

(54) FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *O Pensamento Constitucional Brasileiro* (Conferência), p. 41. Câmara dos Deputados — Brasília-78.

(55) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 87 ss.

(56) KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 471.

(57) RAO, Vicente. Ob. cit., p. 449.

pretação: Código Civil Brasileiro, arts. 1.483 e 1.666; Código Civil Português, arts. 1º, 11, 12 e 13; Código Civil da Rússia, art. 5º; LICCB, art. 5º; CLT, art. 8º; CTN, art. 107. Regras de interpretação sempre houve, desde os brocardos jurídicos de JUSTINIANO (58).

KELSEN ainda aponta, como aspecto da atividade interpretativa, a consideração da norma como fonte vinculante de poder (59). Nesse sentido, avalia-se a lei, em face do órgão de onde ela emana. Sim, porque a validade da norma depende da competência do poder que a edita.

No governo do Gen. Costa e Silva, foi editado o Decreto-Lei nº 322/67, no “interesse” da segurança nacional (CF de 67, art. 58, I), com o intuito de estabelecer “limitações ao reajustamento dos aluguéis”. O col. STF julgou inconstitucional o art. 5º do referido decreto-lei, que regulava purgação de mora nas locações ali especificadas. A Suprema Corte reconheceu a incompetência do Presidente da República para regular a matéria, nos termos da ementa do seguinte teor (60):

“Decreto-Lei no regime da Constituição de 1967.

1. A apreciação dos casos de “urgência” ou de “interesse público relevante”, a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou do valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso.

2. Mas o conceito de “segurança nacional” não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. “Segurança nacional” envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do País, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto.

3. Repugna à Constituição que, nesse conceito de “segurança nacional”, seja incluído assunto miúdo de direito privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários.

4. O DL nº 322, de 7-4-67, afasta-se da Constituição quando, sob color de “segurança nacional”, regula matéria estranha ao conceito desta.

(58) FRANÇA, R. Limongi. *Brocardos Jurídicos*, pp. 57, 67 e 73 — 3.ª edição. Revista dos Tribunais — São Paulo.

(59) KELSEN, Hans. *Ob. cit.*, pp. 20-28.

(60) RE 62.731/67, RTJ 45/559, T. Pleno, Rel. Min. Aliomar Baleeiro.

5. As situações jurídicas definitivamente constituídas e acabadas não podem ser destruídas pela lei posterior, que, todavia, goza de eficácia imediata quanto aos efeitos futuros que se vierem a produzir.”

Interpretar e construir exigem do jurista um poder de concepção e abstração; uma profunda reflexão e golpe de vista para descobrir verdades novas (61).

Dizer a extensão da lei, a sua medida e a sua aplicação, em face das circunstâncias provadas, e apoiado numa realidade jurídica, é ato de bom senso jurídico, competência e raciocínio.

Os métodos de interpretação não são absolutos, mas todos são úteis, no sentido de auxiliar na operação de pensar (pensar), provar e convencer.

Na busca de idéias dominantes ínsitas no sistema jurídico, isenta de contradições; no esforço de análise e síntese, visando-se a transformar o “texto morto em norma diretiva”, segundo expressão de CARLOS MAXIMILIANO, (62) todos os fatores pesam: históricos, lingüísticos, sociológicos, filosóficos, lógicos e teleológicos.

Essa multiplicidade de fatores a considerar explica-se ante a complexidade do conteúdo da lei, visto que o direito “não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores”, na consideração da teoria tridimensional do direito (63).

Vale lembrar que os fatores mencionados estão inseridos uns na tendência formalista, outros na tendência realista (64). Essas tendências filosóficas representam o pano de fundo dos processos de interpretação.

As considerações filosóficas e sociológicas projetam verdades que permitem ao jurista perceber que o direito, como organismo vivo e evolutivo, precisa estar de acordo consigo próprio, conforme observação de CRUET (65).

Todo teórico do direito é um filósofo, na sua consciência e atitude perceptiva diante da vida (66).

E o ato de interpretação, assim como o de construção, envolve um profundo conhecimento (experiências) e uma atitude jurídica ao lado de uma atitude científica.

(61) FERRARA, Francisco. Ob. cit., pp. 181-184.

(62) MAXIMILIANO. Ob. cit., pp. 40-41.

(63) REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 58. 3.^a edição. Editora Saraiva, 1980.

(64) WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, pp. 46-56. Editora Síntese Ltda. — Porto Alegre, 1979.

(65) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 63.

(66) Após as conclusões finais, ver quadro anexo, onde são projetadas as diversas tendências filosóficas, que informam a atividade interpretativa.

II – JURISPRUDÊNCIA

1. Introdução

Somente uma longa experiência jurídica, ao lado de uma sensibilidade do social e do filosófico, pode garantir um bom trabalho de aplicação da lei, obedecendo a uma técnica apropriada, operando um processo de interpretação e construção. Neste processo, o aplicador apreende o sentido da lei, valendo-se da linguagem dela, e perscruta-lhe o conteúdo, verificando o direito. Tal é a noção projetada no discurso até agora desenvolvido.

A construção, como visto, é ato criativo de direito. Na concepção kelseniana, porém, não há distinção entre atos de aplicação e de criação. Para Kelsen, a aplicação do direito existe “na produção de normas gerais por via legislativa e consuetudinária”, “nas resoluções das autoridades administrativas”, nos “atos jurídico-negociais”. E acrescenta adiante que o processo judicial é um processo de “produção jurídica”, através do qual é criada a norma individual, uma sanção concreta, deduzida de uma norma geral ⁽⁶⁷⁾.

Dessa produção jurídica através da particularização da norma geral pela sentença, referida por KELSEN, resulta a jurisprudência.

A jurisprudência não surge meramente por consequência da prestação jurisdicional, oferecida pelo Estado-juiz. A lei, dadas as suas falhas e imprevisão, precisa ser trabalhada, lapidada, recriada. Daí a jurisprudência exercer, também — no dizer de BIELSA —, uma função “providencial y salvadora de la ley misma, cuyas fallas, lagunas o fisuras de un sistema, sólo la jurisprudencia puede salvar, supliendo así, en su esfera, la improvisión o falibilidad legislativa” ⁽⁶⁸⁾.

Diante da imperfeição da lei, surge a necessária construção jurisprudencial para revelar o direito. Necessidade porque “o órgão legislativo não preenche nunca, e não pode preencher na integridade perfeita da sua definição teórica, da sua concepção racional, a função de criar as regras do direito, e esta função deve ser, entretanto, preenchida, o juiz intervém como uma espécie de ‘legislador suplente’ e intervém por assim dizer à força, porque lhe é impossível não intervir” ⁽⁶⁹⁾. Do princípio da não-negação da justiça decorre, de modo irrecusável e necessário, o exercício jurisdicional (Código Civil, art. 75; Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4º e 5º; Código de Processo Civil, arts. 126 e 127).

Etimologicamente, jurisprudência significa *jus, juris* (direito) + prudência (perícia, moderação). De um modo geral, podemos conceituar jurisprudência como um conjunto de decisões dadas pelos tribunais a casos particulares, de modo uniforme e constante. Constante, pelo menos em relação a determinada época, posto que a jurisprudência evolui.

(67) KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 325-333.

(68) BIELSA, Rafael. *La Abogacia*, pp. 326-327, 2.ª edição. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé — Buenos Aires, 1945.

(69) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 86.

