# O problema da criação judicial do Direito

*Marília D'Ávila**

I) Introdução. II) Aspectos gerais do tema. III) Origens: aspectos históricos. IV) O problema da legitimidade da criação judicial do Direito. V) Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. VI) Limites da criatividade judicial. VII) Conclusão. VIII) Bibliografia.

## *Introdução*

*"Dizer o Direito não é mais exclusivamente aplicar a lei. É participar da criação do Direito nos domínios onde a lei confessa sua impotência."*
*Henri de Page.*

O estudo que nos propomos a discorrer concerne à questão da existência de uma criação judicial do Direito, sua origem, seus limites e sua legitimidade.

Reconhece-se o Direito como um valor relacional, por excelência, pois o mesmo só se define a partir de uma comunidade concreta. Tão conhecida como a "alegoria da caverna" de Platão, usada para ilustrar a dicotomia entre o mundo das idéias e o mundo das coisas, é a de Robson Crusoé que não conhecia regras de convivência recíproca, até a chegada do índio Sexta-Feira em sua ilha deserta.

Daí a importância do tema a ser desenvolvido, porquanto ligado, em última análise, à própria sobrevivência da comunidade em que vivemos e da própria humanidade. Se considerarmos a velocidade com que as mudanças sociais ocorrem em nossos dias, pode-se antever que a sociedade necessi-

* Juíza de Direito do Distrito Federal



BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 13, n. 7, p. 15-27, jul. 2001.

> ***"...embora se reconheça a presença do Direito na vida cotidiana das pessoas, (...) sua definição não é uníssona, (...) ora identificando-se o Direito com a norma, como preleciona Kelsen, ora identificando o Direito com o ordenamento jurídico, como ensina Norberto Bobbio. Já Miguel Reale afirma que o Direito é uma 'realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva.'"***

ta de respostas rápidas, as quais não podem esperar o formalismo dos procedimentos atualmente previstos para a criação de leis.

Aliado a isso, encontra-se o fato de que ao legislador é praticamente impossível prever todas as hipóteses de aplicação das leis, quer por limitações de ordem técnica, quer por nuanças de ordem política, as quais impõem uma textura aberta e polissêmica aos textos legais, com vistas à obtenção de consenso político em sua aprovação.

Não obstante, a despeito do reconhecimento empírico da criação judicial do Direito, o que dizem os meios doutrinários acerca da questão? Existe mesmo uma criatividade judicial legítima? E tal procedimento não afrontaria o princípio da separação dos Poderes na forma como concebido classicamente? Tal ativismo sujeita-se a limites? E qual seria a fonte de legitimação de tal procedimento?

Essas as questões que o presente estudo busca abordar, compilando literatura nacional e estrangeira sobre o tema, sendo desenvolvido em tópicos. Sem a preocupação de esgotar o assunto, considerando que cada tópico desenvolvido comportaria, de per si, verdadeiros tratados, o tema é palpitante e de inegável importância para todos os magistrados.

## *Aspectos gerais do tema*

O Direito é algo que está presente no dia-a-dia das pessoas, apresentando-se como "um fenômeno social indispensável à subsistência de uma comunidade ordenada."[1]. Não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado ou dirigido, sendo certo que desde as comunidades mais rudimentares de vida já existiam regras determinadas a disciplinar o convívio dos seres humanos.

Entretanto, muito embora se reconheça a presença do Direito na vida cotidiana das pessoas, em todos os cantos do mundo, sua definição não é uníssona, tendo ocupado vários juristas e jusfilósofos, variando historicamente de acordo com as concepções de cada época, ora identificando-se o Direito com a norma, como preleciona Kelsen, ora identificando o Direito com o ordenamento jurídico, como ensina Norberto Bobbio[2]. Já Miguel Rea-

[1] Denise Camolez. "A escolha, formação e aperfeiçoamento do juiz". *Cidadania e Justiça. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Ano 3/n.7. 1999. p. 59.

