

OBRAS DO MESMO AUTOR:

COMENTÁRIOS A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA (3.^a edição)

DIREITO DAS SUCESSÕES

CONDOMÍNIO EM PRÉDIOS URBANOS — *Apartamentos e Andares
perante o Direito* — (No prélo)

DUQUE DE CAXIAS (*Oração pronunciada, em nome do Exército, no
"Dia do Soldado", 25-8-1940.*)

CONDUTORES DE HOMENS — *Ensaio de Política e de História* (em
preparação)

RETROATIVIDADE DAS LEIS (em preparação)

PROVA JUDICIÁRIA (em preparação).

CARLOS MAXIMILIANO

Advogado (1898-1914 e 1918-1934) — Deputado Federal (1911-1914 e 1919-1923) — Ministro da Justiça e Negócios Interiores (1914-1918) — Consultor Geral da República (1932-1934) — Deputado à Assembléia Nacional Constituinte (1933-1934) — Procurador Geral da República (1934-1936) — Ministro da Corte Suprema (desde 4 de Maio de 1936).

HERMENÊUTICA
E
APLICAÇÃO DO DIREITO

TERCEIRA EDIÇÃO
(AMPLIADA)

1941

Livraria Editora Freitas Bastos

Ruas { Bethencourt da Silva, 21-A { Rio de Janeiro
13 de Maio 74 e 76
Rua 15 de Novembro, 62-66 — S. Paulo

progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e precisa (1). Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que lhe caberia outrora: primeiro, porque se esvaneceu o prestígio do brocardo — *in claris cessat interpretatio* (2); segundo, porque, se em outros tempos se atendia ao resultado possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje, com a vitória da doutrina da socialização do Direito, mais do que nunca o hermenauta despreza o *fiat justitia, pereat mundus* — e se orienta pelas *consequências* prováveis da decisão a que friamente chegou (3).

Entretanto, ainda no presente, a Equidade que se invoca, deve ser acomodada ao sistema do Direito pátrio e regulada segundo a natureza, gravidade e importância do negócio de que se trata, as circunstâncias das pessoas e dos lugares, o estado da civilização do país, o gênio e a índole dos seus habitantes (4).

187 — (1) COELHO DA ROCHA, vol. I, § 45, regra 4.^a; TRIGO DE LOUREIRO, vol. I, § 55, regra 16; CHIRONI, vol. I, p. 25.

(2) Vêde a dissertação sobre o brocardo, em os ns. 38^e e segs.

(3) Vêde os capítulos — *Apreciação do Resultado, Fiat Justitia, Pereat Mundus, Factores Sociais e Sistemas de Hermenêutica*.

(4) TRIGO DE LOUREIRO, vol. I, § 55, regra 15; COELHO DA ROCHA, vol. I, § 45, regras 2.^a e 3.^a. O dizer de TRIGO DE LOUREIRO foi reproduzido quasi literalmente.

JURISPRUDÊNCIA

188 — Chama-se *jurisprudência*, em geral, — ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denomina-se *jurisprudência* — a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito.

Na antiga Roma teve atuação mais larga do que hoje se lhe atribue: assim acontecia, porque aos Pretores cabia o *jus edicendi*: por meio de *edictos* declaravam como seria a justiça administrada no ano futuro, e dêste modo completavam e corrigiam o Direito vigente (1). Dá-se atualmente o contrário: decide o magistrado só *em espécie*, embora em alguns casos preventiva e prospectivamente, como em *habeas corpus* e certos interdictos. Não estipula de modo geral, para o futuro, *expressamente*. Entretanto o faz de modo indireto, implícito; porque os indivíduos sujeitos à sua jurisdição e os respectivos consultores se orientam pela jurisprudência, que é seguida pelos tribunais inferiores.