Os pretores romanos, numa fase mais antiga, declaravam a cada ano como seria administrada a justiça, no ano seguinte. Tanto completavam e corrigiam os editos anteriores, como criavam outros direitos de ação, não previstos no direito vigente, através de novos editos (*jus edicendi*). A magistratura romana tanto decidia em espécie, quanto estipulava para o futuro, chegando a haver um direito pretoriano (ou honorário) ao lado do *jus civile*. Era uma justiça, em certo sentido, menos formalista. Após a fase dos editos, os pretores decidiam orientados pelos escritos dos jurisconsultos, passando a jurisprudência da elaboração de normas (editos) para fonte de exegese, mantendo de qualquer forma a sua autoridade ⁽⁷⁰⁾.

A jurisprudência tem uma qualidade, que também é inerente aos usos e costumes, já que é fundada nos precedentes (costumes judiciários). Dessa forma, a jurisprudência deve “manifestar o seu cuidado” — como assinala CRUET — “de não ultrapassar os costumes e os usos, de não comprometer por um salto brusco a estabilidade, a segurança dos interesses privados” ⁽⁷¹⁾.

Pela construção (*construction*) o juiz americano exerce um poder de pretor romano, completando o texto da lei e vivificando-lhe o espírito. É a jurisprudência que imprime o *judicial control*, asseverando a essência republicana, instaurando a confiança — na afirmação de PATRICK HENRY: “A mais pura glória dessa terra é que as leis contrárias à Constituição podem ser anuladas em seus efeitos pelas sentenças dos tribunais” ⁽⁷²⁾, que revelam o *judge-made-law*.

A lei tende a criar o direito, que o juiz recria dando-lhe alma. Pretender criar todo o direito através das leis é uma ilusão do legislador, como é uma ilusão do juiz querer tirar das leis todo o direito.

A doutrina da separação dos poderes, professada por MONTESQUIEU, trouxe um tolhimento à função criadora do juiz. Hoje, a concepção estreita dessa doutrina tem-se abrandado, com uma crescente liberdade de criação dos juizes. Na França, o art. 1.135 do Código Civil tem sido aplicado sem timidez; assim tem ocorrido na Alemanha, em relação aos §§ 138, 142 e 157 do BGB. Tais dispositivos emprestam aos juizes o poder de dizer o direito, na insuficiência da lei, socorrendo-se da equidade, dos costumes, visando aos fins sociais ⁽⁷³⁾.

A jurisprudência tem sido considerada, pela maioria dos juristas, como fonte secundária de direito, malgrado CLÓVIS BEVILAQUA a tenha omitido na classificação das fontes, em sua *Teoria Geral do Direito Civil* ⁽⁷⁴⁾.

(70) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., pp. 176-177.

(71) CRUET. Ob. cit., p. 82.

(72) Cf. PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do “Habeas Corpus”*, pp. 203-204. José Konfino Editor, 2.ª edição — Rio, 1951. — CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 641-642. Revista Forense — Rio, 1943.

(73) SILVA, Clóvis do Couto e. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português), pp. 44-53. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. Revista dos Tribunais — São Paulo, 1980.

(74) VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 262, 2.ª edição. Editora Forense — São Paulo, 1978.

As decisões administrativas formam também uma espécie de jurisprudência, de que é exemplo o contencioso administrativo da França. No Brasil, há os Conselhos de Contribuintes, o Tribunal Marítimo, os Tribunais de Contas (principalmente o da União), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), as orientações normativas e formulações do DASP (na área de legislação de pessoal do Serviço Público) e há, também, os pareceres da Consultoria-Geral da República. As decisões e orientações desses órgãos, por vezes, encerram interesses e conveniências políticas, econômicas, financeiras ou partidárias. Além disso, não são conclusivas (com raras exceções), por isso que não têm a força e a relevância da jurisprudência dos Tribunais.

A jurisprudência, pelas sucessivas interpretações, opera numa contínua valorização da norma, fazendo-a respeitada enquanto conquista confiança e respeito para si própria, por parte de todos que seguem a sua orientação. A dimensão da esfera criadora da jurisprudência determina-se não só pela falta de clareza ou de previsão da norma, mas também por compatibilizá-la com a ordem fundamental de direitos, delimitada pela Constituição (75).

Há, no dizer de MARCEL NAST, (76) uma tríplice função da jurisprudência: aplicar a lei, ajustá-la às idéias contemporâneas e preencher as lacunas (criar, construir).

A função da jurisprudência, portanto, é, nas palavras do Prof. JOSAPHAT MARINHO, "ajustar as normas e harmonizar inclinações, para imprimir-lhes a feição de sistema, no âmbito positivo" (77).

Essa função, exercem-na os juizes de primeira instância e os órgãos judicantes colegiados (os tribunais). O Judiciário, porém, só a exerce com firmeza na plenitude do poder de julgar.

2. *Jurisprudência criadora*

A plenitude do poder de julgar, inerente ao Judiciário, assegura, inafastavelmente, a função criadora da jurisprudência.

A idéia estreita da separação dos poderes já não mais prevalece. Já não existe mais o monopólio da função legiferante. O Poder Executivo, de uma forma ou de outra, vem compartilhando dessa função, como um fenômeno de pós-guerra, a exemplo da França (CF, artigos 19, 37 e 38), Portugal (Constituição, art. 203), República Federal da Alemanha (Lei Fundamental, art. 113), Brasil (CF, art. 55), sem excluir outros países.

Também o Poder Judiciário exerce uma função normativa (Constituição Brasileira, art. 119, I, I, §§ 1º e 3º, a, e art. 142, § 1º).

(75) BIELSA, Rafael. *La Abogacia*, pp. 324-329, 2.ª edição, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé — Buenos Aires, 1945.

(76) NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 645-646.

(77) MARINHO, Josaphat. *Notícia do Direito Brasileiro — 1977* ("Perspectiva do Controle de Constitucionalidade"), p. 32. UnB — Brasília, 1977.

A competência do STF não somente para declarar a inconstitucionalidade, mas para interpretação de lei em tese, ato normativo federal ou estadual, vale *erga omnes*, com força de lei. Tal atribuição é exercida pelo Poder Judiciário não por delegação mas por competência própria.

Por outro lado, as construções jurisprudenciais, elaboradas à luz dos princípios de direito positivo, subsistem mesmo na superveniência de leis que não estejam em consonância com os princípios de direito, adotados pela Lei Fundamental. Ademais, a lei não prejudicará a coisa julgada (Constituição Brasileira, art. 153, § 3º).

O Poder Legislativo cria direito, como pode fazê-lo o Poder Executivo — é verdade; não é menos verdade, porém, que também o faça o Poder Judiciário, através da jurisprudência.

A jurisprudência dos tribunais superiores, nascida dos costumes judiciais pelas decisões repetidas e uniformes dos casos concretos, não tem força vinculante, porque os juizes inferiores não estão obrigados a respeitá-la (78). Não obstante, tem a jurisprudência revelado uma força no sentido de orientar os julgados dos juizes de instâncias inferiores. Esse fato não ocorre somente quanto aos juizes; os advogados e consultores preferem, na maioria das vezes, as palavras dos tribunais às letras da lei, de modo que “dentre os freqüentadores dos pretórios são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de officio, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente; prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versa sobre caso diferente (79).

Já foi dito que o legislador não cria todo o direito. Em Roma, como na Inglaterra e nas sociedades muçulmanas até, é patente a participação da jurisprudência na elaboração do direito (80).

Essa função criadora da jurisprudência, não a nega a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, para quem “é possível que a ordem jurídica confira ao tribunal o poder de, no caso de não poder determinar qualquer norma jurídica geral que imponha ao demandado ou acusado o dever cuja violação o demandante ou o acusador público alegam, não rejeitar a demanda ou não absolver o acusado, mas, no caso de ter por injusta ou não equitativa, quer dizer, como não satisfatória, a ausência de uma tal norma geral, dar provimento à demanda ou condenar o acusado. Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual, cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material.

