**O PODER JUDICIÁRIO E A HUMANIZAÇÃO DA LEI SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA [[1]](#footnote-1)**

Paula Mª B. Aragão [[2]](#footnote-2)

Themis Galgani [[3]](#footnote-3)

Gabriel Soares Cruz [[4]](#footnote-4)

**Sumário**: Introdução. 1. A consolidação Jurisprudencial ao longo da história; 2. Poder Judiciário e a Jurisprudência Brasileira; 3. O poder judiciário no processo de humanização da lei. Conclusão. Referencial Bibliográfico.

**RESUMO**

O presente trabalho tem como intuito realizar um estudo acerca da evolução da jurisprudência através dos conceitos de grandes doutrinadores até consolidar-se em sua perspectiva atual, buscando analisar a relação existente entre o Poder Judiciário e a Jurisprudência Brasileira que surge como uma ferramenta que auxilia na decisão do magistrado. Pretendendo-se também debater sobre o processo de humanização das leis a partir do uso das fontes secundárias do Direito.

**Palavras-Chave**: Jurisprudência; Poder Judiciário; Humanização; Fontes de Direito.

**INTRODUÇÃO**

O Estado de Direito moderno surge, de acordo com as teorias contratualistas, de forma a organizar e pacificar as relações sociais constituídas entre os membros da sociedade. Sendo o ordenamento jurídico vigente um instrumento essencial para que possa acontecer essa ordenação dos indivíduos, uma vez que orienta o âmbito de atuação de cada pessoa através da imposição dos ditames de ações positivas e negativas.

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não concedido por nenhuma outra Constituição, como o autogoverno, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias. Atribuindo autonomia institucional, administrativa. Porém, o que o distingue dos demais poderes estatais é sua capacidade dos magistrados de desempenhar a atividade jurisdicional, sendo a jurisdição uma função específica e de grande peso.

Paralelamente, observa-se um maior grau de importância e evolução da jurisprudência ao longo dos anos, sobretudo na atuação dos magistrados, uma vez que, funciona como o conjunto das decisões proferidas nos tribunais a partir da aplicação da norma ao caso concreto, servindo, para que de uma maneira uniforme, orientasse os juízes na decisão de casos semelhantes. Contudo, ainda é bastante discutida a aceitação jurisprudencial como fonte jurídica do direito brasileiro e são inúmeras as divergências quanto a essa problemática.

Diante das várias críticas ao desempenho da atuação do Poder Judiciário, a jurisprudência impediria que determinada demanda ficasse sem solução, reduzindo dessa forma os litígios e amenizando as incertezas da população quanto a garantia de seus direitos, pois uma das causas da grande insatisfação é a dificuldade do acesso, lentidão e posicionamento estritamente dogmático do Judiciário encontrando na jurisprudência uma maior rapidez e acessibilidade uma vez que esta fornece subsídios fundamentais aos magistrados e também a busca pela humanização da lei, a qual não é a única forma de manifestação da justiça, existindo uma diversidade de artifícios que podem e devem ser utilizados pelos juízes na busca desse processo. Quando o Judiciário opera com eficácia, as garantias constitucionais são resguardadas, as desigualdades abrandam-se e a sociedade se fortalece.

**1. A consolidação Jurisprudencial ao longo da história**

Existem várias concepções acerca do significado de Jurisprudência. Significados esses, que foram evoluindo ao longo do tempo e segundo a visão de doutrinadores. Para o Prof. Miguel Reale (1998 p. 167), jurisprudência significa "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais". Sendo, portanto, o meio através do qual os tribunais interpretam as leis e emitem uma decisão acerca de matéria jurídica específica. Já Lenio Luis Streck menciona três definições: I- Ciência do Direito, também denominada Ciência da Lei ou Dogmática Jurídica; II- Conjunto de sentenças dos tribunais, abrangendo jurisprudência uniforme e contraditória; III- Conjunto de sentenças em um mesmo sentido.

