



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
RAFAEL BACKES

**A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO POSSÍVEL HARMONIZADORA DOS
DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL**

Palhoça
2010

RAFAEL BACKES

**A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO POSSÍVEL HARMONIZADORA DOS
DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Batista da Silva, MSc.

Palhoça

2010

RAFAEL BACKES

**A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO POSSÍVEL HARMONIZADORA DOS
DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça (SC), 14 de junho de 2010.

Prof. e orientador João Batista da Silva, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Paulo Calgaro
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof (a). Andréia Catine Cosme
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO COMO POSSÍVEL HARMONIZADORA DOS DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça (SC), 14 de junho de 2010.

Rafael Backes

Dedico este trabalho a todos os colegas de estudo, bem como aos demais apaixonados pelo Direito e às pessoas que tiveram paciência em me aturar durante a feitura desta pesquisa.

“O direito é como uma metáfora posta ao serviço da justiça” (José Puig Brutau).

RESUMO

No presente trabalho estuda-se, através do método de pesquisa dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, uma idéia geral de Crise do Direito Moderno, as questões que a originou, os problemas ocasionados e possíveis soluções. O tema apresenta alta carga de atualidade, pelo fato de que, contemporaneamente, observa-se a Crise no Direito Moderno, sentida pela **desvinculação** entre o **discurso social** e o **discurso positivo**. É nesse cenário que se observa, constantemente, a atuação de um Poder Judiciário mais ativo, criando o direito. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo institucional a conclusão de curso com requisito parcial para a obtenção do grau em Bacharel em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina. Outrossim, possui como objetivo geral de pesquisa identificar a desarmonia do discurso positivado do direito perante o discurso social, bem como suas causas, e propor uma solução, sendo que esta se resume a um maior ativismo judicial mediante a criação judicial do direito. O primeiro capítulo traz a noção introdutória, fixando e demonstrando toda a problemática, questionamentos e objetivos a serem tratados e resolvidos no decorrer do presente trabalho. O segundo capítulo, por sua vez, trata do nascimento da concepção positivista do direito até o seu auge e estado atual, pelo qual a idéia de direito e direito positivo se confundem, ocasionando o surgimento da Crise do Direito Moderno. O terceiro capítulo reformula os conceitos de lei, interpretação, normas, criação do direito, função judicial, entre outros, trazidos pela Dogmática Jurídica do juspositivismo. O quarto capítulo analisa as causas aparentes que levam o juiz a criar o direito no sentido “forte”. Finalmente, o quinto capítulo apresenta a conclusão e os resultados obtidos com o presente trabalho, ou seja, fixa-se uma teoria dialética de reforma do pensamento jurídico moderno, através do poder criador do direito pelo juiz, para, assim, superar o paradigma juspositivista gerador da Crise do Direito Moderno e promover uma harmonia entre os discursos positivo e social.

Palavras-chave: Escola da exegese. Direito positivo. Dogmática jurídica. Criação judicial do direito. Crise do direito moderno. Hermenêutica jurídica. Interpretação jurídica. Norma jurídica concreta. Discurso social e positivo. Paradigma Juspositivista-Exegético. Estado Moderno. Criação judicial “forte” do direito. Discricionariedade judicial. Poder Judiciário. Poder Legislativo. *Common Law*. *Civil Law*. Antinomias e lacunas. Ordenamento jurídico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DO DIREITO POSITIVO E OS SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO E ATIVIDADE JUDICIAIS	13
2.1 A ESCOLA CULTA E O IUS COMMUNE.....	14
2.2 A ESCOLA DA EXEGESE.....	18
2.3 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA.....	25
2.4 A “CRISE DO DIREITO” E A DESARMONIA ENTRE OS DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL.....	31
3 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E FUNÇÃO CRIATIVA DO JUIZ: A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA E A POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO ENTRE O DIREITO POSITIVO E O DISCURSO SOCIAL	35
3.1 O CONCEITO DE LEI, NORMAS JURÍDICAS E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL, PARA FINS DE HARMONIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA NORMATIVO E A REALIDADE SOCIAL.....	35
3.1.1 As correntes subjetivista (<i>voluntas legislatoris</i>) e objetivista (<i>voluntas legis</i>) e o legislador racional (dever-ser ideal).....	36
3.1.2 Os conceitos de lei, de norma jurídica e a crítica à busca da interpretação verdadeira, nos dizeres da doutrina da nova hermêutica jurídica.....	40
3.2 INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS JUÍZES E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA.....	43
3.3 A “DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL” E OS “LIMITES DA CRIAÇÃO JUDICIAL DA NORMA”.....	49
3.4 AS DISTINÇÕES ENTRE AS CRIAÇÕES LEGISLATIVA E JUDICIÁRIA DO DIREITO.....	54
3.5 A DESMISTIFICAÇÃO DA FIGURA DO LEGISLADOR E O FORTALECIMENTO DA FIGURA DO JUIZ NA PRODUÇÃO DO DIREITO.....	59
3.6 OS “GRAUS” DE CRIAÇÃO DA NORMA JUDICIAL.....	67
4 CAUSAS QUE LEVAM À OCORRÊNCIA DO FENÔMENO DA CRIAÇÃO “FORTE” DO DIREITO PELOS JUÍZES	70
4.1 A TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO MODERNO.....	70