(78) RTJ 73/919: “Longe estão as Súmulas, sejam desta Corte, sejam dos Tribunais, de se equipararem às leis, com o sentido de sua obrigatoriedade” — Min. Thompson Flores, in RE 78.867-GB (STF, pleno).

(79) MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 53.

(80) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 53.

“Costuma dizer-se” — continua Kelsen — “que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si. Mas esta norma individual é criada pelo tribunal em aplicação de uma norma geral tida por ele como desejável, como ‘justa’, que o legislador positivo deixou de estabelecer” (81).

Projetamos a idéia de Kelsen, mas não ficamos no seu formalismo.

Sem dúvida não há atribuir ao Judiciário uma função normativa, no grau como a possui o Legislativo; aliás, nem se deve ante a função mesma de julgar, precípua do Judiciário.

O que não se pode contestar é o caráter criativo da jurisprudência. Neste plano de idéia, é mister concluir que ambas, jurisprudência e lei, partilham de uma mesma natureza: a criação do direito.

Trilhando a mesma senda, vale acentuar, com KARL LARENZ, que “a função da sentença judicial não é, por conseguinte, só declarativa, mas também construtiva. É um ato de produção do direito, tal como a lei, só que situado no escalão da individualização ou concretização da norma geral. (...) O trânsito de um nível superior da produção jurídica para o nível imediatamente inferior é sempre as duas coisas: aplicação da norma superior, e criação de direito, isto é, ‘produção’ da norma inferior. Esta dupla natureza partilha-a a sentença judicial com a lei, o decreto, o ato administrativo e o negócio jurídico” (82).

MIGUEL REALE descreve os contornos de criação da jurisprudência em tom artístico, quando imagina a atividade interpretativa com a contemplação do pôr-do-sol. “A emoção que este fenômeno nos pode proporcionar,” — diz o Prof. REALE — “suscitando um sentimento estético, não resulta da compreensão de um sentido que lhe seja inerente como elemento constitutivo; nasce, pura e simplesmente, da recepção de um dado objetivo que se converte, no plano da consciência, em motivo de beleza e de encantamento. Somos nós que compomos axiologicamente a imagem recebida e, se ela se converte, por exemplo, numa página literária ou num quadro, surge incontinenti uma diversa forma de objetividade, correspondente a uma ‘objetivação de sentido’. (...) O ‘intérprete’, ao contrário, não tem diante de si algo indefinidamente ‘objetivável’, mas sim algo que só pode ser recriado ou representado dentro dos limites daquilo que se tornou objetivo por ato de outrem. Assim sendo, por mais que o intérprete possa desempenhar uma função criadora no ato de interpretar, como efetivamente se dá, a sua ‘criação’ jamais pode ir além do ‘desenho intencional’ ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar, sem que isto importe em considerá-lo sempre jungido à presumida intenção originária do autor da forma objetivada” (83).

(81) Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 336.

(82) Larenz, Karl. Ob. cit., p. 94.

(83) Reale, Miguel. *O Direito como Experiência* (Introdução à Epistemologia Jurídica), pp. 242-243. Ed. Saraiva. S. A. — São Paulo, 1968.

À idéia projetada por MIGUEL REALE deve acrescentar-se que o “desenho intencional”, ou “estrutura objetiva”, a que ele se refere, não se circunscreve ao conjunto das leis que compõem a ordem jurídica, mas aos contornos estabelecidos pela Constituição e pelos suplementos gerais que a ciência do direito oferece.

Por vezes, os fenômenos sociais precisam ser interpretados e reinterpretados, como dissemos. E assim o intérprete e aplicador, mirando a sociedade através das leis, vai além destas, para atender a uma realidade, porque o quadro pintado pelo legislador já não pode ser mantido, ou não mais retrata a beleza e o encantamento do “pôr-do-sol”, segundo uma imposição lógica e racional da consciência.

O grau de criação da jurisprudência depende de cada sistema de direito; das tradições de um povo e do seu regime político. O Judiciário da França não possui, talvez, a mesma projeção que possui o Judiciário dos Estados Unidos.

Finalmente, há de observar-se que é no estado de direito que a jurisprudência oferece maior segurança e pode exercer uma função tanto mais construtiva quanto mais criadora.

a) No direito comum

Essa função construtiva e criadora da jurisprudência projeta-se diante das imperfeições das diversas categorias de normas, que estão no plano inferior à constituição — esta que dá o contorno da ordem jurídica.

Deve haver uma lógica interna num corpo de direito. Quando nesse corpo há princípios contraditórios em luta, faz-se necessária a conciliação, quando possível. Na impossibilidade, elimina-se um em favor do outro (84).

A incoerência e omissão das leis produzem, em grande parte, a liberdade do juiz.

No direito comum, a criação jurisprudencial obedecerá à natureza de cada ramo: direito penal, direito processual penal, direito civil, direito tributário, direito do trabalho, direito processual civil etc.

Costuma-se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a função construtiva da extensão do *habeas corpus* aos casos de proteção de direitos pessoais, além de instrumento de garantia do direito individual de ir e vir, numa época quando não havia o instituto do mandado de segurança.

Ainda no campo do direito penal, vale registrar a posição jurisprudencial quanto ao registro de filho de outrem como próprio. Atendendo à sublimidade do gesto, tem a jurisprudência atribuído ao falso registro a figura de “adoção simulada”, fazendo desaparecer, por ausência de dolo específico, a figura do crime de falsidade ideológica.

(84) CRUET, Jean. Ob. cit., p. 62.

Assim, têm entendido os tribunais que

“O registro de filho de outro como próprio caracteriza, em tese, o delito do art. 299, e não o do art. 242, do Código Penal. Mas, para que se configure aquela infração, é indispensável o dolo específico, que se consubstancia no fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (85).

Como dá conta ALIOMAR BALEEIRO, a jurisprudência brasileira antecipou-se, muitas vezes, em matéria de direito tributário, fixando princípios e conceitos, como os de “base de cálculo”, “fato gerador”, repetição de indébito independentemente da prova do erro etc. (86).

Exemplos outros de jurisprudência criadora vamos encontrar no direito do trabalho, através dos prejulgados e súmulas do eg. Tribunal Superior do Trabalho. A propósito, vale ressaltar a estabilidade provisória da empregada gestante, que vem sendo reconhecida através de decisões normativas.

Pelo art. 391 da CLT, ficou assegurado o emprego à mulher grávida. Mas, ao contrário do que se estabeleceu para o dirigente sindical (CLT, art. 543, § 3º), o legislador não fixou prazo.

Diante da circunstância, o TST concedeu uma estabilidade provisória de sessenta dias após o parto e ao retornar ao trabalho. Essa decisão normativa foi mantida pelo STF, no julgamento do RE nº 83.860-SP, onde ficou assentado que a gravidez da mulher cria um regime especial de estabilidade, tipicamente transitória, não tendo o legislador ordinário indicado o termo de extinção dessa estabilidade; que “não há, em sã consciência, quem possa se opor à idéia de dar estabilidade à mulher após o parto, assegurando-lhe não só o retorno, como também a permanência no emprego”; que, sendo facultado à mulher retornar ao emprego, é necessário dar-se conteúdo a esse direito; finalmente, que a raiz da estabilidade provisória está no art. 165, XI, da Constituição, e art. 391 da CLT, não padecendo de eiva de inconstitucionalidade a construção jurídica elaborada pela Justiça do Trabalho (87).

A jurisprudência vem mantendo a Súmula nº 512, do STF, com ocasional divergência, no sentido de não caber condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

Questionou-se a caducidade dessa súmula, com a superveniência do Código de Processo Civil de 1973. Aduziu o Prof. HELY LOPES MEIRELLES que o art. 20 do CPC reafirmou o princípio da sucumbência, “em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, admite a condenação do vencido em honorários”. E

(85) Ac. da Terceira Câmara Criminal do TASP, in *Rev. de Inf. Legislativa*, a. 14, nº 53 (jan./mar. 1977), p. 227.

