



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

PAULO NADER

Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora.
Membro Titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
Juiz de Direito aposentado do Estado do Rio de Janeiro.
Membro da Association Internationale de Methodologie Juridique.
Especialista de Notório Saber pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Valenciana de Letras.
Endereço eletrônico: pnader@powerline.com.br

Introdução ao Estudo do Direito

38ª edição

Revista e atualizada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

1ª edição – 1980

38ª edição – 2016

- Fechamento desta edição: 08.01.2016

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

N13i

Nader, Paulo

Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader – 38.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-6791-8

1. Direito 2. Direito – Filosofia I. Título.

CDU: 340 / 340.12 / 340 / 340/14

*À Dea Emília, na totalidade de nosso amor
ao Danilo, à Leticia, à Eliana e à Cristina.*

Sumário: 90. Conceito. 91. Espécies. 92. Paralelo entre Jurisprudência e Costume. 93. O Grau de Liberdade dos Juizes. 94. A Jurisprudência Cria o Direito? 95. A Jurisprudência Vincula os Tribunais? 96. Processos de Unificação da Jurisprudência.

90. CONCEITO

No curso da história o vocábulo *jurisprudência* sofreu uma variação semântica. De origem latina, formado por *juris* e *prudentia*, o vocábulo foi empregado em Roma para designar a Ciência do Direito ou teoria da ordem jurídica e definido como *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia* (conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto). Neste sentido ainda é aplicado modernamente, mas com pouca frequência. Considerando muito significativa a acepção romana, que realça uma qualidade essencial ao jurista, que é a *prudência*, Miguel Reale entende que tudo deve ser feito para manter-se também em uso o sentido original de jurisprudência.¹ Atualmente o vocábulo é adotado para indicar os precedentes judiciais, ou seja, a reunião de decisões judiciais, interpretadoras do Direito vigente.

Em seu contínuo labor de julgar, os tribunais desenvolvem a análise do Direito, registrando, na prática, as diferentes hipóteses de incidência das normas jurídicas. Sem o escopo de inovar, essa atividade oferece, contudo, importante contribuição à experiência jurídica. Ao revelar o sentido e o alcance das leis, o Poder Judiciário beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. Para bem se conhecer o Direito que efetivamente rege as relações sociais, não basta o estudo das leis, é indispensável também a consulta aos repertórios de decisões judiciais. A jurisprudência constitui, assim, a definição do Direito elaborada pelos tribunais.

1 Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, ed. cit., p. 62.

Na linha doutrinária de A. Torr , distinguimos, no conceito moderno de jurisprudência, duas no es: 1) Jurisprudência em sentido amplo; 2) Jurisprudência em sentido estrito.²

1 – *Jurisprudência em Sentido Amplo*:   a coletânea de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria jurídica. Tal conceito comporta: a) *Jurisprudência uniforme*: quando as decisões são convergentes; quando a interpreta o judicial oferece idêntico sentido e alcance às normas jurídicas; b) *Jurisprudência divergente ou contraditória*: ocorre quando não há uniformidade na interpreta o do Direito pelos julgadores.

2 – *Jurisprudência em sentido estrito*: dentro desta acep o, jurisprudência consiste apenas no conjunto de decisões *uniformes*, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica.   a *auctoritas rerum similiter judicatorum* (autoridade dos casos julgados semelhantemente). A nota específica deste sentido   a uniformidade no critério de julgamento. Tanto esta espécie quanto a anterior pressupõem uma pluralidade de decisões.

Se empreg ssemos o termo apenas em sentido estrito, conforme a quase totalidade dos autores, que significado teriam as expressões: *a jurisprudência   divergente; procedimentos para a unifica o da jurisprudência*. Tais afirmativas seriam contraditórias, pois o que   uniforme não diverge e não necessita de unifica o.

91. ESPÉCIES

A jurisprudência se forma não apenas quando há lacunas na lei ou quando esta apresenta defeitos. Como critério de aplica o do Direito vigente, como interpretadora de normas jurídicas preexistentes, a jurisprudência reúne modelos extraídos da ordem jurídica, de leis suficientes ou lacunosas, claras ou ambíguas, normais ou defeituosas. Assim, a jurisprudência pode apresentar-se sob três espécies: *secundum legem, praeter legem, contra legem*.