4.2 O PROCESSO LEGISLATIVO E A SUA DIFICULDADE EM ACOMPANHAR AS REALIDADES SOCIAIS.....	75
4.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	82
4.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	88
4.5 AS LACUNAS E AS ANTINOMIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	93
4.6 A INFLUÊNCIA DO <i>COMMON LAW</i> NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO (<i>CIVIL LAW</i>).	97
5 CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho reside na área de epistemologia e hermenêutica jurídicas. Estuda-se, através do método de pesquisa dedutivo, uma idéia geral de Crise do Direito Moderno até questões relativas às soluções para os diversos microproblemas que originaram a aludida Crise, passando pelo estudo dos conceitos de lei, norma, função do magistrado - sua posição como ator no processo de criação do direito – para, assim, promover uma reformulação conceitual na Dogmática Jurídica com o intuito de gerar uma maior harmonia entre os discursos social e positivo.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, onde se apurará todo o conteúdo através da leitura de diversas obras e da jurisprudência de diversos tribunais.

O tema apresenta alta carga de atualidade, desaguando em diversas áreas como Epistemologia, Hermenêutica Jurídica, Dogmática Jurídica, Filosofia do Direito, Política Jurídica, Sociologia do Direito etc.

Ocorre que, contemporaneamente, observa-se um fenômeno que possui, segundo diversos autores e estudiosos, uma feição de Crise no Direito Moderno, que é a **desvinculação do discurso social** – esse compreendido como o que é considerado justo, importante, necessário para a sociedade, enfim o que a sociedade tem por valores e necessidades (demandas), esses padronizados num dado momento histórico – do **discurso positivo**, sendo esse, por sua vez, todo o ordenamento jurídico positivo e sistematizado através da produção legiferante monista do Estado. Através desse poder legiferante e monista, o Estado colhe e filtra os valores sociais e os transfere para o campo do Direito Positivado (por intermédio de procedimentos legislativos formais), ou seja, todo o arcabouço de normatizações, regras, condutas, deveres e direitos para serem aplicados imperiosamente à mesma sociedade.

Entretanto, tal mecanismo apresenta problemas, uma vez que há, como dito, uma certa desvinculação entre o social e o jurídico. O Direito Positivado não mais acompanha a sociedade, ou mesmo, possui vida própria, não mais estando a serviço desta, mas, sim, escravizando-a.

É nesse cenário que se observa, constantemente, a atuação de um Poder Judiciário mais ativo, criando o direito, sendo, inclusive, questionado por essa feição de legislador implícito que acabou assumindo.

Assim sendo, questiona-se se os dogmas e conceitos trazidos pela doutrina do Positivismo Jurídico/Dogmática Jurídica são os ideais para o papel de produção e aplicação do direito? A chamada Crise do Direito seria causada pelos dogmas juspositivistas? A reformulação dos dogmas e conceitos juspositivistas, trazendo como ator/intermediador principal o juiz, pode harmonizar o discurso positivo frente ao social? O juiz possui uma característica de criador do direito ao interpretar a lei? Nessa concepção ativa, criadora de direito, provocador de um novo sistema formal de produção do direito (criação judicial do direito), o juiz seria um legislador? Essas funções interferem num dos primados do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da separação dos Poderes? Efetivamente, essa criação judicial do direito é a solução para uma maior simetria entre o discurso positivado e o discurso social? Quais as causas que levam à ocorrência do fenômeno da criação judicial do direito?

Portanto, como visto, o tema se apresenta bastante atual, com diversas questões problemáticas que demandam soluções que, provavelmente, durarão anos até se consolidarem em uma nova corrente de pensamento concreta, num novo paradigma a ser quebrado.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo institucional a conclusão de curso com requisito parcial para a obtenção do grau em Bacharel em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina. Outrossim, possui como objetivo geral de pesquisa identificar a desarmonia do discurso positivado do direito perante o discurso social, bem como suas causas, e propor uma solução, sendo que esta se resume a um maior ativismo judicial mediante a criação judicial do direito.