Paulo Nader (2009), em seu livro “Introdução ao Estudo do Direito”, apresenta o seguimento doutrinário de Adalberto Torré para distinguir dois conceitos atuais de jurisprudência. A primeira tida como Jurisprudência em sentido amplo e a segunda, Jurisprudência em sentido estrito. No primeiro caso, é o conjunto de decisões que provêm de juízes ou tribunais e fazem referência a determinada questão jurídica, podendo se dividir em uniforme que significa as decisões que convergem e contraditória, na qual existem decisões divergentes. Em se tratando do segundo caso, a jurisprudência em sentido estrito, demonstra apenas as decisões uniformes para situações semelhantes relatadas pelo Poder Judiciário.

Enquanto que para Maria Helena Diniz, “Jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes constituindo uma norma geral aplicável a toda as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.”.

Contudo, a produção jurisprudencial sucede de forma diferente, dependendo do sistema jurídico. Enquanto no *“Common Law”* prevalecem os costumes sobre a aplicação das leis, decorrente da atividade prática dos tribunais fazendo com que as decisões desses tribunais vislumbrem uma resposta imediata à realidade social. É uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica como Estados Unidos e Inglaterra, onde o Direito se baseia mais na Jurisprudência que no texto da Lei.

Já no *“Civil Law”* a partir de uma série de mudanças sociais e históricas houve a consolidação da lei como a base do Direito e solução de todos os conflitos. Desta forma enquanto no common law, a jurisprudência é fonte primeira do direito, no civil law a jurisprudência encontra-se abaixo da lei, sendo a fonte principal do direito.

O Civil Law é a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil, contudo, alguns autores passaram a falar em *"commonlawlização*" do direito nacional. É o que se pode observar a partir do constante crescimento e importância que a jurisprudência passou a desempenhar, sobretudo a partir da valoração que as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio. Havendo certa tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

Ramon Alberto dos Santos e Renê José Cilião de Araújo, em Anais Eletrônicos publicado no VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, acerca da Análise dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano e suas influências mútuas, afirmam que

O sistema da common Law é um sistema jurisprudencial por essência, mas que também é tão positivista quanto os sistemas romano-germânicos modernos. Além disso, pela demonstração da força com que a jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento brasileiro, é patente que logo grande parte da família da civil Law se tornará mista, pois a realidade impõe mudanças de paradigmas e tal adaptação é um clamor social por uma atuação mais forte do Judiciário. Como outro ponto fundamental, tem-se a demonstração que a Suprema Corte americana e o Supremo Tribunal Federal, cada qual com sua história e desafios peculiares durante a história de seus países, representam a arma central dessa transformação nas famílias do direito em sociedades democráticas de direito, por serem ao mesmo tempo guardiões da Constituição e intérpretes desta (SANTOS, ARAÚJO, 2011)

Portanto, estuda-se a aproximação entre os sistemas da Common Law e o da Civil Law, com o intuito de se indagar se tal acontecimento causaria melhoramentos e aperfeiçoamento para o sistema judiciário brasileiro. Em recente artigo ao tratar da transformação da Civil Law, Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 1-3) sustenta que é chegada a hora se ter eficazes averiguações na própria doutrina sobre a jurisdição da Common Law para então abandonar-se a visão preconceituosa que existe em relação ao direito americano.

 Do ponto de vista histórico é evidente evolução jurisprudencial desde os tempos mais remotos até as mais atuais discussões do Poder Judiciário. Em Roma, a ideia de jurisprudência estava diretamente relacionada com as fases do próprio direito romano, caracterizada pela ação direta dos pretores e jurisconsultos, e serviu para distinguir o direito do não direito, delimitando o campo do direito e reduzindo o ordenamento jurídico a um sistema autônomo. O direito dos romanos da época republicana se formou e progrediu por meio da tensão entre a autoridade dos jurisprudentes e o poder do povo, consubstanciado nas *leges* das assembleias e nos editos dos pretores, tendo ao lado, os jurisconsultos.

A tradição romana foi estruturada sob a realização da justiça para os casos concretos, sendo as fórmulas elaboradas pelos jurisconsultos, pouca ou nenhuma preocupação em definir conceitos fundamentais do direito. Todo o magistrado romano detinha a faculdade de promulgar *edicta*, tais *edictas* pretorianos regulavam a atividade jurisdicional e foram uma importante fonte do direito, da aí o fato de muita das transformações significativas foram introduzidas pelos pretores. Buscava-se desmistificar o pensamento que amolda todo direito à lei, e foi a partir do estudo da jurisprudência romana que teve inicio a conscientização por parte do jurista da função criadora da jurisprudência de modo que possa indicar normas adequadas para casos concretos não previstos nas normas existentes.