Os Pretores tornaram a justiça menos formalista, introduziram a *aequitas* (equidade) e pode dizer-se que a êles se deve a entrada de um elemento novo para o acervo da juridicidade romana, o *jus gentium*, que transformou o Direito Nacional. Aquela foi a idade de ouro da *jurisprudência*, que teve prestígio e autonomia sem par e a autoridade de Direito Consuetudinário (2).

188 — (1) DEGNI, op. cit., p. 116. Vêde o capítulo — *Edicto do Pretor*.

(2) CALDARA, op. cit., n. 128; DEGNI, op. cit., ps. 116-17.

Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est

189 — Desceu depois do seu pedestal. Adriano ordenou aos próprios magistrados que nos casos duvidosos se guiassem pelas opiniões dos juriconsultos; quando estas divergissem, aqueles escolhessem a que lhes parecesse melhor, e dessem as razões da preferência. Teodósio II e Valentiniano III impuseram, em termos ainda mais categóricos, a consulta às obras de PAPINIANO, PAULO, GAIO, ULPIANO e MODESTINO; em havendo desacôrdo, optassem pelo primeiro, e só mesmo quando nenhum dêles oferecesse a solução para um caso concreto, se guiassem pelo próprio critério profissional. O poder absorvente da Corôa proclamou, enfim, a supremacia, ou, peor ainda, o uso exclusivo, da interpretação autêntica, sobretudo nos governos de Constantino e Justiniano; só ao Imperador incumbia interpretar as leis — *ejus est interpretari cujus est condere*.

Não obstante a vontade soberana, a *jurisprudência*, embora com amplitude diminuída, muito menor do que a do tempo dos *edictos*, foi pouco a pouco adquirindo autoridade, não mais como elaboradora de normas, e, sim, como elemento, ou fonte, de exegese apenas (1).

190 — Na Idade Média, época barbárica, os colégios judiciários não só declaravam o sentido e alcance dos textos positivos, mas também traçavam regras especiais para as novas necessidades da vida prática: a *jurisprudência* voltou a figurar como fonte de Direito.

quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo (CALLISTRATO, no Digesto, liv. I, tit. 3, fr. 37).

Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere (CALLISTRATO, no Digesto, liv. I, tit. 3, frag. 38).

Tradução dos dous fragmentos: 1) "Si de interpretação de lei se cogita, verifique-se, em primeiro lugar, qual o Direito de que a cidade (o Estado Romano) se serviu até então, nos casos da mesma espécie; porquanto o costume é ótimo intérprete das leis". 2) "Porquanto o nosso Imperador SEVERO obtemperou, em rescrito: nas ambiguidades que promanam das leis, o costume ou a autoridade das cousas julgadas constante e semelhantemente, deve obter força de lei".

189 — (1) DEGNI, op. cit., ps. 117-18; CALDARA, op. cit., n. 128. Vêde n. 93.

Passou a interpretação a ser exercitada com amplitude pelas assembléias populares e pelos *doutores* (*legum doctores*). Com o crescente prestígio destes, caiu o da *jurisprudência*; preferia-se o argumento de *autoridade*, a *communis opinio*. Prevalencia o parecer que tinha maior número de sequazes, isto é, reduzia-se o Direito a uma questão de Aritmética. Foi a época da supremacia dos *glozadores*, cujos dizeres até substituíam a lei.

No século XVII ressurgiu o sistema de interpretar diretamente os textos e só atender a opiniões individuais dos doutos quando concludentes, fundadas na razão e baseadas na letra e no verdadeiro espírito da lei. A *jurisprudência* assumiu o seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas (1). Goza da autoridade de fonte de Direito na Inglaterra e nos Estados Unidos, países onde se atribue ao *costume* — particular função creadora. BLACKSTONE chamava aos juizes — *oráculos vivos*.

Também a escola ultramoderna da *Livre Indagação* dilata o poder do juiz até além dos limites traçados pelas regras escritas (2).

191 — Perante a própria corrente *histórico-evolutiva*, em maioria absoluta no campo da Hermenêutica (1), aparece a *jurisprudência* como elemento de formação e aperfeiçoamento do Direito.