[2] Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Universidade de Brasília. 1991.

le afirma que o Direito é uma "realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva."[3]

A variação de conceitos acerca do objeto "Direito" apresenta-se ligada ao fato de que o mesmo é uma "realidade espiritual", um objeto cultural que, ao contrário dos objetos naturais, se realiza historicamente através de valores.

A despeito das diferentes conceituações de Direito não se pode olvidar do seu caráter normativo, legalista, conquanto essencialmente destinado a regular relações intersubjetivas. Lembrando Karl Engish "a ciência jurídica é tal como as ciências naturais, uma ciência de leis. No entanto aquele que desvenda as leis da natureza, revela-nos o ser e a necessidade. Ora, será que também o jurista nos conduz ao ser, poderá ele nos convencer da necessidade das leis jurídicas?" e continua advertindo: "o facto de os juristas, apesar de todos os aturados esforços, não terem até hoje conseguido encontrar o verdadeiro Direito, não o terem conseguido relacionar com a 'natureza' seja com a natureza do homem, seja a natureza das coisas, faz com que sua ciência pareça freqüentemente a uma luz pouco favorável."[4]

Não obstante, o Direito, enquanto objeto cultural, não tem sua necessidade demonstrada a partir de fenômenos, "do que é" e sim a partir da compreensão do que "deve ser", através da qual, "no ir e vir ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, procuramos descobrir o significado das ações ou criações humanas."[5] Assim, o objeto "Direito" não pode ser demonstrado por fórmulas e experimentos, e sim, compreendido e interpretado. Nessa esteira, forçoso é convir que a aplicação do Direito aos fatos cotidianos não se faz por simples subsunção às hipóteses normativas, pois a compreensão dos mesmos pressupõe a interpretação dos textos legais. Não é despiciendo lembrar que "toda interpretação se funda na compreensão", como informa Martin Heidegger.[6]

Segundo lembra Carlos Maximiliano "toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance de suas prescrições". Assim é que define interpretação como sendo "explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, 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."[7]

A aplicação do Direito ao caso concreto pressupõe a descoberta dos modos e meios de amparar juridicamente um interesse humano, resultado de um processo de interpretação da norma, que busca

[3] Miguel Reale. *Filosofia do Direito*. Saraiva. 19ª ed. São Paulo. 1999. p. 699.

[4] Karl Engish. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1983.

[5] Gilmar Ferreira Mendes *et alii*. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica. Brasília. 2000. p. 53.

[6] "A compreensão pressupõe uma vivência e ela é apreensão de um sentido, ou seja, apreensão da realidade, mesmo porque o mundo já compreendido se interpreta. Sentido, segundo Emerich Coreth, é aquilo que no respectivo contexto deve ser tido como significativo: só podemos determinar o que denominamos sentido como o conteúdo de uma compreensão possível: como o inteligível ou compreensível." *Apud* Juvêncio Gomes Garcia. *Função Criadora do Juiz*. Brasília Jurídica. Brasília. 1996. p. 38.

[7] Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1991. p. 9.

integrar a realidade a este processo. Isto porque existe sempre um descompasso entre a norma, quer consuetudinária, quer legislativa, e o Direito, cuja natureza complexa não se esgota numa regra abstrata. Mais uma vez é Carlos Maximiliano quem resume de forma precisa a questão, ao afirmar que : "Não é possível que algumas séries de normas, embora bem feitas, sintéticas, espelhem todas as faces da realidade. (...) Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. (...) Fixou-se o Direito positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se pode criticar o legislador, nem reformar sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social."[8]

***"Dois são os aspectos mais importantes no que concerne às origens de uma criação judicial do Direito, quais sejam a evolução dos sistemas de hermenêutica, que aqui serão mencionados de forma perfunctória, somente com o intuito de situar o tema, e a teoria da tripartição dos Poderes."***

De ver-se, pois, que a aplicação da norma jurídica não pode prescindir da interpretação do aplicador, pois esta não se constitui em uma decisão prévia, simples e acabada. Há que ser colocada no tempo e na realidade em que será aplicada. Aliás, Peter Häberle chega a afirmar que "não existe norma jurídica, senão a norma jurídica interpretada."[9]

A própria efetividade do Direito, aliás, está ligada à constante adequação das normas aos fatos, de modo a mantê-lo adaptado à realidade social. Como ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho, "é somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos – tarefa em que se fundem necessária e inseparavelmente a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos – que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativa da vida social, posto que é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto."[10]

---

[8] Carlos Maximiliano. op. cit. pp. 11/12.