A jurisprudência *secundum legem* se limita a interpretar determinadas regras definidas na ordem jurídica. As decisões judiciais refletem o verdadeiro sentido das normas vigentes. A *praeter legem*   a que se desenvolve na falta de regras específicas, quando as leis são omissas. Com base na analogia ou princípios gerais de Direito, os juízes declaram o Direito. A *contra legem* se forma ao arrepio da lei, contra disposi es desta.   prática não admitida no plano teórico, contudo,   aplicada e surge quase sempre em face de leis anacrônicas ou injustas. Ocorre quando os precedentes judiciais contrariam a *mens legis*, o espírito da lei.

92. PARALELO ENTRE JURISPRUDÊNCIA E COSTUME

Na doutrina, alguns autores, levados pela semelhança existente entre o costume e a jurisprudência, afirmaram a igualdade de ambos. Korkounov, porém, viu mais fundo a questão e situou a jurisprudência entre a lei e o costume. Seria análogo   lei

2 Abelardo Torr , *Introducción al Derecho*, 5  ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 325.

por sua forma o reflexiva e semelhante ao costume por necessitar de uma pluralidade de atos.³ Entre a jurisprudência e o costume, há semelhanças e alguns pontos de distin o. A forma o de ambos exige a pluralidade de prática: enquanto o costume necessita da repeti o de um ato pelo povo, a jurisprudência requer uma série de decisões judiciais sobre uma determinada questão de Direito. Costume e jurisprudência *stricto sensu* pressupõem a uniformidade de procedimentos:   necessário que a prática social se reitere igualmente e que as sentenças judiciais sejam invariáveis.

A par dessa similitude, distinguem-se principalmente nos seguintes pontos: a) enquanto a norma costumeira   obra de uma coletividade de indivíduos que integram a sociedade, a jurisprudência   produto de um setor da organiza o social; b) norma costumeira   criada no relacionamento comum dos indivíduos, no exercício natural de direitos e cumprimento de deveres; a jurisprudência forma-se, geralmente, diante de conflitos e   produto dos tribunais; c) a norma costumeira   cria o espontânea, enquanto a jurisprudência   elabora o intelectual, reflexiva.⁴

93. O GRAU DE LIBERDADE DOS JUÍZES

Em Roma, apesar de suas importantes ordena es jurídicas, os juízes influenciavam no Direito Positivo. Ao assumirem as suas fun es, os pretores publicavam as regras que iriam aplicar durante a sua gestão, além da legisla o vigente e dos costumes. Aquelas disposi es, que se chamavam *edicta*, eram obrigatórias enquanto durasse o mandato do pretor. Muitas, porém, eram adotadas por seus sucessores e acabavam se incorporando ao Direito em caráter permanente. Os editos não se limitavam a complementar ou a suprir as fontes objetivas do Direito Romano, conforme se pode inferir do comentário de Papiniano, famoso jurisconsulto romano: "O Direito pretoriano   o que, por razão de utilidade pública, introduziram os pretores, para ajudar, ou suprir, ou corrigir o Direito Civil; o qual se chama também honorário, assim denominado em honra dos pretores".⁵

Atualmente, quanto   margem de liberdade a ser atribuída ao Judiciário, a doutrina registra três propostas: a *livre estima o*, *limita o   subsun o* e a *complementa o coerente e dependente do preceito*.⁶

93.1. A Livre Estima o. Norteada pelo idealismo de justiça, esta corrente preconizou uma ampla liberdade para os juízes, que poderiam aplicar o Direito consoante os princípios de equidade. Esta posi o foi adotada pela corrente do *Direito Livre*, de origem francesa, bem como pelo *realismo jurídico* norte-americano.⁷ Entre

3 Apud Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 4  ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1962, vol. 1, p. 111.

4 Aftalion, Olano e Vilanova, *op. cit.*, p. 363.

5 "Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum." *Digesto*, Livro I, t t. 1, frag. 7,   1 .