Preenche as lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais. É um verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar nos limites estabelecidos; instrumento importantíssimo e autorizado de Hermenêutica, traduz o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar; constitue assim uma espécie de *uso* legislativo, base de

190 — (1) DEGNI, op. cit., ps. 118-22. Vêde n. 39.

(2) DEGNI, op. cit., ps. 123-27. Vêde o capítulo — *Livre Indagação*.

191 — (1) JANDOLI, op. cit., p. 69.

Direito Consuetudinário, portanto (2). O sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor (3).

O aplicador do Direito, na porfia de fixar o significado das frases de uma norma positiva, deve levar em conta a atmosfera espiritual que o circunda, e, com esta orientação luminosa, infundir à palavra nua e elástica do legislador a perpétua juventude da vida (4).

NAST conclue assim uma digressão: "A jurisprudência tem, na atualidade, tres funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente: uma função um tanto automática, de aplicar a lei; uma função de adaptação, consistente em pôr a lei em harmonia com as idéias contemporâneas e as necessidades modernas; é uma função creadora, destinada a preencher as lacunas da lei" (5).

O estudo dos arestos serve também ao progresso, de outro modo: prepara as reformas legislativas. Não raro, o tribunal, embora se conforme com a norma escrita, lhe aponta os defeitos, deplora ter de julgar a favor do texto e contra o Direito ou a equidade. A jurisprudência demonstra porque a letra antiga não pode mais adaptar-se às exigências sociais do presente (6).

192 — O estudo dos julgados aproveita, sobretudo, como elemento de Hermenêutica: é esta a tradição brasileira. Sempre se entendeu, desde o tempo do domínio português até o presente, que — "a praxe e estilo de julgar, as decisões dos are-

(2) CALDARA, op. cit., n. 128.

(3) JOHN SALMOND — *Introdução à Science of legal Method*, de BRUNKEN & REGISTER, 1917, p. LXXXII.

(4) BIAGGIO BRUGI — *L'Abuso del Diritto*, 1931, pág. 77.

Vêde o capítulo — *Amplas atribuições do juiz moderno*.

(5) MARCEL NAST, prof. da Universidade de Strasburgo — *La Fonction de la Jurisprudence dans la Vie Juridique Française*, pág. 4.

(6) DEGNI, op. cit., ps. 136-37.

tos e a prática geral são o melhor intérprete das leis" (1). A própria Constituição de 1891 prescreve, no art. 59, § 2.º: "Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União".

Haure-se nos arestos a doutrina esclarecedora e complementar dos textos: é o ensinamento que decorre do aforismo de FRANCISCO BACON — *de exemplis jam dicendum est, ex quibus jus hauriendum sit, ubi lex deficit* — "a respeito dos julgados cumpre fazer saber que dos mesmos se deve haurir o Direito nos casos em que a lei se mostra deficiente ou falha".

Ensinára DUMOULIN: *leges in scholis deglutiuntur, in palatiis digeruntur* — "as leis são deglutidas nas escolas e digeridas nos pretórios".

A jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminue os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias (2).

Ainda que deficiente, às vezes falha na prática, imperfeita como a doutrina, é, como esta, progressiva, embora em muito menor escala; depois de longas flutuações, atinge afinal a verdade (3). Quando os tribunais compreendem bem o seu papel, como sucede com a Côte de Cassação, de França, e o Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*), da Áustria, a jurisprudência, embora resultante do empenho em adaptar os textos às

192 — (1) Assentos de 23 Março 1786 e 10 Junho 1817; A. J. RIBAS — *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1880, vol. I, p. 296; CARLOS DE CARVALHO — *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, 1899, art. 61; TRIGO DE LOUREIRO, vol. I, Introd., § LIII, regra 8.ª; BORGES CARNEIRO, vol. I, § 12, n. 21.