[9] Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.* Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997. p. 9.

[10] Afirma o Professor que "nesse momento, e por essa forma, ele (o juiz) cria a norma de decisão concreta ou a norma do caso, para realizar a justiça em seu sentido material, porque estará decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento." *Interpretação Constitucional.* Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1997. p. 43.

Nesse processo de aproximação dos comandos abstratos da norma e os fatos apresentados no caso concreto espera-se que o intérprete preencha as lacunas do texto, esclareça suas ambigüidades, estabeleça preciso significado às palavras, exercendo a criatividade interpretativa para dar solução aos conflitos. Toda atividade de interpretação traz em si certo grau de criatividade e de escolha do intérprete.

Mauro Cappelletti, em seu livro *Juízes Legisladores?*, chama a atenção para uma intensificação da criatividade da função jurisdicional em nosso século, decorrente da transformação do papel do Direito e do Estado na sociedade, sobretudo naquela que chamou de sociedade do "bem-estar". Observou-se um acentuado crescimento do papel do Estado, principalmente na área social, redundando na criação, por via legislativa, de inúmeros direitos sociais, os quais, diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção espera-se que o Estado não permita sua violação, exigem permanente ação do Estado para sua implementação. Este fenômeno, na análise do citado professor italiano, passou a exigir uma nova postura dos juízes, conferindo maior grau de discricionariedade e criatividade à atividade judicial, diante da amplitude e imprecisão dos textos jurídicos atinentes aos mencionados direitos sociais.

Outros fatores mencionados pelo citado professor são, em resumo, além dos direitos sociais e do *Welfare State*, também, a supremacia do Poder Executivo na execução de programas sociais e na iniciativa das leis; a falta de legitimidade das decisões administrativas e o próprio controle judicial da atividade administrativa. Abstraindo-se a discussão do "porquê" desta realidade, o fato é que a referida "supremacia" do Poder Executivo impõe ao juiz uma maior participação na solução dos conflitos que lhe são apresentados, mormente na defesa dos direitos do cidadão contra o Estado.

> ***"A escolástica deu lugar ao chamado método evolutivo, o qual ensina que o hermeneuta deve considerar a um só tempo a vontade geradora da norma no momento de sua criação e as circunstâncias contemporâneas à aplicação do preceito ao caso concreto. Modernamente, entretanto, reconhece-se, ainda que existam vozes isoladas divergindo de tal ponto de vista, que os cânones da hermenêutica tradicional não têm aplicação às atividades judiciais."***

Se ainda hoje o tema relativo ao ativismo judicial não é pacífico, muito embora se reconheça, de forma majoritária, sua existência, em tempos idos a questão se apresentava muito mais tormentosa, chegando-se mesmo a negar-se a existência de tal atividade, conforme passaremos a expor no próximo tópico.



Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 13, n. 7, p. 15-27, jul. 2001.

## *Origens: aspectos históricos*

Dois são os aspectos mais importantes no que concerne às origens de uma criação judicial do Direito, quais sejam, a evolução dos sistemas de hermenêutica, que aqui serão mencionados de forma perfunctória, somente com o intuito de situar o tema, e a teoria da tripartição dos Poderes.