6 Philipp Heck, *op. cit.*, p. 40.

7 Sobre a corrente do Direito Livre, consultar o cap. 27.

estes dois movimentos, que não se confundem em princípios e métodos, há, como ponto maior de convergência, o reconhecimento da necessidade de se permitir ao Judiciário uma amplitude de atribuições para a solução dos conflitos. Partem da premissa de que o Direito, considerado como normas rígidas, de natureza apenas lógica, não é capaz de traduzir os anseios do bem comum. Jerome Frank, um dos expoentes do *legal realism*, indicou que a missão do juiz é escolher os princípios de acordo com o seu critério de justiça, para depois aplicá-los aos casos concretos.⁸ Holmes, bem antes do surgimento dessa corrente, havia atribuído, à lógica no Direito, um valor apenas relativo: “A vida do Direito não foi a lógica; foi a experiência.”

Historicamente e com fundamentações diversas surgem correntes que sustentam a ampliação da esfera de liberdade dos juizes, a fim de lhes possibilitar a *justiça do caso concreto independentemente do ditame legal*. Foi o que ocorreu, no último quartel do séc. XX, com o chamado *uso alternativo do Direito* ou, simplesmente, Direito Alternativo. Com a finalidade de se alcançar a justiça social preconiza-se a figura do *juiz reformador*, daquele que não se mantém neutro ideologicamente, mas que se conscientiza do grau de injustiça que atinge economicamente camadas sociais e deve minorar a sorte dos pobres, incutindo ação política nos atos decisórios. Além de se influenciar pelo esquema legal, deveria o juiz levar em conta a condição de pobreza da parte envolvida no litígio. Seguindo tal doutrina alguns magistrados do sul de nosso país já não admitiram, em matéria de locação, a chamada *denúncia vazia*, autorizada em parte na legislação pátria (v. item 60, nota 21 e item 161).

Visando a tornar o Direito Positivo mais racional e adequado aos valores éticos, o *princípio da razoabilidade e proporcionalidade*, pelo qual as normas jurídicas devem ser entendidas como fórmulas lógicas e justas para a realização de determinados fins, tem sido consagrado atualmente por doutrinadores e juizes. Tal princípio estabelece limites ao legislador, invalidando as regras que impõem sacrifícios injustificados aos seus destinatários, quando os resultados almejados poderiam ser atingidos com menor ônus. Ao aplicador do Direito seria permitido alterar os meios empregados pelo legislador, seja modificando o critério adotado ou apenas ajustando o seu grau de intensidade, tornando-o proporcional à exigência do caso concreto. O princípio *sub examine* encontra a sua maior aplicação no âmbito do Direito Administrativo, notadamente nos atos do Poder Executivo (v. item 154.3). Em processo de *habeas corpus*, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2012, com fundamento na exigência de proporcionalidade entre o valor de uma condenação ao pagamento de fiança e as condições financeiras do réu, desconsiderou o *quantum* fixado na sentença condenatória, pois, de acordo com o entendimento do relator, Ministro Og Fernandes, estava patenteada “a *desproporção entre meios e fins*”. Em consequência, dois moradores de rua ficaram isentos do pagamento da fiança para efeito de sua libertação (HC 238.956).

8 Apud José Puig Brutau, *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, p. 34.

9 Oliver Wendell Holmes, *O Direito Comum*, O Cruzeiro, Rio de Janeiro, 1967, p. 29.

93.2. Limitação à Subsunção. Por esta doutrina o juiz operaria apenas com os critérios rígidos das normas jurídicas, com esquemas lógicos, sem possibilidade de contribuir, com a sua experiência, na adaptação do ordenamento à realidade emergente. Com esta orientação se evitaria o subjetivismo e o arbítrio nos julgamentos, ao mesmo tempo em que se preservaria a integridade dos códigos.¹⁰ Com esse objetivo, algumas legislações chegaram a proibir que os advogados invocassem os precedentes judiciais, como o fez o Código dinamarquês de 1683.¹¹ A teoria da divisão dos poderes, enunciada por Montesquieu, foi tomada como um dogma a impedir a participação do Judiciário na formação do Direito. A Revolução Francesa, impregnada pela filosofia racionalista, idealizou a elaboração de um código perfeito, conforme a razão e que regulasse todos os fatos e conflitos sociais. Com a promulgação do Código Napoleão, no início do século XIX, a função do juiz ficou reduzida à de mero aplicador de normas; máquina de subsumir, sem qualquer outra tarefa senão a de consultar os artigos do código, inteirar-se da *vontade do legislador* e aplicá-la aos casos em espécie. Montesquieu já havia afirmado que “no governo republicano, pela natureza de sua constituição, os juizes hão de seguir o texto literal da lei” e Robespierre, na Assembleia de 27 de novembro de 1790, proclamou: “essa palavra *jurisprudência dos tribunais*, na acepção que tinha no antigo regime nada significa no novo; deve desaparecer de nosso idioma. Em um Estado que conta com uma constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa que a lei.”¹²