(2) VANDER EYCKEN — *Méthode Positive de l'Interprétation Juridique*, 1907, ps. 176-77; SALMOND — *Introd. cit.*, p. LXXXIII; DEGNI, op. cit., p. 115.

(3) LAURENT, vol. 33, verb. *Jurisprudence*.

condições da sociedade presente, torna-se a grande renovadora do Direito, extirpa, erradica idéias dominantes e retrógradas, apura, depura, corrige e consolida as que têm fundo de ciência e de utilidade geral (4).

“Uma compilação de arestos é uma coleção de experiências jurídicas, sem cessar renovadas, em que se pode colher ao vivo a reação dos factos sobre as leis. Explica-se assim que a ação inovadora da jurisprudência comece sempre a fazer-se sentir nos tribunais inferiores: vêem 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 embaixo” (5).

Com refletir o pensar de uma época, merece estudo até um repositório de arestos um pouco antigos: auxilia a história do Direito; deixa ver as razões por que uma exegese caíu, e assim ajuda a compreender a que lhe sucedeu. Por isso, o exame da jurisprudência, por qualquer das suas faces, quer para segui-la, quer para fundamentar o dissídio com as suas conclusões, é sempre proveitoso (6).

193 — Entretanto, se ainda ficam em minoria os que lhe negam valor científico (1), incontestavelmente não conserva a posse, mansa e pacífica, da posição *primacial* entre os elementos formadores de soluções jurídicas (2).

A magistratura constitue um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as idéias novas expugnam. A jurisprudência afasta-se dos princípios com fre-

(4) SALEILLES — Prefácio a GENY cit., ps. XV e XXIII; COGLIOLO, vol. I, p. 385. Na generalidade, sucede o contrário: o *misoneísmo* reina nos pretórios; os juizes acompanham o progresso, porém timidamente, como que a contragosto, à distância.

(5) JEAN CRUET — *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, 1908, trad. portug., p. 77.

(6) DEGNI, op. cit., p. 136.

193 — (1) Conta-se nesse número KIRCHMANN, (*apud* THEODOR STERNBERG — *J. H. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, 1908, p. 8).

(2) STERNBERG, op. cit., p. 31.

quência maior do que a doutrina (3). É analítica, examina as espécies uma por uma; ao generalizar, pode incorrer em erro grave o estudioso. Além disso, o facto impressiona e apaixona mais do que a teoria pura.

194 — Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juizes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria (1).

Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores 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 (2). 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 aprêço, versara sobre caso diferente (3).

No Brasil até quando o Judiciário invade a esfera de ação do Congresso, ou se afasta, por outra forma, dos cânones constitucionais, surge sempre forte corrente, entre os mais doutos, que pleiteia o respeito à exegese ocasional; embora em assunto da própria competência o Legislativo nada tenha com a opinião dos juizes e seja também certo que um só julgado não constitue jurisprudência (4).

(3) BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., n. 118; LAURENT, vol. 33, verb. *Jurisprudence*.

194 — (1) LAURENT, vol. I, n. 281; CALDARA, op. cit., n. 127; DEGNI, op. cit., p. 134 e nota 1.

(2) LAURENT, vol. I, n. 281.

(3) CRUET, op. cit., p. 85.

(4) BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., n. 125; VANDER EYCKEN, op. cit., p. 176; CRUET, op. cit., p. 76, GMÜR, op. cit., p. 126.

Quando a lei é nova, ainda os seus aplicadores atendem à teoria, compulsam tratados, apelam para o Direito Comparado; desde, porém, que aparecem decisões a propósito da norma recente, volta a maioria ao trabalho semelhante à consulta a dicionários. “Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes; mas de pesá-los não se cuida”. Desprezam-se os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às tábuas da lei (5).

195 — O processo é erradíssimo. Os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemáticas do Direito, em punho. A jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça (1).