(86) BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 379, 8.ª ed., Forense, 1976.

(87) Ac. de março de 1977, T. Pleno, no RE nº 83.860-SP, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 84/165.

acrescentou não ver razão em restringir a referida regra, invocando-se a especialidade do rito do mandado de segurança ⁽⁸⁸⁾.

O eg. Tribunal Federal de Recursos mesmo, através da sua antiga 1ª Turma, chegou a entender que, "reconhecido que o mandado de segurança é uma causa, é cabível a condenação do vencido em honorários, pelo princípio da sucumbência. Sendo racionalmente necessária (cogente) a regra do art. 20 do Cód. de Proc. Civil, deve acatá-la o juiz, mesmo quando não pedida sua aplicação, pelo princípio do mero sucumbimento, pois não importa saber se se trata de uma penalidade ao vencido ou uma desoneração do vencedor de tal despesa, ante a limpidez da ordem consubstanciada no verbo *condenar*, conjugado na forma imperativa — *condenará* ⁽⁸⁹⁾.

A verdade é que hoje ninguém se anima a atacar a Súmula nº 512, a que o STF vem emprestando vigor. Sobre o tema, o Min. Aliomar Baleeiro, equiparando o mandado de segurança à ação popular, na sua natureza, assentou que "A ação popular constitui juridicamente um direito do cidadão, e, moralmente, um dever do membro da comunidade. O interesse social é incentivá-la, e não estorvá-la com ameaça de condenação vultosa, porque os negócios públicos, em geral, excedem as dimensões dos privados". E adiantou: "O caso é semelhante ao do mandado de segurança, que, sendo defesa de direito individual, não comporta honorários pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" ⁽⁹⁰⁾.

A tese é plausível, embora vislumbremos que a razão num e noutra instituto não se dá com a mesma intensidade.

No vasto campo do direito público, tem o eg. Tribunal Federal de Recursos criações notáveis.

O art. 24 do Código de Propriedade Industrial em vigor (Lei nº 5.772/71) fixa em 15 anos o prazo de duração do privilégio de invenção, *contado da data do depósito do pedido*. Esse dispositivo veio alterar, nessa parte, a legislação anterior (DL nº 7.903/45, art. 39; DL nº 264/67, art. 25; DL nº 1.005/69, art. 29), que mandava contar o prazo de 15 anos, a contar *da data da expedição da patente*. O art. 117 do CPI manda aplicar o referido art. 24 aos casos pendentes.

A aplicação do art. 24 aos casos pendentes, à época da vigência da lei, isto é, aos depósitos relativos aos pedidos anteriores à Lei nº 5.772/71, acarretou uma redução do tempo de vida do privilégio. Enfrentando o tema, o Plenário do eg. Tribunal Federal de Recursos, a par da legislação anterior, firmou jurisprudência no sentido de que: "Considera-se como termo inicial dos prazos do art. 24 da Lei nº 5.772, de 21-12-71 (Cód. Prop. Industrial), para os

(88) MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, pp. 51-52, 5ª ed. atualizada, RT — S. Paulo, 1978.

(89) Ac. da AMS nº 81.566-RJ, Rel. Min. Washington Bolívar de Brito. Antiga 1ª Turma. Julgamento: 5-6-78.

(90) Ac. no RE nº 78.831-SP. Primeira Turma. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. RTJ nº 73/913.

depósitos anteriores a essa lei, a data da sua vigência”, (91) de acordo com a tese inicialmente defendida pelo Min. Paulo Távora.

Outra criação foi a que resultou na Súmula 46. Interpretando o art. 7º da Lei nº 4.357/64, o Tribunal, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal, mandou contar a correção monetária, nos casos de devolução de depósito efetuado em garantia de instância, ou em casos de repetição de indébito tributário, a partir da data do depósito ou do pagamento indevido (92).

De igual modo ocorreu com a aplicação de correção monetária sobre as prestações previdenciárias em atraso, mandada contar pela jurisprudência consubstanciada na Súmula nº 71 (93).

Também os juros compensatórios em desapropriação são outra criação da jurisprudência brasileira, firmada pelo Supremo Tribunal e reafirmada pelo Tribunal Federal de Recursos (94).

Vale registrar, também, a jurisprudência consubstanciada na Súmula número 78, do TFR, na interpretação do art. 219, §§ 1º e 4º, do CPC. Segundo o enunciado dessa súmula, “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição da prescrição” (95).

Segundo o art. 850, § 2º, do Código de Processo Penal, “não cabe o *habeas corpus* contra prisão administrativa, atual ou eminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal”. Não obstante os termos desta regra, o eg. Tribunal Federal de Recursos tem conhecido de pedidos de *habeas corpus* fora das exceções ali previstas. E apreciando, concedeu a ordem em alguns casos, em face de incompetência da autoridade coatora para decretar a prisão administrativa (96).

Igualmente, vale notar a tendência do eg. Tribunal Federal de Recursos de dividir a pensão previdenciária entre a esposa e a companheira que conviveu *more uxorio*, por longos anos, com o *de cujus* e dele dependia economicamente (EAC nº 35.059-SP, Primeira Seção, Rel. Min. Aldir G. Passarinho, in DJ, de 17-2-81). Aliás, a Súmula nº 380 do col. STF representa uma pro-

(91) Ac. da Uniformização de Jurisprudência na AMS nº 77.774-RJ. T. Pleno. DJ, de 23-4-80 (Súmula nº 10).

(92) Súmula nº 46, da eg. Segunda Seção. DJ, de 14-10-80.

(93) Súmula nº 71, da eg. Primeira Seção. DJ, de 6-3-81.

(94) Súmula nº 164, do col. STF. Não mais prevalece a Súmula nº 345 daquela Corte (RTJ nº 59/74). Ver também Súmula nº 74, Segunda Seção do eg. TFR, DJ, de 19-3-81.

(95) Súmula nº 78, do TFR (Plenário). DJ, de 7-4-81, p. 2.970.

(96) RHC nº 6.492-AM. Rel. Min. Armando Rolemberg, antiga 3.ª Turma. DJ, 18-6 de 1980.

teção da concubina, pela comprovação da existência de sociedade de fato. Aí o concubinato surte efeitos patrimoniais fundados no direito das obrigações.

Sobreleva notar, ainda em tema de desapropriação, que a jurisprudência tem pesado no sentido de que a chamada área *non aedificandi* compreendida na margem das rodovias federais não é indenizável (EAC nº 57.391-SP, Segunda Seção do TFR, Rel. Min. José Dantas, in *DJ*, 20-4-81). Aliás, esse é o entendimento pacífico da justiça paulista; contudo, não se tem uma jurisprudência definitiva e substancial do col. STF. A lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.706/79, art. 4º, III) tornou obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado, ao longo das rodovias federais. Essa norma implica uma restrição do direito de propriedade, protegido pela Constituição, daí a relevância da questão. O eg. TFR já entendeu que a restrição é tolerável, por se tratar de reservas "a modo de simples limitação administrativa, compatível com o poder de polícia autorizado no art. 572 do Código Civil". O Supremo Tribunal, contudo, já entendeu ser a referida área indenizável porque insuscetível de aproveitamento (RE número 80.733-SP, *RTJ*, 79/215). Como é de ver, a jurisprudência ainda não é mansa. E o tema, por sua relevância jurídica, de certo modo está a merecer maior exame do Pretório Excelso.