Dentro desse objetivo geral, o trabalho de pesquisa desdobra-se em alguns objetivos específicos como procurar entender como e quando o discurso positivo (direito positivado) veio a se desvincular das demandas sociais, desvirtuando de seus propósitos iniciais. Observar como o papel da interpretação judicial e o próprio papel dos juízes foi sendo alterado paralelamente à batalha entre o direito positivo e o direito natural até ao atual estágio, passando o Judiciário a exercer um papel de submissão total ao direito positivado (a lei). Estudar os conceitos atuais de lei, normas e interpretação jurídica, pois tais conceitos, graças à concepção positivista atual, demonstram-se degenerados e escravizam os operadores do direito, bem como, principalmente, os juízes (aplicadores do direito) ao império cego da lei.

Diante disso, buscar, então, uma nova idéia de lei e norma, bem como, através da concepção doutrinária da nova hermenêutica jurídica, um novo conceito de interpretação jurídica, função judicial e criação do direito a fim de promover uma maior harmonia entre o discurso positivo e social, contornando a Crise do Direito Moderno.

Para abarcar e concluir os objetivos e questionamentos expostos, este trabalho monográfico foi dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo traz a noção introdutória, fixando e demonstrando toda a problemática, questionamentos e objetivos a serem tratados e resolvidos no decorrer do presente trabalho.

Quanto ao segundo capítulo, intitulado “Histórico do direito positivo e os seus reflexos na interpretação e atividade judiciais”, este trata do nascimento da concepção positivista do direito, sua dualidade com o direito natural, até o seu auge e estado atual, pelo qual a idéia de direito e direito positivo se confundem, através de um processo monista de criação jurídica pelo Estado. O aludido capítulo, então, promove o arcabouço histórico e básico para entender o surgimento da Crise do Direito Moderno, sentida pela desvinculação do discurso positivo frente às realidades e demandas sociais.

No que concerne ao terceiro capítulo, intitulado “Interpretação judicial e função criativa do juiz: a superação do paradigma juspositivista e a possível harmonização entre o direito positivo e o discurso social”, objetiva-se tratar e reformular os conceitos de lei, interpretação, normas, criação do direito, função judicial, entre outros, trazidos pela Dogmática Jurídica do juspositivismo. Demonstra-se que as leis são meros enunciados simbólicos, um guia para a produção de normas pelo intérprete. Analisa-se que o juiz, através do ato de interpretar a lei, está dotado de criatividade para produzir normas jurídicas; a lei com isso ganha uma nova idéia e função para o sistema jurídico e para a sociedade civil, permitindo flexibilização e atualização normativa, gerando uma maior harmonização entre o direito positivado e as demandas sociais. Analisa-se o conceito de criação do direito pelos juízes, inclusive, o seu sentido “forte”.

O quarto capítulo dotado do título de “Causas que levam à ocorrência do fenômeno da criação ‘forte’ do direito pelos juízes” colhe e aproveita o que foi elaborado nos capítulos antecedentes e analisa as causas aparentes que levam a uma desarmonia dentro do próprio sistema positivo-jurídico, bem como entre esse e as demandas sociais. Demonstra-se como o papel criador do juiz em relação à produção concreta (e, às vezes, abstrata) de normas visa conter as celeumas e desarmonias existentes entre os discursos positivo e social. Trata-se da ocorrência do fenômeno criativo dos juízes, enfatizando que tais ações são resultado de um trabalho muitas vezes inconsciente sem predeterminação dos juízes, como causa e efeito, ação e reação às anomalias no sistema.

Finalmente, o quinto capítulo apresenta a conclusão e os resultados obtidos com o presente trabalho, fixando uma teoria dialética de reforma do pensamento jurídico moderno, superando o paradigma juspositivista gerador da Crise do Direito Moderno, consubstanciada na desarmonia entre os discursos positivo e social.

2 HISTÓRICO DO DIREITO POSITIVO E OS SEUS REFLEXOS NA INTERPRETAÇÃO E ATIVIDADE JUDICIAIS

O presente Capítulo visa, através de um breve apanhado histórico, tratar do nascimento do positivismo jurídico até o seu clímax, no momento em que o direito é produzido de forma monista pelo Estado moderno. Paralelamente a essa questão estuda-se a figura da atividade judicial ligada à interpretação jurídica – mais precisamente, a interpretação do texto legal - suas várias facetas, constantemente modificadas conforme a influência exercida pelo positivismo jurídico e as ideologias de cada escola clássica do direito entre os séculos XV e XIX até a conjectura atual.