Versa o aresto sobre factos, e entre estes é quasi impossível que se nos deparem dous absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhantes *sob todos os aspectos*: ora qualquer diferença entre espécies em aprêço obriga a mudar também o modo de decidir. E' isto o que se depreende do dizer profundo de DUMOULIN — *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* — “pequena diferença de facto induz grande diversidade de Direito” (2). Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves.

Demais, não raro, no pretório, os sentimentos prevalecem contra a razão; deixam-se levar os juizes pelas considerações morais, sociais, políticas ou religiosas, que avassalam a opinião pública, na época e no país em que eles se acham (3).

(5) RAOUL DE LA GRASSERIE — *De la Justice en France et à l'Étranger au XXe. Siècle*, 1914, vol. II, ps. 415-16; CRUET, op. cit., p. 85.

195 — (1) HEINRICH GERLAND, prof. da Universidade de Jena — *Discurso acerca da Influência da Função Judicial sobre o Direito Inglês* reproduzido em BRUNKEN & REGISTER, op. cit., p. 243; LAURENT, vol. 33, verb. — *Jurisprudence*.

(3) PERREAU — *Technique de la Jurisprudence en Droit Privé*, vol. I, págs. 261-62.

Na verdade; a experiência forense diuturna gera a convicção de que seria deplorável insânia pretender alguém entesourar ciência jurídica apenas compulsando coleções de arestos: a jurisprudência é a Torrente de Cedron dos erros em assuntos de Direito.

Aos juizes e advogados conviria recordar amiúde, como um *sursum corda*, o célebre e causticante pensamento de DUPIN: “A ciência dos arestos tornou-se a ciência daqueles que não têm outra ciência; e a *jurisprudência* é uma ciência fácil de adquirir: basta um bom índice das matérias” (4).

Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, PESSINA recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória; arrastam-se pela terra, como serpentes — *serpit humi tutus nimium timidusque procellæ* (5).

196 — Colocada em seus devidos termos a questão relativa ao valor dos julgados para a Hermenêutica, é tempo de formular as condições para o uso eficiente dos mesmos.

I. A jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete; mas não o substitue, nem dispensa. Tem valor; porém *relativo*. Deve ser observada quando acorde com a doutrina (1). “Procure-se reduzir os arestos aos princípios jurídicos em vez de subordinar estes àqueles” (2).

(4) CALDARA, op. cit., n. 127; LAURENT, vol. I, n. 281.

(5) ENRICO PESSINA, prof. da Universidade de Nápoles — Discurso pronunciado por ocasião do centenário da Corte de Cassação, de Nápoles, em Março de 1909, *apud* DEGNI, op. cit., ps. 132-34.

196 — (1) GENY, vol. II, p. 276; LAURENT, vol. I, ns. 280-81; CALDARA, op. cit., n. 129; SAREDO, op. cit., ns. 648 e 651.

(2) Frase de alto magistrado, o Presidente BOUHIER, *apud* LAURENT, vol. I, n. 281.

Abram-se em primeiro lugar os livros de Direito; procure-se mostrar, depois, que a jurisprudência corrobora o parecer dos mestres.

197 — II. É certo que o julgado se torna factor de jurisprudência somente quanto aos pontos questionados e decididos, não quanto ao raciocínio, exemplificações e referências. Votam-se conclusões apenas; só estas constituem precedentes (1).

198 — III. Não basta, entretanto, saber da existência de um acórdão, para o adotar e invocar. Além de confrontar decisões várias, estudem-se os respectivos *consideranda*. O julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos; o que não é sólidamente motivado e conclue sobre razões vulgares, fúteis ou contrárias aos princípios, não tem importância alguma, não está na altura de documentar trabalhos forenses, embora da sua insubsistência teórica não deflúa a inocuidade da sentença; ao contrário, esta, enquanto não reformada, prevalecerá. Aresto não bem fundamentado é simples afirmação; e em Direito não se afirma: — prova-se. Uma data de acórdão não é argumento (1).