Outros exemplos, sem conta, poderiam ser oferecidos, para demonstrar como o eg. Tribunal Federal de Recursos vai cumprindo a sua destinação constitucional, firmando-se como um grande tribunal da República, enriquecendo a criadora jurisprudência brasileira, com as inestimáveis contribuições dos seus juízes, ao lado dos demais tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal.

b) *No direito constitucional*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais brasileiros exerce a sua função criadora em todos os ramos do direito.

No direito constitucional, é através da interpretação e aplicação da carta política que o poder de criar dos tribunais se revela.

As Constituições também padecem de imperfeições, como as leis ordinárias. Na sua aplicação, "suscitam dificuldades que, para serem superadas," — nos dizeres do Prof. JOSAPHAT MARINHO — "exigem larga visão dos princípios gerais do direito público e de suas implicações institucionais ou políticas. Lacunas, erros técnicos, incongruências provocam dificuldades à função saneadora reservada ao poder jurisdicional do controle. Mesmo as Constituições elaboradas em quadro de normalidade e no confronto de espíritos habituados ao trabalho legiferante revelam falhas, pois os textos normativos, de qualquer índole, jamais abrangem toda a realidade, nem eliminam por inteiro os conflitos de idéias e interesses, que neles incidem" (97).

(97) MARINHO, Josaphat. "Perspectivas do Controle de Constitucionalidade". In *Notícia do Direito Brasileiro* — 1977, p. 46. Publicação anual do corpo docente do Departamento de Direito da UnB.

Para dizer bem o direito aos juízes não lhes bastam olhos, sobretudo para aplicar a Constituição. É mister compreender o que é uma Constituição, o que ela representa para um povo.

Uma Constituição é um corpo de princípios, que são depurados ao longo de um grande esforço; uma criação por processo pacífico, que opera no contraste de juízos e opiniões. Assim nasceram as Constituições históricas. Por outro lado, uma Constituição pode resultar da vitória do ímpeto ou da violência. Refiro-me às Constituições de circunstâncias (98).

É a Constituição o “contrato” de uma grande sociedade, politicamente organizada, onde todos são “sócios”, capazes de direitos e deveres na ordem social.

Por isso mesmo, uma Constituição há de ajustar-se, o mais possível, à realidade jurídica, política, social, econômica etc. Não pode contrariar o espírito público, pois que deve ser um odre de cultura e tradição de um povo. É um instrumento que visa a assegurar a liberdade e a dignidade do homem, despertando-lhe um profundo sentimento de veneração e respeito. Assim, enquanto as leis ordinárias visam a satisfazer as necessidades circunstanciais do momento, a Constituição tende a ser duradoura; por conseguinte, o seu conteúdo deve ser de generalidades, e não de detalhes (99).

Volviendo a nossa reflexão para a história da formação do Estado, concluiremos que uma Constituição deve espelhar a idéia projetada pela História. Nesta linha de raciocínio, vale registrar a notável observação do Senador José Lindoso:

“As Constituições podem ser entendidas, à luz das múltiplas doutrinas, de modos diferentes, mas a verdade é que elas, revelando a fisionomia do Estado, devem, na letra e no espírito, na tessitura das formulações, refletir a alma popular e o projeto nacional de cada povo ante a História.”

E acrescenta:

“O Estado há de se armar para impor a confiança pela responsabilidade, e não pelo medo, porque este castra as potencialidades positivas da Nação. Aquieta, angustiado, em vez de dar a paz e a ordem, recriando e fecundando” (100).

As disposições constitucionais, em virtude da sua natureza e dos seus objetivos, são de alcance mais largo do que o conteúdo das disposições ordinárias. Esta consideração explica a adoção de uma técnica mais rica na interpretação e construção na esfera do direito constitucional.

(98) MARINHO, Josaphat. “Análise da Constituição de 1891”. Conferência pronunciada na UnB, por ocasião das comemorações (24/26-10-77) do Sesquicentenário da Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. In *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, p. 55. Câmara dos Deputados — Brasília, 1978.

(99) QUINTANA, Segundo V. Linares. “Técnica de la formulación de las Constituciones. *Rev. Inf. Legislativa*, pp. 5-26, a. 17, nº 66, abr./jun. Senado Federal, Brasília, 1980.

(100) LINDOSO, Sen. José. *O Pensamento Constitucional Brasileiro*, pp. 203-205. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.

Neste campo, a criação jurisprudencial tem em conta o conteúdo teleológico da norma da Constituição, como instrumento de governo, de restrição de poderes, de amparo à liberdade individual. O juiz busca a construção, por vezes, fora do texto, mas por este autorizada; recorrendo ao método histórico e indagando do espírito do constituinte à época da elaboração (ou no decorrer da formação) da regra constitucional.

A criação jurisprudencial, portanto, no plano do direito constitucional, exige do juiz uma profunda sensibilidade política, sem prescindir de outros conhecimentos.

Se não fosse a sua grande sensibilidade política, o grande juiz Marshall provavelmente não teria criado o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle da constitucionalidade, eloquentemente firmado no *leading case* Marbury v. Madison.

John Marshall deu grande contribuição ao direito americano. No caso acima citado, afirmou:

“Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acordo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, ele, inevitavelmente, terá de escolher dentre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição, e não a lei ordinária, há de reger o caso a que ambas dizem respeito (101).

Noutra passagem da sentença, disse Marshall:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da Nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição é nulo” (102).

(101) RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, p. 37. Ed. Revista Forense, 1958.

(102) The writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution (Bost., 1839), pp. 24-5, apud RUI BARBOSA, in *A Constituição e os Actos Inconstitucionais*, pp. 46-47, 2ª edição. Atlântida Editora — Rio de Janeiro.

Com essa decisão (1803), contrária aos interesses do Presidente Thomas Jefferson, criou-se o controle jurisdicional (*judicial review*) e o princípio que imputa à Suprema Corte a guarda da Constituição.

Outros casos se seguiram, de autêntica criação, como os casos *Martin v. Hunter's Lessee* (1816), *McCulloch v. Maryland*, *Osborn v. Bank of the United States*, *Fletcher v. Peck*, *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, *Sturges v. Crowninshield*, *Gibbons v. Ogden*, *Brown v. Maryland* (103) etc.

Recentemente, decidiu a Suprema Corte americana, através do acórdão datado de 15-12-80, proferido nas causas de n.ºs 79-983 e 79-1689, em que contendem o Governo dos Estados Unidos e Umberto L. Will, sobre a sua competência para determinar o aumento de vencimentos dos seus juizes federais, incluindo os ministros da própria Corte. A decisão veio a propósito do princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos juizes, tendo a Corte afastado o impedimento e a suspeição dos seus ministros para julgar as causas, invocando o "princípio da necessidade" e o da não-negação de justiça (104).

O Judiciário americano, por tradição, detém um grande poder de criação. Para a Suprema Corte, a Constituição americana é mais um símbolo do que um simples texto escrito, chegando a afirmar-se que ela (a Constituição) é o que os juizes dizem que é, segundo a afirmação sem *ambages* de Charles Hughes, Presidente da Suprema Corte: "Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes afirmam que ela é" ("We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is"). Ou, segundo BRICE, a Constituição é obra da Convenção Federal de 1787 e dos juizes, extraindo-se dela ilações não visíveis a olho nu (105).

Este poder de reelaboração ou recriação das normas constantes do texto constitucional decorre do dever da Suprema Corte de guardiã da Constituição americana.

No Brasil, o col. Supremo Tribunal, além de última instância da Justiça brasileira, com a tarefa de uniformizar o direito nacional, detém também as funções de Tribunal Constitucional da República, no trato do controle da constitucionalidade (106). É do exercício desse controle, como sói acontecer, que nascem as criações no campo do direito constitucional.