Por oportuno, cumpre salientar que o positivismo jurídico pode ser conceituado atualmente como “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”. Significa dizer que o legislador é quem decidirá se algo constitui ou não direito. Trata-se de uma concepção de direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Assim, por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonismo[...] (BOBBIO, 1995, p. 26).

Vencidas essas considerações conceituais, passa-se ao estudo histórico iniciando-se no Império Romano, vez que o “processo de monopolização da produção jurídica por parte dos Estados modernos encontra um grande precedente na compilação de Justiniano.

Destaque-se que o direito romano, era formado praticamente pelos costumes sociais (*mores*), juntamente com a jurisdição pretoriana, bem como segundo a elaboração dos jurisprudentes, tudo isso compilado por Justiniano no *Corpus juris civilis*, de modo que tais normas perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe. Desenvolve-se, assim, o embrião do positivismo jurídico, ou seja, “considera-se o direito romano como um direito imposto pelo Estado – mais precisamente, pelo Imperador Justiniano, através de uma espécie primitiva de *Codex*. (BOBBIO, 1995, p. 30)

Já na Idade Média está-se diante de uma sociedade pluralista, tendo cada grupo social seu direito próprio: havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou *civitates* (dito 'direito estatutário', porque os atos que o constituíam chamavam-se

'estatutos'), o direito dos 'reinos', todos subordinados ao direito romano (*jus commune*), assim como todas as instituições e organizações sociais eram submissas ao Império Romano. Nesse momento, o direito romano difundiu-se com o nome de 'direito comum' (*jus commune*), conectando-se à definição de direito natural dada pelos gregos (*koinói nómoi*, segundo a expressão aristotélica) e pelos romanos (*jus gentium*), como direito comum a todos os povos (BOBBIO, 1995, p. 30-31).

2.1 A ESCOLA CULTA E O *IUS COMMUNE*

O *ius commune* (direito comum) vigeu durante os séculos XV e XVIII em todo o território da Europa Ocidental.

Esse direito era fruto de diversos estudos realizados por juristas em face do direito romano, tendo fortes influências do direito consuetudinário, sendo regido pela tradição da jurisprudência romana, se adaptando às realidades e costumes locais (NOJIRI, 2005, p.32).

A essa tendência de restauração de textos clássicos do direito romano deu-se o nome de Escola Culta, que agrupava próceres de uma tendência que desejava restaurar os textos jurídicos clássicos da antiguidade romana, escoimando-os das glosas e comentários medievais. Procuravam outorgar primazia ao estudo das fontes do direito nacional ao lado da vertente axiomática do direito romano. Os humanistas destacavam, desse modo, princípios racionais como, por exemplo, *neminem laedere* – não prejudicar ninguém, e *pacta sunt servanda* – os pactos devem ser respeitados (TUCCI, 2004, p. 189).

Nojiri (2005, p. 33), evocando magistério de Tarello (1988), ensina que:

[...] a expressão *ius commune* tinha por referência um direito que era, sobretudo, *positivo* por “permissão dos princípios” e, também, *vigente* por “consenso e uso dos povos” e, por último, *residual* ou *subsidiário*, de maneira que pudesse ser utilizado nos casos de ausência de regras “mais próximas”. Positivo [...] era a *lex romana*, o material legislativo herdado e aceito por Roma. Vigente por consenso e uso dos povos, nada mais é do que o direito consuetudinário, de caráter mais conservador, já que se volta para o passado, buscando nos costumes, já culturalmente arraigados, parâmetros de comportamento. Já o direito residual era aquele que se aplicava às mais diversas espécies de relações jurídicas, salvo as derogadas por qualquer lei particular (como as leis locais, as leis aplicadas a específicas pessoas ou a bens particulares, bem como as leis aplicadas a tipos especiais de contratos), graças ao fato de que cada território dava lugar a regras consuetudinárias diversas.

Neste viés, cumpre destacar que o direito comum possuía uma aplicação diversa dependendo da região, da época ou da matéria em que era utilizado, gerando inúmeras ordens jurídicas diferenciadas. A essa fase deu-se o nome de regime do *particularismo jurídico* (NOJIRI, 2005, p. 34). “Nesse regime de particularidades, além de a aplicação do direito depender da posição social do sujeito (nobreza, clero ou povo) ou da qualidade do bem que se colocava à discussão, havia inúmeras ordens jurídicas vigentes em um mesmo espaço territorial” (NOJIRI, 2005, p. 35)¹.