199 — IV. Uma decisão isolada não constitue jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*. Quando esta satisfaz os dous requisitos, grangeia sólido prestígio, impõe-se como revelação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* — “altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação”.

Os romanos proclamavam — a autoridade das cousas julgadas *perpetuamente de modo semelhante (rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas)*; os neologismos do Direito, como os da linguagem, não prevalecem logo que surgem, e o

197 — (1) SUTHERLAND, vol. II, § 486.

198 — (1) BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., n. 118, epigrafe; CALDARA, op. cit., n. 131; LAURENT, vol. I, n. 281 e vol. 33, verb. “Jurisprudence”; VANDER EYCKEN, op. cit., ps. 178-79. Vêde n. 335.

acórdo *uniforme e constante* só se acentua depois de hesitações, alternativas e contradicções (1).

200 — V. O acórdão unânime sobreleva em prestígio aos que provocaram votos divergentes. Pouco vale o fruto de maioria ocasional (1).

201 — VI. A interpretação judicial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apêço e somente para o juiz inferior, na hipótese de recurso provido, ou para os litigantes: ainda assim, obriga relativamente à *conclusão apenas, e não quanto aos motivos, aos consideranda*. *Res inter alios judicata aliis non nocet* — “a cousa julgada entre uns não prejudica a outros” (1).

Tanto o magistrado que lançou uma exegese nova, como os de categoria inferior à dêle, gozam da liberdade de a desprezar, ou seguir, em outras decisões sobre espécies judiciárias iguais ou semelhantes (2). Quantas vezes se observa achar-se no

199 — (1) GMÜR, op. cit., ps. 124 e 126; DEGNI, op. cit., ps. 133-34; VANDER EYCKEN, op. cit., ps. 176-79; LAURENT, vol. I, n. 281; CRUET, op. cit., p. 76; FABREGUETTES op. cit., p. 390, nota 2, regra 7.^a.
O Código Civil Suíço, no art. 1.^o, manda observar a jurisprudência, porém só a *consagrada: bewährte* (confirmada, consolidada), no texto alemão, oficial; *consacrée*, no francês; *piu autorevole*, no italiano (Vêde GMÜR, op. cit., p. 124). Sabe-se que as leis hervéticas aparecem, oficialmente publicadas, nas três línguas faladas no país e o confronto entre os três originais facilita a exegese das mesmas (CURTI-FORRER, op. cit., p. 3).

200 — (1) Por exemplo: num tribunal, de 15 membros, comparecem 8; e um feito é decidido por 4 votos contra 3 (o oitavo juiz preside): esses 4 sufrágios pouco prestígio dão à tese vencedora.

201 — (1) BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., n. 121; LAURENT, vol. I, n. 281; DEGNI, op. cit., p. 115, nota 1; SUTHERLAND, vol. II, § 486.
Já se fez vêr que a força compulsória da jurisprudência é indireta: quem com a mesma se não conforma, arrisca a si, ou a terceiro, a ter contratos anulados e a perder somas consideráveis (PLANIOL, vol. I, n. 14; GENY, vol. II, p. 261).

(2) CURTI-FORRER — *Commentaire du Code Civil Suisse*, trad. PORRET, 1912, p. 4, n. 10; EMANUELE GIANTURCO — *Sistema di Diritto Civile Italiano*, 3.^a ed., vol. I, ps. 116-17; GENY, vol. II, p. 261 e nota 4; GMÜR, op. cit., p. 127; HENRI DE PAGE — *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 1933-38, vol. I, n. 212; BATTAGLINI — *Diritto Penale* —

voto vencido, de alto juiz, ou na sentença reformada, do pequeno, do novo, estudioso e brilhante, a boa doutrina, tímida, isolada, incipiente hoje, triunfante, generalizada amanhã (3)!