O sistema tradicional de hermenêutica, denominado escolástica ou dogmática, preleciona que a aplicação do Direito deve estar circunscrita aos textos rígidos, bem como à vontade do legislador que editou a norma. Deve-se ao uso excessivo do Direito Romano entre os povos cultos esse apego ao formalismo e a redução do juiz a uma espécie de autômato, constituindo a sentença um silogismo em que a premissa maior estaria representada pela norma geral (lei); a premissa menor, pela verificação dos fatos relevantes, juridicamente qualificados e a conclusão seria o dispositivo da sentença.[11]

Tal sistema, no dizer de Carlos Maximiliano, levado ao exagero, redundou no predomínio do método exegético, o qual consistia na análise de artigo por artigo das codificações, como forma de facilitar a investigação da vontade do legislador, mantendo assim, os valores do Direito positivo vigente. Referido método surgiu sob a égide do Código de Napoleão de 1804, correspondendo ao típico modelo da ideologia burguesa, a qual buscava a construção de um sistema jurídico imune aos abusos do "ancien régime" abolido.

A escolástica deu lugar ao chamado método evolutivo, o qual ensina que o hermeneuta deve considerar a um só tempo a vontade geradora da norma no momento de sua criação e as circunstâncias contemporâneas à aplicação do preceito ao caso concreto.

Modernamente, entretanto, reconhece-se, ainda que existam vozes isoladas divergindo de tal ponto de vista, que os cânones da hermenêutica tradicional não têm aplicação às atividades judiciais. Ao juiz moderno não se admite a atuação mecânica, cuja sentença resulta da aplicação de mero silogismo. Repudia-se também a idéia

***"Muitas críticas se fazem em relação à legitimidade democrática da criação judicial do Direito, as quais serão apresentadas a seguir. A primeira delas, de caráter filosófico, aponta no sentido de que, se ao juiz fosse dado criar a norma, ainda que para o caso concreto, este estaria a suprimir a dualidade entre sujeito e objeto do conhecimento, transformando-se em legislador. (...)***

***Outra crítica veemente que se faz em relação ao ativismo judicial diz respeito ao fato de que os juízes não são legitimados pelo voto popular para criação de leis, o que afrontaria a separação dos Poderes do Estado."***

[11] Juvêncio Gomes Garcia. *Função Criadora do Juiz*. Brasília Jurídica. Brasília. 1996. p. 57.

de que ao juiz é dado somente aplicar a lei ao caso concreto, a uma porque aplicação, interpretação e compreensão da norma jurídica são fenômenos indissociáveis, considerando-se tratar-se o Direito de um objeto cultural; a duas porque a norma abstrata não é um dado apriorístico, perfeito e acabado. Deve ser situada no tempo, pois ao legislador não é possível prever todas as hipóteses de sua aplicação. Deve haver ainda, para sua aplicação ao caso concreto, a determinação dos fatos, a individualização dos seus destinatários, a fixação de obrigações a serem cumpridas, bem como prazos a serem seguidos. Esses dados não estão presentes na norma abstrata e devem, necessariamente, ser determinados pelo juiz.

> ***"A ciência política moderna reconhece, de forma uníssona, que a vontade da maioria não é sinônimo de decisão democrática e que nem sempre o voto garante, de per si, a realização dessa vontade da maioria."***

Impende ressaltar, de outra parte, que essa moderna postura exigida do aplicador do Direito não arrosta o princípio da separação dos Poderes do Estado, pois se em sua concepção clássica o princípio determinava uma rígida divisão de atribuições entre os Poderes, a sua flexibilização, desde que dirigida ao fim precípuo do mesmo, ou seja, a separação com vistas à limitação, impõe-se como necessidade do próprio Estado Democrático de Direito.

A atividade judicial assim concebida busca a adequação das normas à realidade social, resguardando os direitos dos cidadãos e, ao fim e ao cabo, a própria efetividade do ordenamento jurídico, na medida em que o juiz cria a norma do caso concreto posto a sua apreciação e o legislador cria a norma geral, abstrata e impessoal.

Não é demais enfatizar que o processo de criação do Direito pelo juiz está, no mais das vezes, subordinado à norma pré-existente, não se contrapondo à lei. Não se trata, pois de criação judicial da lei, tarefa esta conferida ao legislador, e sim de criação judicial do Direito, que extrapola os estritos limites da lei em sentido formal.