(103) RODRIGUES, Lêda Boechat. Ob. cit., pp. 35-54.

(104) *The United States Law-Week*, v. 49, n.º 24 (Supreme Court Opinions), de 16 de dezembro de 1980, pp. 4.045-4.054, tradução livre de LUIZ ALBERTO AMERICANO.

(105) Cf. CASTRO NUNES, in *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 639-650. "The Constitution as an instrument and a symbol" é o título de um artigo de CORWIN, publicado em *The Political Science Review*, de acordo com citação de CASTRO NUNES, p. 595.

(106) No Brasil, a declaração de inconstitucionalidade pode dar-se *in casu*, através de recurso extraordinário, ou por meio de representação do Procurador-Geral da República (CF, arts. 116 e 119, I, D). Neste particular, o direito brasileiro foi além do direito americano, pois este não admite a declaração de inconstitucionalidade em tese.

Declarada a inconstitucionalidade total ou parcial, será feita a comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

(Continua no rodapé da página seguinte)

c) No direito sumulado

Cumprindo a sua relevante tarefa de uniformizar o direito nacional e de exercer o controle da constitucionalidade, o col. Supremo Tribunal Federal redimensiona, com os demais tribunais, a ordem jurídica, dando lugar ao processo de sumulação da jurisprudência.

A idéia, nos tempos atuais, que a jurisprudência exerce uma função integradora e, portanto, criadora é pacífica.

As codificações têm a vantagem de oferecer segurança ao direito, mas têm a desvantagem de estacioná-lo, estratificando-o. Não foi à toa a afirmação de SAVIGNY no sentido de que os códigos já nascem envelhecidos. Nesse plano, surge a jurisprudência como contrapeso, garantindo o progresso do direito, pondo-o em compasso com a evolução social.

(Continuação da nota nº 106)

Fundando-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual nas hipóteses previstas nos incisos VI e VII do art. 10 da Constituição, a suspensão da execução do ato impugnado, se essa medida bastar para podar-lhe a eficácia caberá ao Presidente da República, mediante decreto de intervenção, em cumprimento da decisão transitada em julgado do col. Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade estende-se na hierarquia das leis — princípio vigente nas Constituições rígidas, escritas, segundo o qual nenhuma lei ordinária pode competir com a lei fundamental. Se, por interpretação, puder a lei conciliar-se com a Constituição, a inconstitucionalidade não será declarada.

É autêntica a interpretação dada pelo Supremo Tribunal à lei ou ato normativo federal ou estadual, cujo exame tenha sido submetido pelo Procurador-Geral da República, sendo a interpretação vinculante para todos os efeitos, pelas conclusões e ementa de acórdão transitado em julgado. Neste passo, é inafastável a função legiferante do col. Supremo Tribunal Federal, como frisamos anteriormente.

Indaga-se se o Procurador-Geral da República, como titular do direito de representação, pode negar seguimento a pedido perante ele deduzido. Tem o col. STF respondido positivamente, facultando à parte interessada provocar a declaração de inconstitucionalidade em caso (Ac. de 3-12-80, na Rp nº 121-1-RJ. Rel. Min. Djaci Falcão — DJ 20-3-81).

Zelar pela Constituição deve ser um dever de todo membro da sociedade. Decorre, portanto, se o cidadão deduz pedido de representação, junto ao Procurador-Geral, e este não concorda com as razões do pedido, de duas uma: ou o Procurador-Geral simplesmente encaminha o pedido à Corte e se reserva para opinar posteriormente, como já ocorreu, ou não apresenta a representação, facultado, porém, nesta hipótese, ao particular fazê-lo diretamente.

Ainda sobre o tema, vale notar que a inconstitucionalidade pode ser formal ou material.

A inconstitucionalidade formal é o conflito explícito, implícito ou travesso, da lei ou do ato normativo com a Constituição. É o caso típico e tradicional de inconstitucionalidade material. A inconstitucionalidade material é feita em cada caso: é verificável na aplicação prática da lei. A lei, neste caso, pode-se apresentar, em tese, formalmente compatível com a Constituição, mas contrariar a esta no momento da sua incidência. Tanto é assim que a inconstitucionalidade material convive com a constitucionalidade formal. O Tribunal, examinando o caso concreto, pode fazer valer a norma constitucional, embora em detrimento da lei,

(Continua no rodapé da página seguinte)

A padronização da jurisprudência dá lugar às súmulas (107). Tal se explica em razão de que: dada a natureza dialética do direito, nem todos os aplicadores chegam às mesmas conclusões, surgindo, na aplicação do direito, divergências as mais diversas, suscitando, por vezes, dúvidas a quantos recorrem à justiça. A súmula, uniformizando a jurisprudência, devolve a necessária estabilidade, facilitando o trabalho dos advogados e dos juizes de primeira instância.

As súmulas exercem uma função diretiva, de orientação, malgrado não tenham força vinculante. A sua autoridade é tal que, para atacar-se uma decisão

(Continuação da nota nº 106)

sem precisar declarar a inconstitucionalidade desta. É muito encontradão nos direitos americano e argentino, em matéria fiscal, quando ocorre ser cobrado tributo excessivo ou exorbitante, capaz de limitar a garantia da liberdade de comércio e indústria, de propriedade etc. Pode citar-se um caso, no direito brasileiro, julgado pelo Supremo Tribunal, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade material do DL nº 893, de 23-9-69, na parte em que determina a exaustão dos recursos administrativos como condição ao ingresso em juízo, em casos de acidentes do trabalho. Embora formalmente constitucional, a referida regra feria o princípio constitucional da não-negação de justiça, na sua aplicação prática, posto que os órgãos administrativos da Previdência Social não estavam (referindo-se à época do julgamento) aparelhados para desempenhar a tarefa de examinar os recursos opostos pelos interessados." (Sobre conceito de inconstitucionalidade material, ver *RTJ* nº 58/692 e *RF* 82/546.)

- (107) No Brasil, a súmula foi instituída pelo Supremo Tribunal em 1963 (emenda regimental de 28 de agosto de 1963), a exemplo do *stare decisis* do direito americano, em resposta ao grande fluxo de causas seriadas que assoberbavam os tribunais, dificultando o exame dos temas mais controvertidos e relevantes. (BONFIM, Edson Rocha. *Supremo Tribunal Federal — Perfil Histórico*, pp. 66-67. Forense, INL/MEC. Brasília, 1979.)

A inclusão de enunciados na súmula da jurisprudência predominante do STF, bem como a alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta (RI do STF, art. 102, § 1º, *DOU* (Suplemento) de 27-10-80).

Uma vez criada a súmula, ela pode ser revista a qualquer tempo, diante de argumentos relevantes erigidos com base em fatos supervenientes que autorizem o reexame. Do contrário, o Ministro que com ela não concordar adota-a, ressaltando o seu ponto de vista. Este é o costume predominante no STF, segundo observação do Ministro Victor Nunes Leal: "Este Tribunal, há muito tempo, adotou um critério salutar: os Ministros minoritários em determinado tema limitam-se a ressaltar sua opinião quando estão em maioria eventual, mas seguem a jurisprudência, porque a jurisprudência é do Tribunal, e não dos ministros individualmente considerados" (LEAL, Victor Nunes. *RTJ* 55/239). Esse comportamento também foi ressaltado pelos Ministros Bilac Pinto e Luís Galloti, noutras passagens, onde se curvam diante do entendimento da maioria, consubstanciado em súmula, não somente em obséquio ao critério adotado pela Corte, mas também, de uma forma honesta, em prol de uma justiça mais rápida, evitando recursos que somente iriam procrastinar a prestação jurisdicional definitiva (*RTJ* 62/305 e 590).

