

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

Flávia Almeida Pita

**A Jurisprudência como Fonte do Direito.
Qual é hoje o seu papel no
Sistema Jurídico Brasileiro?**

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2002

**A Jurisprudência como Fonte do Direito.
Qual é hoje o seu papel no
Sistema Jurídico Brasileiro?**

Flávia Almeida Pita

Universidade Federal De Pernambuco - UFPE

Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado

Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Saldanha

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2002

Para Clara, que nascerá daqui a pouquinho, mas que já preenche minha vida de uma felicidade sem fim.

Minha mais sincera gratidão a todos aqueles que participaram desta árdua “empreitada”, e sem cuja ajuda não seria possível chegar ao fim.

Devo mencionar, contudo, especialmente: a Universidade Estadual de Feira de Santana-UEFS, que nos proporcionou este Curso, a atenção e o carinho da orientação do Prof. Nelson Saldanha, as lições preciosas do Prof. Calmon de Passos, a paciência amorosa de meu pai, que revisou o texto nos seus aspectos lingüísticos, a gentileza das Sras. Graça e Izabel, que ajustaram o trabalho às normas da técnica bibliográfica, o apoio diuturno da minha família e, finalmente, o amor de Zedu, que me faz forte e feliz.

RESUMO

Partindo do significado que assume a expressão *fontes do Direito* na Ciência Jurídica, o presente estudo objetiva investigar o papel desempenhado pela Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro. Preliminarmente, é objeto de especulação a natureza da decisão judicial, reconhecendo-se na sua essência, em razão da atividade hermenêutica que lhe antecede, um inegável caráter criativo. Ainda de forma preliminar, a pesquisa volta-se à investigação das diferenças assumidas pela Jurisprudência nos sistemas jurídicos de *Common Law* e de *Civil Law*, para, então, concentrar-se especialmente na função que ela desempenha naqueles últimos e, finalmente, no Direito brasileiro. O trabalho atinge seu objetivo central, então, quando se volta ao estudo do papel que o Direito Positivo brasileiro atribuiu historicamente e hoje concede à Jurisprudência, chegando-se até à análise dos projetos que visam à outorga de efeito vinculante à Jurisprudência, ora em trâmite perante o Congresso Nacional. A esta abordagem meramente dogmática alia-se a análise dos aspectos políticos, econômicos e sociológicos da organização do Estado brasileiro e, particularmente, do seu Poder Judiciário.

Palavras-chave: Jurisprudência. Fonte do Direito. Direito Brasileiro

ABSTRACT

Starting from the meaning given by Jurisprudence to the expression Sources of Law, the object of this study is to investigate the role that Case Law plays in Brazilian legal system. It is preliminarily studied the nature of judicial decision, whose substance shows an undeniable creative feature. Yet preliminarily this research investigates how differently Common Law and Civil Law legal systems deal with judicial precedents, to afterwards concentrate its efforts on how Case Law works in Civil Law legal systems and specifically in Brazilian Law. The study reaches its aim when it analyses the role that Brazilian Legislation has historically given and nowadays gives to judicial precedents, including the study of the bills – now under discussion by the Congress – that intend to make judicial precedents compulsory. It is added to this merely dogmatic approach a study of political, economical and sociological aspects of Brazilian State structure and its Judiciary.

Key words: Case Law. Judicial Precedent. Sources of Law. Brazilian Law

SUMÁRIO

Introdução	11
1. Fontes do <i>Direito</i> ? E o que é o <i>Direito</i> ?	17
1.1. O Direito como fenômeno normativo	17
1.2. A peculiaridade da norma <i>jurídica</i>	24
2. Fontes do Direito	28
2.1. A expressão e suas ambigüidades.....	28
2.2. A teoria das fontes do Direito e o cenário filosófico-jurídico que lhe serviu de pano de fundo	32
2.3. Quais são as fontes do Direito?	43
3. A questão hermenêutica e a criatividade inerente ao desempenho da função jurisdicional	46
4. A Jurisprudência como fonte do Direito.....	65
4.1. <i>Common law versus civil law</i>	69
4.2. A Jurisprudência como fonte do Direito nos sistemas jurídicos romano-germânicos	81
4.3. A Jurisprudência como fonte do Direito no Brasil.....	92
4.3.1. Retrospectiva histórica do papel atribuído à Jurisprudência pelo sistema jurídico brasileiro	95

4.3.2. O papel da Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro – uma análise dogmática.....	115
4.3.3. O papel da Jurisprudência no sistema jurídico brasileiro – uma análise <i>zetética</i>	129
Conclusões	138
Referências.....	143