## *O problema da legitimidade da criação judicial do Direito*

Muitas críticas se fazem em relação à legitimidade democrática da criação judicial do Direito, as quais serão apresentadas a seguir. A primeira delas, de caráter filosófico, aponta no sentido de que, se ao juiz fosse dado criar a norma, ainda que para o caso concreto, este estaria a suprimir a dualidade entre sujeito e objeto do conhecimento, transformando-se em legislador.

Outra crítica veemente que se faz em relação ao ativismo judicial diz respeito ao fato de que os juízes não são legitimados pelo voto popular



Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 13, n. 7, p. 15-27, jul. 2001.

para criação de leis, o que afrontaria a separação dos Poderes do Estado. Segundo essa concepção, "no Estado Democrático de Direito, a criação da lei, ou de normas com força de lei – como expressões da vontade geral –, é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em eleições livres e periódicas."[12]

Merece destaque também a crítica trazida à colação por Mauro Cappelletti de que nos sistemas democráticos é assegurada a independência dos juízes e tanto mais esses são independentes, menos estão obrigados a prestar contas de suas decisões ao povo.

Não obstante, tais críticas não se sustentam. A ciência política moderna reconhece, de forma uníssona, que a vontade da maioria não é sinônimo de decisão democrática e que nem sempre o voto garante, de per si, a realização dessa vontade da maioria. Nem os poderes políticos estabelecidos são perfeitamente capazes de expressar um consenso absoluto nas questões, positivando, no mais das vezes, a vontade de grupos de interesses, cuja força de pressão se fez prevalecer no momento de votação da lei.

Reconhece-se, ainda, que a antinomia de significação dos textos legais é de extrema importância para a aprovação dos mesmos no Parlamento. Quanto mais elásticos e imprecisos os contornos do texto, mais fácil o consenso em sua aprovação.

***" Mauro Cappelletti, ao analisar a legitimidade do ativismo judicial, reforça os argumentos acima expostos e conclui que 'os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, (...) numa tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis* ao sentimento de eqüidade e justiça da comunidade.' "***

Noutra toada, releva destacar que o processo judicial garante às minorias, alijadas do processo político, a ampla defesa de seus direitos, sendo assim, um importante instrumento de representatividade geral. Segundo ensina o professor Martin Shapiro "são grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes *políticos*, que a Corte pode melhor servir."[13]

Ainda no que concerne à legitimação das criações judiciais, pela representatividade de seus autores, especificamente no caso das Cortes Constitucionais, verifica-se que sua composição atende também a critérios políticos, sendo comandada pelo Presidente da República. Bem as-

[12] *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. op. cit. p. 93.

[13] E explica o Professor: "Enquanto, efetivamente são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (*adversary*) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando, em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena." *Apud* Mauro Cappelletti. *Juízes Legisladores?*. p. 99.

sim, a relativa rapidez na renovação da composição das mesmas garante aos demais Poderes certo controle da filosofia política da Corte, "de tal maneira que essa nunca permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalente nas maiorias políticas no poder dentro do País"[14].

Quanto à "ausência de prestação de contas" por partes dos juízes, que gozam da prerrogativa constitucional de independência, como óbice ao exercício da criação judicial do Direito, é de se registrar que o processo judicial é o mais participativo de todos os tipos de processos ligados à atividade pública, pois se desenvolve em direta conexão com as partes envolvidas, as quais têm o exclusivo poder de iniciar a demanda, bem como possuem o inafastável direito de serem ouvidas. No Brasil, tais prerrogativas encontram-se cristalizadas no princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Bem assim, é de se considerar que o legislador pode desconsiderar qualquer interpretação advinda dos tribunais, mas o silêncio desse legislador ideal legitima as mudanças à compreensão normativa ocasionadas.

Ademais, é importante mencionar que as decisões judiciais devem ser motivadas e pautadas no princípio do devido processo legal e no controle das garantias individuais. Aliás, uma democracia só se define como tal se forem assegurados os direitos e garantias individuais, garantindo-se a legitimação da criação judicial do Direito não só pelo procedimento, como também pelo dever de dar explicação acerca dos motivos que determinaram a tomada de posição no caso concreto.