A súmula tem o grande efeito de obstruir recurso ou pedido que contrariar a jurisprudência predominante (RI/STF, art. 21, § 1º). Só quando a parte provar que não existe identidade de situação jurídica ou a existência de argumentos novos e relevantes, é que pode atacar a súmula.

Na Justiça Federal, as súmulas têm grande alcance. Embora previstas desde a Lei nº 5.010, de 1966, somente começaram a ser produzidas pelo Tribunal Federal de Recursos a partir de maio de 1977. (Incidente de Uniformização de Ju-

(Continua no rodapé da página seguinte)

lançada de acordo com a jurisprudência predominante, são necessários fortes argumentos, suficientes a conduzir à alteração da orientação jurisprudencial.

As virtudes da súmula elidem a pecha a ela atribuída de imobilizar o direito. É de ver que a súmula não tem, no sistema brasileiro, a mesma rigidez da jurisprudência anglo-americana, onde predomina o sistema da *Common Law*.

A jurisprudência brasileira pode ser modificada com mais facilidade do que a lei, de molde a não obstaculizar o progresso do direito.

(Continuação da nota nº 107)

risprudência na AMS nº 79.878, Tribunal Pleno, em 5 de maio de 1977. DJ de 14-6-77, p. 3.941.)

Em face da composição atual do eg. TFR, as súmulas são produzidas tanto pelo Plenário quanto pelas Seções especializadas, conforme se trate de padronização das decisões das Seções ou das Turmas que integram a respectiva Seção.

A alteração ou cancelamento segue as regras estabelecidas no Regimento Interno do STF. A sua criação requer um *quorum* qualificado de 2/3 da Seção ou do Plenário, excluído o presidente, e a aprovação dar-se-á por maioria absoluta. O mesmo *quorum* é exigido para revisão da súmula.

As súmulas, no TFR, derivam de incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado pela parte ou por qualquer juiz da Corte em julgamento de caso concreto (CPC, arts. 476/479). Ou decorrem de decisões unânimes dos membros componentes do Tribunal ou de decisões tomadas por maioria absoluta, em dois julgados concorrentes, pelo menos (Lei nº 5.010/66, art. 63), de Seção ou do Plenário.

Há também as chamadas súmulas de convergência, quando se verificar que as Turmas não divergem na interpretação do direito, sobre determinado tema (Res. 19/79, art. 5º). Tais súmulas podem nascer por proposta de qualquer Ministro, na Turma (RI, art. 115). Neste caso, não se suspenderá, necessariamente, o feito.

O Ministro Relator pode mandar arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, em questão predominantemente de direito, súmula do TFR ou do STF. Esta regra foi introduzida no Regimento do TFR (art. 33, § 1º, II) em combinação com o art. 90, § 2º, da Lei Complementar nº 35/79. A medida visa a abreviar o julgamento dos feitos, cujo objeto versa tese de direito já pacífica no Tribunal. Do despacho do relator cabe agravo regimental no prazo de cinco dias. Destarte, v.g., no caso de embargos infringentes, se o relator os indeferir de plano, por não ser caso de embargos, o recurso cabível, para a Seção competente, não será mais interposto no prazo de quarenta e oito, previsto no art. 532, § 1º, do CPC, mas sim no prazo de cinco dias, como dito acima. Significa dizer que o prazo indicado no aludido dispositivo do CPC não tem eficácia na ordem dos processos no Tribunal Federal de Recursos, ante a regra do § 2º, art. 90, da LC nº 35/79.

Vale notar, ainda sobre o alcance das súmulas do TFR na Justiça Federal, que, nas causas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais forem interessadas na condição de autoras, réas, assistentes ou oponentes, a apelação será recebida unicamente no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que decidir questões predominantemente de direito, com fundamento em súmula do STF ou do próprio TFR, além das hipóteses previstas no art. 520 do CPC, não se sujeitando a apelação a revisor (Lei nº 6.825/80, art. 3º e parágrafo único).

No âmbito da Justiça do Trabalho, não enseja conhecimento o recurso de revista ou de embargos que contrariar súmula ou prejudgado do TST (Súmula 42); o mesmo acontece ao recurso de agravo de instrumento (RI/TST, arts. 5, V, e 142 — DOU 5-7-76).

Nessa linha de raciocínio, merece sobrelevar a notável advertência do Ministro Washington Bolívar de Brito, do eg. TFR:

“É certo que o direito sumulado estratifica e decanta a jurisprudência, promove a celeridade dos processos, previne os pleitos, simplifica as sentenças e votos e confere razoável margem de antecipação dos resultados. Embora não tenham força vinculativa, devem as súmulas servir de orientação nos julgamentos; mas, como o próprio direito, que interpretam, não são imutáveis — tanto que várias delas já foram alteradas, ou revogadas. Demonstra especial apreço à evolução do direito e ao egrégio Supremo Tribunal Federal quem propicie a reapreciação das teses jurídicas controvertidas, para que ele possa reafirmar ou modificar o seu entendimento” (108).

As ponderações acima foram feitas a propósito da aplicabilidade da Súmula nº 512, do STF. A observação é perfeita e tem aplicação geral.

A súmula, extrato da jurisprudência predominante, não representa apenas produto de um ato disjuntivo, ou um direito extraído do direito, mas tende a ser uma categoria de criação de direito, senão um *jus supra jura*.

III — CONCLUSÕES

1. A técnica jurídica opera a sistematização do direito, dando-lhe forma e revelando-lhe o conteúdo, através de uma linguagem apropriada: dotada de clareza, precisão e concisão. Uma técnica jurídica que há de ser observada na elaboração e na aplicação das leis; uma técnica que caminha ao lado da ciência jurídica, dando a esta eficácia.

2. A lei é uma fórmula jurídica de composição de necessidades, de interesses e objetivos, tendente a assegurar a harmonia e o equilíbrio das forças sociais.

3. A interpretação busca a vontade atual da lei (*voluntas legis*). O direito, que exprime a sociedade, é social na sua origem, como social há de ser também nos seus fins (109).

4. Todo ato de interpretação e construção parte da lei e pode ir ou não além dela, explicitando a norma que está implícita no sistema geral. E ao extrair essa norma, reelabora-se a lei, adequando-a, por vezes, às aspirações da sociedade.

5. O ordenamento jurídico não é constituído apenas do conjunto de todas as leis embutidas em dado sistema de direito, mas desse conjunto e da consciência jurídica consubstanciada no costume judiciário e nos princípios. Segue-se, pois, que as leis não exaurem toda a noção do direito.

6. A liberdade criadora dos juízes está nas lacunas, nas omissões e nas incoerências das leis e dos princípios. A ação inovadora dos tribunais apresenta-se teoricamente possível e praticamente útil.

(108) AMS nº 81.566-RJ, DJ de 21-5-79, p. 3.950.

(109) MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*, p. 261. Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1934.

7. A jurisprudência é fonte de direito; superada está aquela idéia que nega a sua força criadora.

8. O poder estatal é *uno*. A teoria tripartite do poder, ensaiada por Aristóteles (*Política*) e desenvolvida por LOCKE (*Treatise of Civil Government*) e professada por MONTESQUIEU (*De l'Esprit des Lois*) ⁽¹¹⁰⁾, não comporta uma concepção estreita. Os poderes (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo) não são mais que partilhas preponderantes de poder ou "funções" ⁽¹¹¹⁾ de um mesmo poder inerente ao Estado.

9. O Poder Legislativo cria o direito numa esfera geral, como pode fazê-lo o Poder Executivo, embora deste não seja a função precípua. O Poder Judiciário também cria o direito, numa esfera particular e individual. O importante e necessário é a harmonia dos poderes, cada qual operando nos limites e grau da sua competência, com responsabilidade e, sobretudo, com respeito à dignidade do povo, propiciando o regime legal, na consideração de que "o direito é a política bem compreendida do poder", ⁽¹¹²⁾ ou um instrumento de controle do poder.