Entretanto, com o passar do tempo, devido à imensa “diversidade de ordenamentos existentes, desenvolveu-se uma situação de incerteza jurídica, da qual não se sabe ao certo que regra deve ser aplicada ao caso concreto” (NOJIRI, 2005, p. 34).

Ligado a isso, a atividade forense da época também enfrentava sérias complicações, dado o imenso número de ordenamentos jurídicos vigentes, bem como jurisprudências romanas, utilizados como fonte de direito.

Sobre o tema, afirma Tucci (2004, p. 190) que,

[...] a atividade forense desenvolvida nos países da Europa continental conhecia grande desorganização e insegurança, devidas ao excesso de correntes doutrinárias e à morosidade da tramitação do processo, causada pelo rito solene ditado pelas *ordines iudicarii* medievais. Os tribunais também apresentavam complicada organização interna, inerente à variedade de juízos, fator que ensejava imensa desconfiança na justiça.

Devido a tal nefasto quadro histórico, no início do século XVIII, iniciou-se um movimento de racionalização tanto dos ordenamentos jurídicos quanto dos tribunais existentes até então.

No âmbito do sistema forense da época, desenvolveu-se uma “obstinada reação visando a uma reforma judiciária que pusesse termo ao 'despotismo dos tribunais', creditando exclusivamente aos legisladores a tarefa de interpretar a lei obscura” (HESPANHA, 1998, p. 165).

Com efeito, a pluralidade de jurisdições regionais causava múltiplas interpretações divergentes dos textos do direito comum, das leis e costumes gerais, e, ainda, de estatutos particulares. Sendo assim, pouco a pouco foram instituídos tribunais

¹ “Na França pré-revolucionária, por exemplo, coexistiam sistemas jurídicos distintos, provenientes do direito romano, da legislação romano-barbárica, do direito feudal e do direito consuetudinário de origem germânica. A única diferença era que, conforme a região (norte ou sul), prevalecia uma fonte ou outra” (NOJIRI, 2005, p. 35).

centralizados, investidos da precípua função de unificar o direito: um Estado, um único direito! (TUCCI, 2004, p. 192).

Tucci (2004, p. 192), citando Coing (1996), salienta que com a criação destas cortes centralizadas determinou-se o fim da dependência e submissão da justiça à ingerência política dos soberanos, pois antes de sua instalação, a última decisão em questões de natureza jurídica cabia aos conselheiros do príncipe, que era o detentor da jurisdição suprema.

Tucci (2004, p. 192), trazendo escólio de Gorla (1970), ensina:

Aduza-se, sob tal aspecto, que na dialética entre “jurisprudência” e “lei”, ou melhor, entre tribunais e legisladores, que conotou esse relevante momento histórico, é de considerar-se um “difuso poder de veto” sobre a legislação, poder este que defluía das diversas cortes supremas (e que, nos dias atuais, vem concretizado no controle direto de constitucionalidade das leis).

Essas cortes supremas possuíam competência recursal em relação às jurisdições inferiores e, ao longo dos anos, passaram a vincular-se aos seus próprios precedentes, iniciando um movimento de uniformização na interpretação e aplicação do direito (TUCCI, 2004, p. 192).

Acerca do tema, Tucci comenta (2004, p. 195):

[...] diante da nova proposta em busca da segurança jurídica, ficou assentado que se considerava *consuetudo* ou *stylus iudicandi* quando houvesse dois julgamentos no mesmo sentido (*binæ iudicaturæ*), a revelar o costume do respectivo tribunal de decidir análoga questão trilhando idêntica orientação. Nessa época, se a sentença contrariasse o precedente dos tribunais era ela considerada *iniusta*, e, portanto, determinava-se aos órgãos judiciais superiores o dever institucional de anulá-la.

Todavia, os precedentes jurisprudenciais eram considerados fontes subsidiárias de direito, devendo ser utilizados “nas situações em que a lei apresentasse lacuna, por incidência do princípio *in claris non fit interpretatio*”² (TUCCI, 2004, p. 196).

Mesmo com o advento dos tribunais centralizados, a problemática da insegurança jurídica ainda prevalecia, pois as decisões dos tribunais se utilizavam dos diversos ordenamentos jurídicos existentes até então.

Com o fito de acabar com a insegurança jurídica que imperava, ante a proliferação de ordenamentos jurídicos diversificados, buscou-se a criação de um sistema normativo mais racional e unitário.

² Pode traduzir-se esse brocardo da seguinte forma: “Diante da clareza, não há necessidade de interpretação”.

Para que se efetivasse a criação de um sistema normativo racional, mais concentrado, centralizado e objetivo, era necessário que tais atos normativos fossem emanados por um centro unitário, que pudesse exercer um alcance, quase que universal, perante um povo de certa região.