Durante a Idade Média, o Direito Romano passou a ser o fundamento do Direito Privado Moderno, tendo a jurisprudência perdido bastante de sua autoridade, sendo a escola da Exegese, caracterizada pela ausência da autoridade da jurisprudência, uma vez que a magistratura agia segundo a Lei, diferentemente da escola Histórica, onde o sistema jurisprudencial desempenhava papel essencial na elaboração do Direito, até chegar à configuração da concepção atual. Conhecer a evolução da Jurisprudência é uma forma de conhecer também a evolução das leis.

No Século XX, Hans Kelsen verifica a jurisprudência como “verdadeira fonte de normas jurídica, especialmente quando as decisões judiciais têm o caráter de precedente, isto é, a decisão de um tribunal num caso concreto torna-se obrigatória para as futuras decisões em casos similares” (KELSEN, 1998, p. 216).

O fato é que jurisprudência evolui ao longo do tempo e lapida a lei, ou melhor, como diria Antônio Carlos da Fonseca:

A jurisprudência, pelas sucessivas interpretações, opera numa contínua valoração 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 da previsão da norma, mas também por compatibilizá-la com a ordem fundamental de direitos (...) a função da jurisprudência é ajustar as normas e harmonizar inclinações, para imprimir-lhes a feição de sistema, no âmbito positivo (FONSECA, 1982)

José Raimundo Gomes da Cruz averbou algumas funções da mesma: a) interpretar a lei, preceito geral, sujeita à revisão de significado dos seus termos, opiniões divergentes da doutrina, etc.; b) vivificar a lei, dinamizando-a e tornando-a viva, atuante; c) humanizar a lei, cuja finalidade não é ser dura, mas justa; d) rejuvenescer a lei, cabendo ao julgador analisá-la, adaptá-la à realidade social e ao cotidiano e, principalmente o cientista, concorrer para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Sendo assim, a Jurisprudência surge para aplicar a lei e promover a adaptação desta com as ideias existentes para então preencher as lacunas viventes na lei, desempenhando uma função criadora. Sendo papel dos juízes ao ditar uma sentença, interpretar as normas jurídicas para adequá-las a um caso concreto. Sendo notória a importância da jurisprudência para a construção do Direito, visto que esta representa um alicerce essencial para o seu aprimoramento, atuando paralelamente à lei, e de forma legitimada. Enfim, a jurisprudência passou de coadjuvante à protagonista no Direito.

Surge a chamada “jurisprudencialização do direito”, a qual se torna uma comprovação devido à insuficiência da lei original de abranger todas as situações dos casos concretos e diante da imperfeição da lei, surge a necessidade da construção jurisprudencial para revelar o direito. Essa jurisprudencialização do direito é imprescindível à elaboração e ao progresso do Direito, contudo deve ser vista com ressalvas, pois pode gerar alguns inconvenientes. Segundo Amilton Bueno de Carvalho:

É de se ter claro que a figura do precedente, numa ponta, pode contribuir para o avanço do Direito numa diretiva emancipatóriodemocrática e, noutra ponta, pode ser instrumento de entorpecimento do jurídico, com seu dogmatismo-esclerosamento(...) a missão da jurisprudência é a de fazer avançar o direito(...) O perigo, na verdade, é que ocorra, consciente ou inconscientemente, uma troca de dogma: da lei pelo pensamento dos juízes, ambas formas cruéis de inibir a criatividade do operador jurídico, tornando-o incapaz de ver o direito como proposição do ainda não, mas que pode vir a ser, como possibilidade de renovação do Judiciário(...) Ou seja, a lógica perversa dogmática continua a mesma, apenas muda-se a premissa maior: em vez da lei, aparece a jurisprudência. (CARVALHO, 2007)

**2. Poder Judiciário e a Jurisprudência Brasileira**

Historicamente a Jurisprudência Brasileira é remetida ao Direito luso, onde desde as Ordenações Filipinas tinha-se a ideia de que na inexistência das leis, os juízes deveriam julgar os casos de acordo com os costumes, e onde a jurisprudência no Direito luso encontrou recepção em seu ordenamento jurídico desde cedo, prevendo o legislador que as normas não seriam capazes de exaurir todas as necessidades sociais.