A chamada *jurisprudência conceptualista*, por seu método de pretender esquetizar todos os fatos sociais passíveis de regulamentação jurídica, reduzindo-os a conceitos lógicos, limita consideravelmente o papel dos juizes. Seria possível enquadrar todos os fatos da vida, mediante esquemas rígidos? O principal construtor da jurisprudência conceptualista foi o pandectista alemão Windscheid, que tratou os conceitos, no dizer de Wilhelm Sauer, “com um método normativo rigoroso, com exatidão matemática e filológica, tendo como fim a liberdade de discussão sistemática para a realização da máxima garantia jurídica, rechaçando ou delimitando ao máximo a liberdade do arbítrio judicial...”¹³ Philipp Heck, principal nome da *jurisprudência de interesses*, não poupou críticas ao tecnicismo conceptualista:

10 Apoiando-se no pensamento aristotélico de que “é melhor que tudo seja regulado por lei, do que entregue ao arbítrio de juizes”, Tomás de Aquino limitou as atribuições do magistrado a indagar, por exemplo, “se um fato se deu ou não, ou coisas semelhantes”. Justificou a sua posição apresentando três argumentos: a) “ser mais fácil encontrar uns poucos homens prudentes, suficientes para fazer leis retas, do que muitos que seriam necessários, para julgar bem de cada caso particular”; b) “os legisladores, com muita precedência consideraram sobre o que é preciso legislar; ao contrário, os juizes sobre fatos particulares procedem de casos nascidos subitamente”; c) “os legisladores julgam em geral e para o futuro; ao passo que os homens, que presidem ao juízo, julgam do presente, apaixonados pelo amor ou pelo ódio...” (*op. cit.*, p. 1.768).

11 Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitária de Buenos Aires, 1974, p. 83.

12 Cf. Ramon Badenes Gasset, *Metodologia del Derecho*, 1ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1959, p. 87.

13 Apud Ramon Badenes Gasset, *op. cit.*, p. 119.

“A jurisprudência de conceitos é como o mago que não pode ajudar, mas há os que lhe prestam fé cega.”¹⁴

93.3. Complementação Coerente e Dependente do Preceito. Como um ponto de equilíbrio entre os dois radicalismos, esta constitui a posição mais aceita e que reconhece a necessidade de se conciliarem os interesses de segurança jurídica, pelo respeito ao Direito vigente, com uma indispensável margem de liberdade aos juízes.

É um dado da experiência que o Direito codificado não é suficiente, pelo simples enunciado das normas, para proporcionar ao juiz a solução necessária ao julgamento. O Direito Positivo apresenta-se mediante normas genéricas e abstratas, que não podem ser aplicadas com automatismo. Ao lidar com os conceitos amplos e gerais da norma jurídica, guiado pela *ratio legis* e pelo elemento teleológico, o juiz avalia o alcance da disposição, com o seu discernimento. A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, pela letra “e” do art. 482, prevê a desídia do empregado como fato que autoriza a rescisão de seu contrato de trabalho. A doutrina expõe o conceito de *desidia*, mas o seu alcance prático é definido pela jurisprudência. O papel dos juízes e tribunais se revela, assim, como o de complementação das normas jurídicas.

É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, apenas adapta princípios e regras à realidade social. Mantém-se fiel, portanto, aos propósitos que nortearam a elaboração das normas. Ihering valorizou essa atividade, lembrando a importante função da *interpretatio* romana, que não consistia na simples aplicação de normas aos casos concretos, mas na conciliação do Direito com os fatos sociais.