E esse poder unitário de produção legiferante veio a existir graças ao enfraquecimento e a posterior queda do Império Romano, com a fragmentação dos povos abrangidos pelo território deste em diversos reinos e comunas.

Sucessivamente, pouco a pouco, os *civitates* (as comunas) proclamaram a sua autonomia e independência do Império. Declararam-se *jurisdictionem habentes* (dotados do poder de criar o direito), definiram-se como reinos *sibi principes* (para significar que eram independentes do “príncipe” – por antonomásia, o Imperador) (BOBBIO, 1995, p. 32).

Estava armado, portanto, o campo para a centralização da produção legislativa estatal. De fato, o Estado moderno, como acentua Nojiri (2005, p. 35), citando Viola e Urso (1989),

era o candidato mais natural, enquanto tendente, de um lado, a uma concentração de poder mais acentuada, de outro lado, a fazer com que a relação entre tais poderes e os sujeitos a ele submetidos se configurasse como jurídica, ou seja, regida por regras jurídicas bem determinadas. A concentração política não podia deixar de lado a dimensão jurídica e se traduz no *monopólio da produção jurídica*.

Bobbio (1995, p. 32) destaca que, nesse período, cria-se um conflito entre o *jus commune* e o *jus proprium* e

neste conflito o direito posto pelo ente político organizado (comuna ou reino, isto é, Estado) pouco a pouco prevalece sobre o primeiro (aquele que evoca formalmente a autoridade do Império), até a afirmação final segundo a qual o direito comum tem vigor e é aplicável apenas com a “*permissione principis*”, isto é, apenas quando seja aprovado pelo soberano: neste estágio, todo o direito reduz-se a direito do Estado.

O direito próprio (*jus proprium*) veio a prevalecer, portanto, sobre o direito comum (*jus commune*) em virtude do fortalecimento do Estado moderno e da concentração monista nas mãos deste no que atina à produção legiferante.

A absorção do direito comum pelo direito próprio deu-se de forma fulminante com o advento das codificações das leis escritas, efetivando-se, assim, a tão almejada racionalização do sistema jurídico, surgindo a convicção de que todo o sistema jurídico deveria ser reduzido às leis do Estado (NOJIRI, 2005, p. 37). “O período representado pelo direito comum foi suplantado por um sistema de normas simplificado, derivado de uma única

fonte (estatal), fácil de ser acompanhado pelo cidadão comum que teve, a partir daí, a regra de conduta veiculada em um único documento escrito” (NOJIRI, 2005, p. 37).

Bobbio (1995, p. 32), numa análise contextual, sintetiza o aludido quadro histórico:

Se considerarmos a maneira pela qual se chega à afirmação do direito como posto pelo Estado, seja no Império Bizantino, seja na monarquia do século XVII, notamos que este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto [...]

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII/ princípio do século XIX) através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito.

Destarte, esse expressivo apego ao legalismo culminou no declínio da jurisprudência e da atividade judicial, dando origem ao maior culto “místico” ao positivismo já visto pela história jurídica ocidental, cuja bandeira foi erguida pela Escola da Exegese.

2.2 A ESCOLA DA EXEGESE

Em um cenário construído pelos ideais jurracionalistas, que embasaram toda a ciência natural do século XVIII (século das luzes) e com o notório “fortalecimento da idéia da separação dos poderes, colocada à prova após as revoluções dos Estados Unidos da América (1776) e da França (1789)” (TUCCI, 2004, p. 197), origina-se a ascensão do positivismo jurídico e o surgimento, no âmbito da interpretação jurídica, da Escola da Exegese.

Como salienta Hespanha (1998, p. 172-173):

Diante dos dogmas democráticos então consagrados deveriam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição. Assim, no plano das fontes do direito, esse paradigma elevava a lei parlamentar – a expressão da 'vontade geral' – à dignidade de fonte primeira, se não única, de direito.

Perante a lei, a jurisprudência deveria ceder, certamente para evitar qualquer dúvida quanto ao monopólio da função legislativa que deveria ser exercitada exclusivamente pelo poder legislativo, sem ingerência de qualquer outro, em particular do poder judicial.

A vontade geral do povo era consubstanciada no código, sistema normativo emanado pelo parlamento – instituição representante do povo -, trazendo consigo “a idéia, típica do iluminismo, de que a lei deveria, do ponto de vista político, eliminar o despotismo e

o arbítrio e, do ponto de vista jurídico, acabar com a incerteza e os privilégios” (NOJIRI, 2005, p. 38).