No Brasil, jurisprudência já foi empregada com o significado de ciência ou teoria do direito, como sugere a etimologia da palavra (MACHADO NETO, 1975). Consagrou-se o entendimento de jurisprudência como “a reunião de decisões judiciais interpretadoras do Direito vigente” (NADER, 2009, p. 165), ou como o “conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinada matéria.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007).

Em razão disso, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a jurisprudência é uma fonte direta de normas jurídicas e, por consequência, uma fonte do direito. Em que pese a tradição da Civil Law ser avessa à obrigatoriedade dos precedentes, já que a lei seria suficiente para proporcionar estabilidade e segurança jurídica, não demorou muito para que a complexidade de um ordenamento repleto de normas principiológicas e cláusulas gerais demonstrasse a necessidade de algum tipo de uniformização jurisprudencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 984). Para Marinoni, bandeiras equivocadas defenderam no Brasil que “o juiz deve ter liberdade para julgar”. Estas foram oriundas de uma cegueira que tomou conta da doutrina jurídica. E, por muito tempo, o desenvolvimento de institutos destinados a dar coerência e estabilidade ao ordenamento foi bloqueado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Thalles Franklin, afirma que apesar de muitos acharem que a jurisprudência é somente empregada quando as leis apresentam omissão, na verdade existem 3 espécies de jurisprudência: *secundum legem*, que ocorre para auxiliar na interpretação das normas jurídicas vigentes; *praeter legem* que resulta do fato da lei apresentar “brechas” e se torna necessária a utilização da jurisprudência para preencher esse espaço vazio e a terceira, *contra legem*, quando a lei demonstra comportamento injusto, e há o uso da jurisprudência para corrigir tal erro.

Paralelamente tem-se a atuação do Poder Judiciário, o qual deve desempenhar várias funções, dentre elas, decidir acerca dos conflitos, controlar a constitucionalidade das leis e realizar o autogoverno. Entretanto, a mais antiga função do Poder Judiciário, consiste em identificar no ordenamento jurídico a norma incidente e aplicá-la ao caso concreto buscando solucionar o litígio. Diariamente são apreciadas pelos juízes uma série de causas, das mais simples às mais complexas e sobre os mais diversos assuntos, sendo necessária uma ação responsável e organizada por parte dos magistrados para um eficaz desenvolvimento e êxito na resolução de méritos.

No Brasil, o Judiciário é tido como o conjunto dos órgãos públicos aos quais a Constituição Federal atribui a função jurisdicional tendo os órgãos judiciários atuação em dois papéis, o primeiro é a jurisdição e o segundo, o controle de constitucionalidade. Contudo, a reforma do Judiciário, atribuída a partir da Emenda Constitucional n° 45, em dezembro de 2004, trouxe importantes inovações no âmbito do sistema judiciário brasileiro, voltadas, sobretudo, para maximizar a transparência e eficiência do Judiciário. Como afirma Gilmar Mendes:

Uma das inovações mais importantes realizada pela Emenda Constitucional nº 45 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça. Ao contrário da experiência de outros países, no Brasil, a instituição do Conselho Nacional de Justiça não ocorreu para responder a anseios da magistratura por maior autonomia e independência, nem para impedir a ingerência de outros Poderes no Poder Judiciário, mas sim como forma de integração e coordenação dos diversos órgãos jurisdicionais do país, por meio de um organismo central com atribuições de controle e fiscalização de caráter administrativo, financeiro e correcional. No Brasil, como a autonomia e a independência do Poder Judiciário já são amplamente asseguradas desde a Constituição de 1988, a instituição do Conselho Nacional de Justiça visou, sobretudo, à adoção de mecanismos de controle eficaz da atividade administrativa dos vários órgãos jurisdicionais

A jurisprudência surge como uma ferramenta que auxilia na decisão do magistrado, mas não determina sua decisão, que é pessoal baseada não só na jurisprudência, mas também está ancorada em sua bagagem de vida, a partir de aspectos culturais, morais (valores) entre outros. Além disso, a jurisprudência pode atuar também como referência dos juízes em casos reiterados, sobretudo quando os tribunais superiores já se pronunciaram sobre o tema, representando um poder de ditar a aplicação da lei.