E' obrigatório observar a lei, não — o seguir determinada jurisprudência: *non exemplis sed legibus judicandum est* — “julgue-se em obediência às leis, não às decisões de casos semelhantes”.

202 — VII. Entretanto, sem estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados, não deve um tribunal superior mudar a orientação dos seus julgados; porque da versatilidade a tal respeito decorre grande abalo para toda a vida jurídica da circunscrição em que êle exerce autoridade. E' preciso que os interesses privados possam contar com a estabilidade: *judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, non facile recedere debet* — “não deve o juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante”.

Não menos desviados do bom caminho se nos deparam os do extremo oposto, os entusiastas do *misoneísmo*, que não querem saber de idéias novas, doutrinas recentes, e se gabam de haver sempre decidido da mesma forma uma questão de Direito. A verdade, a ciência, os princípios, acima de tudo (1)!

203 — Sentenças de primeira instância formam jurisprudência? Certamente; e até não é raro que forneçam a melhor contribuição (1). Entretanto o prestígio cresce com a altura

Teorie Generali, 1937, págs. 24-25; THEODOR RITTLER, prof. da Universidade de Innsbruck — *Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts*, 1933, vol. I, pág. 25.

(3) JEAN CRUET — *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, trad. portuguesa, pág. 77; DE PAGE, vol. I, n. 212.

202 — (1) SALEILLES — Prefácio a Geny, p. XXIII; AUBRY & RAU, vol. I, p. 192; BERRIAT SAINT-PRIX, op. cit., n. 122; FABREGUETTES, op. cit., p. 389, nota 1; DEGNI, op. cit., p. 130.

203 — (1) CRUET, op. cit., p. 77; LAURENT, vol. I, n. 281; DEGNI, op. cit., ps. 133-35 e nota 1.

do tribunal, e é lógico, porque os arestos de pretório mais elevado alcançam mais larga periferia e inutilizam os dos juizes inferiores. A Côrte Suprema ocupa o primeiro lugar, como *autoridade* em jurisprudência; vêm depois os tribunais de segunda instância; por último os de primeira (2). Não se olvide, entretanto, que o julgado, para constituir precedente, vale sobretudo pela motivação respectiva; o argumento científico tem mais pêso do que o de *autoridade* (3).

204 — As deliberações das câmaras (federais, estaduais ou municipais) apresentam vários pontos de semelhança com a *jurisprudência*; porém merecem menor apreço relativamente à Hermenêutica, porque atendem menos a escrúpulos de ordem jurídica do que às conveniências políticas, econômicas, financeiras, ao critério da oportunidade, a interesses pessoais ou partidários. Por isso, embora sirvam também ao desenvolvimento do Direito, oferecem menores probabilidades de acerto e gozam de menos autoridade que as decisões forenses (1).

Para evitar confusões, sempre prejudiciais no terreno científico, parece preferível só chamar *jurisprudência* ao uniforme e constante pronunciamento sobre uma questão de Direito, *da parte dos tribunais*; e simples *precedentes*, às deliberações das câmaras legislativas e às decisões isoladas, dos magistrados (2).

205 — A jurisprudência é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos. Contribue, como os *precedentes* legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com êle, nem com o *uso* (1).

(2) GMÜR, op. cit., ps. 124-25; VANDER EYCKEN, op. cit., p. 176; FABREGUETTES, op. cit., ps. 387-88; LAURENT, vol. I, n. 281.

(3) Vêde n. 198.

204 — (1) DEGNI, op. cit., p. 135, nota 1. Vêde ns. 99 e 322.
(2) CANDIDO MENDES — *Auxiliar Jurídico*, Apêndice ao Código Filipino, vol. III, p. 491, nota 5 da 2.ª col.

Cada *precedente* judiciário é um elemento de *jurisprudência*, quando bem fundamentado: esta é constituída por um conjunto uniforme de *precedentes*.

205 — (1) GMÜR, op. cit., p. 124; DEGNI, op. cit., p. 135.