Hespanha (2004, p. 197) explica a importância dos códigos no contexto da época:

Uma coisa e outra contribuía para lhes dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles, não podiam valer quaisquer outras fontes de direito. Não o direito doutrinal, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado nos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceite pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova. Não o direito jurisprudencial, porque aos juizes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de o aplicar (poder judicial) A lei – nomeadamente, esta lei compendiada e sistematizada em códigos – adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito.

Nesse aspecto, fica clara a influência exercida pelos ideais trazidos pelas Revoluções Americana e Francesa, ou seja, a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade, que visavam impor um fim ao absolutismo (antigo regime), com seu tradicionalismo, privilégios à monarquia em detrimento de um povo submisso, insegurança jurídica, e fonte divino-tradicional de direito.

As leis, concretizadas em um sistema normativo fechado, chamado código, tinham como objetivo legitimar o poder legislativo como o exclusivo produtor legiferante e representante do povo. Essas leis produzidas deveriam possuir uma linguagem clara e objetiva para que não pudessem ser corrompidas por eventuais intérpretes, evitando qualquer privilégio ou favoritismo.

Nojiri (2005, p. 38), evocando lição de Viola e Urso (1989), comenta a respeito:

Oportuno lembrar dois aspectos mais marcantes retirados do conceito de lei daqueles tempos e que até hoje se impõem firmemente: o da generalidade e o da abstração. Uma lei é geral ao não se destinar a uma única pessoa e abstrata ao não prever uma única ação concreta. Generalidade e abstração são, portanto, duas características fundamentais da lei jurídica, características com as quais se objetiva realizar um valor ético e político (igualdade) e combater um desvalor social (incerteza e insegurança). Além disso, a lei deveria ser clara e precisa. Essas características visavam estabelecer uma conexão direta entre legislador e cidadão, sem que houvesse a intervenção do intérprete da lei que poderia, com uma função criativa, “corromper” a lei (Voltaire costumava dizer que “interpretar uma lei é, quase sempre, corrompê-la”). [...] Como é possível observar, todas essas características das normas codificadas, aliadas ao fato de serem escritas e públicas, objetivavam: (a) a *igualdade perante a lei*, derrubando antigos privilégios que eram mantidos em favor de determinadas classes; e (b) a *certeza do direito*, com a eliminação de textos legais de conteúdo impreciso, acessível a poucos iniciados.

No ano de 1804, em França, foi consolidado o *Code civil des français*, cujo nome foi alterado posteriormente, em 1807, para “Código de Napoleão”, tornando-se o principal compêndio legislativo da época moderna.

O referido *Code* surgiu durante o regime de Napoleão Bonaparte, que veio ao poder após um golpe de estado iniciado em 1799.

O Código napoleônico unificou o direito privado francês, concretizando todos os ideais da Revolução Francesa (1789) em um sistema normativo fechado. Com efeito, nesse momento histórico, havia a necessidade de criação de leis baseadas na razão, não mais pelo particularismo feudal do antigo regime. Era perceptível, portanto, um anseio geral por leis que auxiliassem na construção de uma nação única e indivisível (NOJIRI, 2005, p. 45).

Nesse viés, Hespanha (2005, p. 380) assevera que

[...] a idéia de um código “civil” geral (*i.e.*, dos cidadãos) reflecte o *pathos* da ideia de igualdade dos cidadãos, típica dos novos Estados pós-revolucionários, igualdade que os códigos pretendiam garantir justamente pela sua generalidade e pela estrita subordinação dos juizes aos seus preceitos. Por outro lado, a ideia de um código, compacto, organizado e claro, visava facilitar a democratização do direito, pela generalização do seu conhecimento, evitando, deste modo, que os juristas tivessem que ser os mediadores forçosos entre o direito e o povo.

Com o advento do Código de Napoleão, surgiu, entre os juristas da época, um movimento encarregado de estudá-lo, interpretá-lo e ensiná-lo. No seio deste grupo de juristas, cujos principais expoentes foram A. Proudhon, Duranton, Demolombe, foi “desenvolvida uma técnica própria de interpretação de leis, com características tão marcantes que obteve o epíteto de “escola”, mais precisamente *école de l' exegese* [Escola da Exegese]” (NOJIRI, 2005, p. 48).

Nojiri (2005, p. 48) leciona acerca da Escola da Exegese:

A escola exegese, como é cediço, é a designação que recebeu um grupo de civilistas franceses e belgas dedicados a estudar e a ensinar, com metodologia própria, no século XIX, o Código napoleônico.