94. A JURISPRUDÊNCIA CRIA O DIREITO?

Para os ordenamentos jurídicos filiados ao sistema anglo-americano, a jurisprudência constitui uma importante forma de expressão do Direito. Ao fundamentar uma pretensão judicial, os advogados indicam uma série de sentenças ou acórdãos prolatados pelos tribunais, com pertinência ao caso enfocado. Em determinadas causas, as partes, ou o magistrado, reportam-se a decisões de mais de um século.¹⁵

14 Philipp Heck, *op. cit.*, p. 50.

15 Hermes Lima cita que: “em junho de 1923, no caso Bremer del Transport contra Drewry, o juiz citou e discutiu decisões de 1679, 1704, 1732, 1805, 1818, 1827, 1855 e 1886. A mais recente tinha 49 anos, a mais antiga 254” (*op. cit.*, p. 171).

Em seu *Note Book*, Bracton colecionou cerca de 2.000 casos resolvidos pelos tribunais e que ofereciam subsídios práticos.

Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária, prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. No Estado moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do Legislativo. Bustamante y Montoro salienta que “se a jurisprudência fosse uma fonte de Direito, se converteria em uma prisão intelectual para o próprio Supremo Tribunal, escravizado, depois que houvesse reiterado uma norma elaborada por ele”.¹⁶ Em vez de as normas jurídicas anteciparem-se aos fatos, estes seriam um *prius* e aquelas um *posterius*, o que tornaria vulnerável a segurança jurídica dos indivíduos. Os juízes devem ser leais guardiões da lei e o seu papel consiste, como assinala Bacon, em *ius dicere* e não em *ius dare*, isto é, a sua função é de interpretar o Direito e não de criá-lo. Esta opinião não exclui a contribuição da jurisprudência para o progresso da vida jurídica, nem transforma os juízes em autômatos, com a missão de encaixar as regras jurídicas aos casos concretos. É através dela que se revelam as virtudes e as falhas do ordenamento. É pela interpretação executada pelo Poder Judiciário que as determinações latentes na ordem jurídica se manifestam. Portanto, a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora. O papel do magistrado foi definido, lucidamente, por Cabral de Moncada: “O juiz será, em muitos casos, não um *deus ex machina* da ordem jurídica, não um demiurgo caprichoso e arbitrário, mas uma espécie de oráculo inteligente que ausculta e define o sentido duma realidade espiritual que, em última análise, lhe é transcendente e possuidora de tanta objetividade como o direito já expresso e formulado na lei. Nisto consiste o seu particular poder criador do direito, *condicionado e colaborante*, como se vê, e não livre e arbitrário.”¹⁷

Na prática, reconhecemos que, a cada momento, os julgadores, à guisa de interpretar, introduzem novos preceitos no mundo jurídico dissimuladamente. Tal situação decorre, muitas vezes, da má ou insuficiente legislação e da inércia do legislador, que permite a revolta dos fatos contra o Direito. Como um elo entre as instituições jurídicas e a vida, o juiz procura ser de fato o *interpres*, o conciliador, conjugando o Direito com as aspirações de justiça. Concordamos com Portalis, quando observa que “é necessário que o legislador vigie a jurisprudência... mas também é necessário que tenha uma.”¹⁸ Admitimos para a jurisprudência, no sis-

16 A. S. Bustamante y Montoro, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 3ª ed., Cultural S.A., 1945, La Habana, 1, p. 87.

17 Cabral de Moncada, *Estudos Filosóficos e Históricas*, Acta Universitas Conimbricensis, Coimbra, 1958, vol. I, p. 214.

18 Jean Cruet, *op. cit.*, p. 75.

tema continental, apenas a condição de fonte indireta, que influencia na formação das leis, por seu conteúdo doutrinário (v. item 73.4).