Assim, muito embora se reconheça certo grau de discricionariedade na escolha pelo aplicador do Direito entre as várias possibilidades conferidas pela lei, esta escolha não se dá de forma arbitrária, impondo-se ao mesmo o dever de justificar logicamente suas decisões, demonstrando e convencendo aos demais dos motivos que o levaram a decidir. O dever de motivar, é oportuno que se mencione, tem assento constitucional e sua ausência fulmina de nulidade a decisão e tem o condão de impedir a realização de uma "justiça pessoal" do julgador. Nesse sentido, preleciona Karl Engish que "para impedir que esta idéia de 'justiça pessoal' se não desvirtue bastará, num Estado de Direito, que exista uma ciência jurídica evoluída e existam funcionários e magistrados educados na imparcialidade, na objectividade e na incorruptibilidade. E não podem naturalmente esquecer-se todas as garantias contra o arbítrio asseguradas pela obrigação de fundamentar objetivamente a decisão tomada."[15]

Mauro Cappelletti, ao analisar a legitimidade do ativismo judicial, reforça os argumentos acima expostos e conclui que "os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, (...) numa tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis *ao sentimento de eqüidade e justiça da comunidade*".

[14] Mauro Cappelletti. *Juízes Legisladores?*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre 1999. p. 96.
[15] Karl Engish. op. cit. p. 254.

## *Lei de Introdução ao Código Civil*

No Brasil, ao analisarmos a questão da criação judicial do Direito, impõe-se a menção ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual determina que ao juiz não é lícito abster-se de julgar, sob a alegação de que a lei é ambígua, omissa ou obscura, ou ainda que o texto legal não contemplou as circunstâncias particulares do caso.

Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro *A instrumentalidade do processo*, ensina que entre os escopos do processo encontra-se o de pacificar com justiça (escopo social), por intermédio da aplicação da lei (ou Direito) ao caso concreto (escopo jurídico). Note-se que se ao juiz fosse permitido abster-se de julgar, alegando deficiências na lei, os escopos do processo não se realizariam, ficando, em última análise, comprometida a paz social e a tranqüilidade pública.

A aplicação dos ditames do referido dispositivo legal reforça a tese de que, tal qual na aplicação da norma geral e abstrata, a função jurisdicional é sempre criadora. O juiz cria o Direito.

Nessa linha a lição de Juvêncio Gomes Garcia ao afirmar que "Se a Lei, embora amplamente interpretada, não der solução à demanda, aponta aquele diploma, como fonte supletiva, o costume, e, por fim, reconhece, na sua parte mais original, a função criadora do juiz para suprir as lacunas que a lei e o costume apresentem, e autoriza-o a sub-rogar-se no papel de legislador, ou seja, a decidir como é provável que o legislador decidisse, se houvesse previsto o caso, levando em conta, para apurar essa intenção, a doutrina e jurisprudência."

> ***"Além dos limites impostos pelos modelos normativos preexistentes, a criação judicial do Direito encontra limites nos valores éticos e convivência da sociedade e na razoabilidade do trabalho hermenêutico."***

A aplicação do art. 4º deve, como soa óbvio, dar-se em cotejo com o art. 5º do mesmo diploma legal, o qual determina que o juiz deve ter em conta os fins sociais da lei e o bem comum, dispositivos estes que se repetem nos art. 126 e 127 do Código de Processo Civil Brasileiro.

## *Limites da criatividade judicial*

A criação judicial do Direito, a despeito de reconhecida pela doutrina mais moderna, não se dá de forma arbitrária ou imotivada, reconhecendo-se como primeiro limite ao ativismo judicial o próprio sistema jurídico vigente, na medida em que este se destina à realização de valores de convivência da comunidade.