10. As súmulas, que revelam a jurisprudência criadora dos tribunais, constituem um instrumento de notável valia no campo da prestação jurisdicional e da aplicação do direito, orientando os jurisdicionados e prevenindo os feitos. Tendem a ser, como as leis, uma forma de atender às necessidades sociais. A sua função maior é propiciar a evolução do direito, por isso a sua revisão deve ocorrer de forma flexível, sempre que convier à ordem vigente, em contraposição ao positivismo legalista.

QUADRO COMPARATIVO DAS TENDÊNCIAS FILOSÓFICAS

<i>Em relação à</i>	<i>Formalismo</i>	<i>Realismo</i>
linguagem do direito positivo	Afirma ser uma linguagem lógico-formal, portanto, unívoca e precisa.	Afirma estar formulada em linguagem natural, portanto vaga e ambígua.
As fontes do direito	A única fonte é a lei.	Fontes são todos os motivos determinantes das decisões judiciais.
O papel do juiz	Afirma que seu trabalho é mecânico, responde a um ato de conhecimento. Erige a figura do juiz neutro, que não criaria o direito.	Seu trabalho seria constitutivo, respondendo a um ato de vontade. Os juizes criam o direito.

(110) SA FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*, pp. 13-17. Editora Borsol — Rio, 1959.

(111) LOEWENSTEIN. Apud VAMIREH CHACON, in *O Novo Parlamentarismo*, p. 56, série Cadernos Políticos da Fundação Milton Campos. Brasília, 1978.

(112) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 254. Editora Revista Forense — Rio, 1945.

<i>Em relação à</i>	<i>Formalismo</i>	<i>Realismo</i>
Os valores que devem prevalecer	Exaltam o valor segurança.	Exaltam o valor equidade, que poderá ser satisfeito se nos apegamos excessivamente ao fetiche da segurança.
A ciência do direito	Estuda, sem formular juízos de valor, o direito positivo vigente para explicitar sua sistemática.	Apóia-se no positivismo lógico. Considera que só se pode construir uma ciência do direito a partir do estudo dos argumentos dos órgãos com base nas sentenças judiciais.
A estrutura lógica do raciocínio jurídico	Silogismo demonstrativo.	Silogismo retórico.
Sobre a natureza da prova	Mediante a prova alcança-se a verdade dos fatos.	Não se alcança a verdade senão que se alega sobre a verossimilhança dos fatos.

WARAT, in *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, p. 56.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo — *Hipótese de Incidência Tributária*. 2.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

BALEEIRO, Aliomar — *Direito Tributário Brasileiro*. 8.^a edição, Forense, 1976.

BARBOSA, Rui — *A Constituição e os Actos Inconstitucionais*. 2.^a edição, Atlântida Editora, Rio de Janeiro.

BIELSA, Rafael — *La Abogacia*. 2.^a edição, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Buenos Aires, 1945.

————— — *Metodología Jurídica*. Santa Fé, Argentina, 1961.

BOBBIO, Norberto — *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Luglio-settembre, 1973, pp. 448-449.

BONFIM, Edson Rocha — *Supremo Tribunal Federal — Perfil Histórico*. Edição Forense, INL/MEC, Brasília, 1979.

BORDENAVE, Juan Díaz e PEREIRA, Adair Martins — *Estratégia de Ensino-Aprendizagem*. 2.^a edição, Editora Vozes Ltda., 1978.

BORGES, Souto Maior — *História do Brasil*. Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1968.

CHACON, Vamirah — *O Novo Parlamentarismo*. Série Cadernos Políticos da Fundação Milton Campos, Brasília, 1978.

CAMPOS, José de Queiroz — *A Arte de Elaborar a Lei*. Ed. Verbete Ltda., Rio, 1972.

CRUET, Jean — *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*.

DÍAZ, Elias — *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2.^a edição, Taurus Ediciones S.A., Madrid, 1980.

FERRARA, Francisco — *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3.^a edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1978.

FRANÇA, R. Limongi — *Brocarões Jurídicos*. 3.^a edição, Revista dos Tribunais, São Paulo.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo — *O Pensamento Constitucional Brasileiro (conferência)*. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.

HERKENHOFF, João Baptista — *Como Aplicar o Direito*. Forense, Rio, 1979.

- JORNAL *Optimó*, p. 11 — edição de 1º-5-81.
- KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*. 4.ª edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1976.
- LARENZ, Karl — *Metodologia da Ciência do Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1969.
- LIEBMAN, Enrico Tullio — *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Ed. Revista Forense, Rio, 1945.
- LYRA, Roberto — *Visão Social do Direito*. Editora Rio-Abril, 1976.
- MACEDO, Sílvio — *Fundamentos de uma Epistemologia Sociológica*. (Tese de doutoramento em Ciências Económicas, apresentada à Faculdade de Ciências Económicas da Parafba).
- — *Introdução à Ciência do Direito*. Forense, 1ª edição, São Paulo, 1970.
- MANGABEIRA, João — *Em torno da Constituição*. Editora Nacional, São Paulo, 1934.
- MARINHO, Josaphat — (Análise da Constituição de 1891) — Conferência. *O Pensamento Constitucional Brasileiro*. Câmara dos Deputados, Brasília, 1978.
- — *Notícia do Direito Brasileiro*. Edição da Universidade de Brasília, 1977.
- MAXIMILIANO, Carlos — *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2ª edição, Forense, Rio, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Mandado de Segurança e Ação Popular*. 5ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- MIRANDA, Pontes de — *História e Prática do Habeas Corpus*. José Konfino editor, 2ª edição, Rio, 1951.
- MONTESQUIEU, Charles — Louis de Secondat — Baron de la Brede et de. *De l'Esprit des Loix* — Éditions Garnier Frères — 6 Rue des Saints-Pères — Paris.
- NUNES, Castro — *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Revista Forense, Rio, 1943.
- PERROT, Roger — *Da Influência da Técnica sobre o Fim das Instituições*.
- QUINTANA, Segundo V. Linares — “Técnica de la formulación de las Constituciones”, *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 17, n. 66 — abr./jun. 1980.
- RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. I, Tomo III, 2ª edição, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1977.
- REALE, Miguel — *O Direito como Experiência*. Ed. Saraiva S.A., São Paulo, 1968.
- — *Teoria Tridimensional do Direito*. 3ª edição, Editora Saraiva, 1980.
- REGIMENTO INTERNO do Supremo Tribunal Federal.
- REGIMENTO INTERNO do Tribunal Superior do Trabalho.
- REGIMENTO INTERNO do Tribunal Federal de Recursos.
- RTJ 45/559, 73/919, 84/165, 55/239, 62/305.
- REVISTA de Informação Legislativa — a. 14, n. 53 (jan./mar. 1977).
- RIPERT, Georges — *Les Forces Créatrices du Droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955.
- RODRIGUES, Lêda Boechat — *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Edição Revista Forense, 1958.
- SÁ FILHO, Francisco — *Relação entre os Poderes do Estado*. Editora Borsoi, Rio, 1959.
- SILVA, Clóvis do Couto e — *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco — *Estudos de Direito Público*. 2ª edição, M. J., Brasília, 1977.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa — *Processo Penal*. Vol. I, 4ª edição, Editora Jolovi Ltda., São Paulo, 1978.
- VASCONCELOS, Arnaldo — *Teoria da Norma Jurídica*. 2ª edição, Editora Forense, São Paulo, 1978.
- WARAT, Luís Alberto — *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Editora Síntese Ltda., Porto Alegre, 1979.