 Muito se questiona na literatura jurídica o uso da Jurisprudência como fonte do Direito. Existem duas correntes doutrinárias: uma reconhecendo a função criadora de normas, enquanto a outra entende que a jurisprudência se limita a reconhecer e declarar a vontade concreta da lei. Autores como Maria Helena Diniz defende a jurisprudência como fonte do Direito, enquanto outros como Venosa consideram que jurisprudência não pode ser considerada fonte primária. O que demonstra que nem tudo é consenso quando se trata de jurisprudência. Maria Helena Diniz averbou:

É a fonte formal que dá forma ao direito, fazendo referência aos modos de manifestação das normas jurídicas, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando a sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição. A fonte formal é o modo de manifestação do direito que permite ao jurista conhecer e descrever o fenômeno jurídico. Logo,quem quiser conhecer o direito deverá buscar a informação desejada nas suas fontes formais, ou seja, na lei, nos arquivos de jurisprudência, nos tratados doutrinários. O órgão aplicador, por sua vez, também recorre a elas invocando-as como justificação de sua norma individual.

Enquanto Pestana de Aguiar constata que:

Não se trata de função legislativa análoga àquela dos representantes do povo. Bem longe disso, a função criadora do direito aqui se prende ao inarredável dever conferido ao juiz de julgar a controvérsia a si levada. Sendo-lhe vedado o non liquet do magistrado romano, cria o

direito atado às próprias diretrizes legais, como dispõe o art. 4° da Lei de Introdução, ao recomendar as fontes subsidiárias em caso de lacunas da lei (...) se a doutrina presta inestimável auxílio na criação do direito, através da interpretação da lei, quando pulsa por sua ideal aplicação, a jurisprudência a ela se alia nessa incessante pesquisa (...) A tendência que se manifesta com proeminência progressiva é no sentido de ser a jurisprudência fonte do direito, podendo inclusive o juiz deixar de aplicar a lei que já não corresponde às necessidades sociais (...) alcançada que hoje está universalmente a função criadora da jurisprudência, vivificada irradiantemente por força de imensa auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

.

Enquanto para Dinamarco partilhando de mesmo posicionamento enfatiza que jurisprudência não é fonte de direito, elucidando o fato de que “a essência da função jurisdicional é a solução dos conflitos concretos, impossibilitando-se a criação de normas gerais e abstratas”.

A criação jurisprudencial do Direito fluiu não apenas de autorização legal, mas da busca da proporção habilitada a superar o conflito entre a norma e a realidade, respeitando certos parâmetros para que não se confunda a posição do juiz com a do legislador.

**REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO**

BUSTAMANTE, Thomas. **A criação do direito pela jurisprudência:** notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia V. 38 – n. 2. 2010, p. 685-706. Disponivel em: < http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18518/9922.>

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma de expressão do direito.** Revista dos Tribunais Online. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 237, Junho/2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei.** Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo, v. 43, p. 47, Julho/1986.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Common law, civil law e precedente judicial**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de Direito Processual Civil. Em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

FONSECA, Antonio Carlos. **Técnica jurídica e função criadora da jurisprudência**.

Revista de Informação Legislativa, n.75, p.159, jul./set. 1982

CARVALHO, Amilton Bueno de. **O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico**. Revista de Estudos Criminais, n. 7, abr./jun. 2007, p. 13-14.

CRUZ, José Raimundo. **A jurisprudência ante a Constituição de 1988**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n. 54, out./dez. 1990, p. 94.

FRANKLIN, Thalles. **Jurisprudência como Fonte do Direito.** Disponível em: <http://www.artigojus.com.br/2011/07/jurisprudencia-como-fonte-do-direito.html/> Acesso em: 21 de maio de 2013.

NADER, Paulo**. Introdução ao estudo do direito.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual.**5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. v. 1

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil: Parte Geral. Vol I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

1. Paper apresentado à disciplina Direito Constitucional I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do terceiro período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco [↑](#footnote-ref-2)
3. Aluna do terceiro período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco [↑](#footnote-ref-3)
4. Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-4)