É de cediço conhecimento que a função jurisdicional encontra-se ligada ao princípio de

certeza do Direito, a ponto de ser necessário que o Estado crie um Poder, cuja finalidade precípua é ditar o exato sentido das normas nos casos concretos. Não obstante, a predeterminação formal dos modelos legais é indispensável para a aplicação dos modelos jurídicos, considerando-se a um só tempo a evolução histórica e as aberturas inerentes ao processo do dever ser, pois, caso contrário, a "bilateralidade atributiva"[16], traço distintivo das normas jurídicas, deixaria de existir, ensejando abusos e distorções do poder.

> ***"O desafio do juiz moderno é conciliar a um só tempo, segurança jurídica, com celeridade e rapidez; valores individuais e valores da sociedade; técnica e formalidades legais e efetividade das decisões, enfim, modernidade e justiça, que, ao fim e ao cabo, não são valores antagônicos e mutuamente excludentes, e sim uma necessidade imperiosa de composição de opostos para a realização do bem estar de todos os membros da comunidade."***

Quanto à atividade interpretativa e criadora do aplicador do Direito, verifica-se que o texto da lei se apresenta como limite da atividade hermenêutica. Dessa forma, a despeito de admitir-se uma criatividade judicial no momento de concreção da norma abstrata ao fatos, a interpretação deve respeitar os limites do texto da lei, pois "cumpre ao intérprete procurar extrair o significado inerente às formas representativas, ao invés de atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário ou fraudulento, sentidos outros, a elas de todo estranhos ou nem de longe coincidentes com aquilo que imaginaram os seus autores".

Além dos limites impostos pelos modelos normativos preexistentes, a criação judicial do Direito encontra limites nos valores éticos e convivência da sociedade e na razoabilidade do trabalho hermenêutico.

Confronte trazido à colação pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho "a interpretação jurídica não consiste em pensar de novo o que já foi pensado, mas em saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por outro."[17]

Mesmo a criação do Direito pelas Cortes Constitucionais não é ilimitada, pois as decisões e novas interpretações, ainda que relativas ao próprio Texto Constitucional, que ultrapassem os princípios estruturais da Constituição, serão, inutilmente, diga-se de passagem, rotuladas de inconstitucionais. Isso sem considerar-se a existência de valores fundamentais universalmente aceitos, os quais têm caráter supranacional, vinculando e limitando, em certa medida, as decisões dessas Cortes.

---

[16] A que se refere o mestre Miguel Reale ao afirmar que o Direito é um valor relacional por excelência, ou seja, se desenvolve no seio de uma sociedade concreta, daí a bilateralidade, a exigibilidade, a heteronomia e a coercibilidade, além de ser formalmente predeterminado, caracterizando-se como atributivo.

[17] Lembrando ainda que "o sentido jurídico, sendo externo às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente. Inocêncio Mártires Coelho. *A Criação Judicial do Direito*. Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 49. Número 187. Janeiro/junho 1996. p. 56.

## *Conclusão*

O presente trabalho destinou-se a abordar o problema da criação judicial do Direito, sua origem e limites. Buscou, ainda, mostrar em linhas gerais, a questão da legitimação do ativismo judicial, quer pelo procedimento, quer pela argumentação dada pelos aplicadores do Direito, ao fundamentar suas decisões.

Esperamos ter demonstrado a existência dessa atuação criativa dos aplicadores do Direito, que, ao contrário de apresentar-se como perniciosa ou problemática, é uma exigência dos dias atuais, em que a velocidade das mudanças sociais, muitas vezes, exige soluções que não podem esperar pela lentidão do processo legislativo para serem resolvidas por lei. Bem assim, verificou-se que o juiz, por determinação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode abster-se de decidir as questões postas a sua apreciação, sob o fundamento de inexistência de norma que se amolde aos fatos ocorridos, ou omissão, lacuna ou obscuridade no texto legal.

A nosso sentir, não se trata de considerar a aplicação da lei ao caso concreto como último estágio do processo legislativo, consoante afirmou Lúcio Bitencourt, até porque, como restou demonstrado, os mecanismos e procedimentos de criação de normas pelo legislador, abstratas e gerais, e pelo juiz, individuais e concretas, no mais das vezes, são diferentes, não havendo qualquer superposição de atribuições.