95. A JURISPRUDÊNCIA VINCULA OS TRIBUNAIS?

Na Inglaterra a jurisprudência tornou-se obrigatória, com o objetivo de dotar o sistema jurídico de maior definição, pois a fonte vigente, *costumes gerais do Reino*, era incerta e muitas vezes contraditória. Nos Estados de Direito codificado, a jurisprudência apenas orienta, informa, possui autoridade científica. Os juízes de instância inferior não têm o dever de acompanhar a orientação hermenêutica dos tribunais superiores. A interpretação do Direito há de ser um procedimento intelectual do próprio julgador. Ao decidir, o juiz deve aplicar a norma de acordo com a sua convicção, com base na *mens legis* e recorrendo às várias fontes de estudo, nas quais se incluem a doutrina e a própria jurisprudência. Se há uma presunção de que a jurisprudência firmada pelos tribunais superiores expressa melhor o Direito, Jean Cruet sustentou opinião oposta: “Explica-se assim que a ação inovadora da jurisprudência comece sempre a fazer-se sentir nos tribunais inferiores: veem estes de mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem à justiça: uma jurisdição demasiado elevada não é apta a perceber rápida e nitidamente a corrente das realidades sociais. *A lei vem de cima; as boas jurisprudências fazem-se em baixo.*”¹⁹ (Grifamos.)

96. PROCESSOS DE UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Empregamos, aqui, o termo jurisprudência em *lato sensu*, o qual compreende também as decisões heterogêneas dos tribunais sobre determinada matéria legal. A necessidade de a ordem jurídica oferecer a certeza quanto ao Direito vigente, de dar clara definição às normas jurídicas, para melhor orientação de seus destinatários, faz com que a jurisprudência divergente seja considerada um problema a reclamar solução. O sistema jurídico brasileiro dispõe de recurso especial para combater a jurisprudência conflitante. Com base na divergência de julgados entre dois ou mais tribunais de estados diferentes, a parte interessada poderá, com fundamento no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal, interpor um recurso especial para pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, que julgará, provocando, naturalmente, a unificação nos procedimentos de aplicação do Direito. As *súmulas* dos tribunais possuem também esse importante papel. Sobre questões de Direito, em que se manifestam divergências de interpretação entre turmas ou câmaras, os tribunais fixam a sua *inteligência*, mediante ementas, que servem de orientação para advogados e juízes e favorecem à unificação jurisprudencial.

A título de ilustração, transcrevemos algumas súmulas enunciadas pelo Supremo Tribunal Federal: Nº 402 – “Vigia noturno tem direito a salário adicional.” Nº

¹⁹ Jean Cruet, *op. cit.*, p. 77.

414 – “Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado, ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem.” Nº 605 – “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.”

Matéria bastante polêmica do ponto de vista doutrinário é a *súmula vinculante*, prevista no art. 103-A da Constituição Federal. Por ela, a interpretação de matéria constitucional, aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF), se torna obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tal efeito visa a evitar o congestionamento de ações junto às altas cortes de justiça, que se veem obrigadas a julgar questões jurídicas anteriormente decididas em numerosos processos. A corrente doutrinária que se posiciona contra o efeito vinculante da súmula entende que a sua adoção é nociva, pois retira dos juízes a liberdade de interpretação, impedindo-lhes de decidir de acordo com suas próprias convicções jurídicas.

Além do Supremo Tribunal Federal, possuem competência para a proposta de criação, mudança ou extinção de súmulas vinculantes: o Presidente da República, diversos órgãos públicos como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Procurador-Geral da República, a Mesa do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados, Governadores, enfim, todos os que têm legitimidade para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade.

Eis o teor de algumas súmulas vinculantes: “Nº 2 – É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”; “Nº 5 – A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”; “Nº 12 – A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

Com repercussão polêmica nos meios jurídicos, o Conselho Nacional de Justiça, que não possui função judicante, em 2014 emitiu *enunciados* com o objetivo de orientar juízes em suas decisões na esfera da saúde. Tais enunciados não obrigam os juízes, pois visam apenas a gerar uniformidade em suas decisões. Embora imbuído do melhor propósito, o CNJ, assim atuando, extrapola em suas funções, como no Enunciado 16 onde se refere à prova a ser produzida para a comprovação do fato.

BIBLIOGRAFIA PRINCIPAL

Ordem do Sumário:

- 90 – Abelardo Torré, *Introducción al Derecho*; Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*;
- 91 – Machado Netto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*; Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao Estudo do Direito*;
- 92 – Aftalion, Olano e Vilanova, *Introducción al Derecho*; Machado Netto, *op. cit.*;