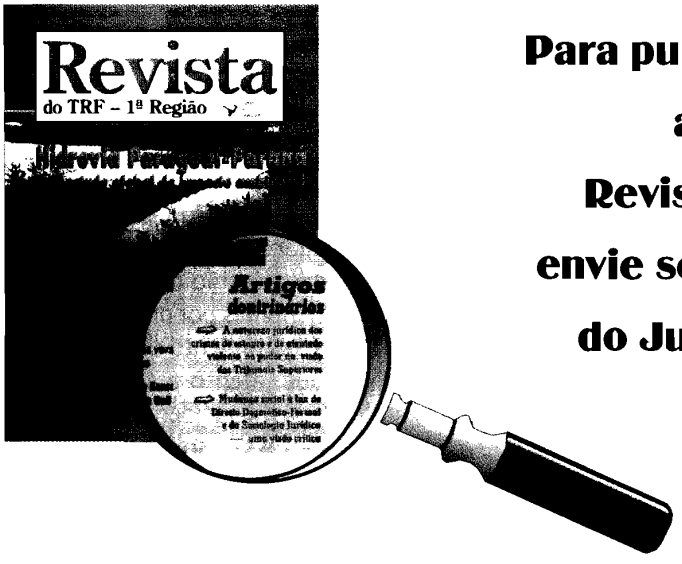
Também não se trata de admitir a existência de um "Direito alternativo", plasmado em critérios extrínsecos à lei, mas de uma aproximação do texto abstrato da lei às mais diversas situações da vida cotidiana, para as quais, mesmo considerando grande esmero, o legislador não teve condição de prever no texto legal.

Antes de tudo, buscou-se repensar, ainda que de forma embrionária, o papel do juiz moderno, que deve ser atuante, sem desbordar para a atuação arbitrária e parcial.

O desafio do juiz moderno é conciliar, a um só tempo, segurança jurídica com celeridade e rapidez; valores individuais e valores da sociedade; técnica e formalidades legais e efetividade das decisões, enfim, modernidade e justiça, que, ao fim e ao cabo, não são valores antagônicos e mutuamente excludentes, e sim uma necessidade imperiosa de composição de opostos para a realização do bem estar de todos os membros da comunidade.

Por fim, merece registro a lição de Paulo Roberto Soares Mendonça, sobre a questão da criatividade judicial, em excerto que aqui trazemos à colação: "Não se trata absolutamente da defesa de um arbítrio irresponsável do juiz, mas de uma valorização do magistrado, como efetivo titular do poder de composição de lides. Obviamente, as premissas estabelecidas pelo Estado de Direito devem ser preservadas, a fim de que os tribunais não exorbitem as suas competências constitucionais. Todavia, hoje é imperiosa uma revisão do papel tradicional do juiz, a fim de que o Judiciário possa ser um efetivo instrumento na promoção dos direitos da cidadania."[18]

[18] Paulo Roberto Soares Mendonça. *A Argumentação nas decisões judiciais*. Renovar ed. Rio de Janeiro. 1997. p. 169.




**Para publicação de doutrina ou artigo jurídico na Revista do TRF – 1ª Região envie seu texto, para apreciação do Juiz-Diretor da Revista, no endereço eletrônico revista@trf1.gov.br**

## *Bibliografia*

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1991.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, Reimpresso em 1999.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CAMOLEZ, Denise. *A escolha, formação e aperfeiçoamento do juiz. Cidadania e Justiça. Novos Direitos*. Banco do Brasil. (Ano 3/ n. 7 – 2º semestre/ 1999), pp. 59 a 83.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

_____. *Sobre a Criação Judicial do Direito*. Arquivos do Ministério da Justiça. (ano 49 n. 187, janeiro/junho, 1996), pp. 45 a 57.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. 3ª Ed. Petrópolis. Editora Vozes, 1999.

GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função Criadora do Juiz*. Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira e outros. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo. Saraiva. 1999.