[...] Em síntese, pode-se afirmar que o que caracterizava a escola da exegese era sua técnica de interpretação, de um exacerbado positivismo legalista, que entendia que a interpretação confundia-se com a mera exegese literal do texto legal.

Segundo os adeptos dessa corrente de pensamento, o fim último do jurista é o de *desvendar* o significado da lei, segundo um método *declaratório*, já que era traço característico dessa escola a convicção de que no sistema legal já estava implícito algo que competia ao intérprete tornar patente ou *explícito*, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes. Explicar as palavras do legislador, revelar toda a sua ressonância, mas subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum, era a função do jurista, conforme essa tendência doutrinária.

Diniz (1995, p. 46) destaca que, segundo o pensamento desta Escola, a “lei e o direito constituem uma mesma realidade, pois a única fonte de direito é a lei e tudo o que estiver estabelecido na lei é direito”.

Este contexto histórico, construído pelos ideais ainda fumegantes da Revolução Francesa, fez surgir um dogma basilar do pensamento exegético, decorrente do apego ao positivismo, qual seja, a crença na onipotência das leis.

Neste viés, acrescenta Nojiri (2005, p. 51):

O Código Civil francês, à época de sua promulgação, levou a quase totalidade dos civilistas à ilusão de que *todas* as respostas para os problemas jurídicos do cotidiano encontravam-se em seu bojo. Por ser considerado como obra mais perfeita de codificação já realizada até então, reunindo todo o direito privado existente em um único documento, entendeu-se que a tarefa dos juristas resumia-se na exegese literal dos artigos do código. Decorre daí o dogma da onisciência, da omnicompreensão e da onipotência das leis.

Esse dogma nasceu do culto ao positivismo, que visava eliminar a insegurança e a incerteza jurídicas.

Acreditava-se que o Código Civil francês pudesse prever todas as situações fáticas possíveis, encontrando uma resposta (solução) para todos os conflitos que, eventualmente, surgissem na sociedade.

O art. 4º, do *Code Civil* francês, ilustrava o quão forte era a crença à onipotência da lei, prescrevendo que “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (NOJIRI, 2005, p. 52).

Deste dispositivo, os intérpretes exegéticos do Código Civil extraíram um método hermenêutico próprio da Escola da Exegese, qual seja, a busca da “vontade do legislador”.

Nesses termos, “o art. 4º serviu para demonstrar quão completo é o sistema (carente de lacunas), uma vez que eventual controvérsia de fato teria de ser resolvida, sempre, a partir de postulados insertos na própria lei, mesmo que fazendo uso de uma hermenêutica baseada na *intenção do legislador*” (NOJIRI, 2005, p. 52, grifo do autor).

Bobbio (1995, p. 87) discorre acerca da busca da “vontade do legislador”:

Se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo e todas técnicas hermenêuticas [...].

Diante deste quadro de culto total à lei, de uma interpretação jurídica literal dos dispositivos contidos no código e diante da busca da vontade do legislador, o papel dos juízes se reduziria a um caráter subsidiário, meramente mecânico, ou seja, de apenas reproduzir, no

caso concreto, o comando normativo de forma literal, sem qualquer “criatividade” (subsunção).

A respeito do tema discorre Nojiri (2005, p. 51):

Assim, não cabia ao intérprete ir além ou aquém da norma escrita ao defrontar-se com um problema concreto. Não lhe caberia elaborar soluções à margem do Código. Em obediência à *certeza do direito* e ao *princípio da separação dos poderes*, valores ideológicos fundamentais na manutenção da escola exegética, a interpretação e a aplicação da lei deveriam conformar-se com o textualmente disposto na norma, que nada mais era do que a própria vontade estatal. A doutrina e os juízes, nesses termos, tinham um papel menor, já previamente ancilar, subsidiária, já que tudo estava previsto nos códigos.

E continua o mesmo jurista (2005, p. 53):

A busca da “vontade do legislador”, compatível com o culto ao texto da lei codificada, serve para reforçar o primado da separação dos poderes e da segurança jurídica, na medida em que proíbe a interpretação “criativa” dos doutores e dos tribunais, que deveriam limitar-se a encontrar o “espírito da lei”, que nada mais era do que um ato do Poder Legislativo revelado mediante palavras. Nessa perspectiva, ficava de fora qualquer alusão a elementos estranhos aos textos legais, como a justiça natural ou a equidade, por exemplo. A vontade do legislador, a ser descoberta, deveria ser uma manifestação do poder estatal.

Hespanha (2005, p. 379) também destaca o caráter subsidiário da doutrina e da jurisprudência durante esse momento histórico:

Perante esta evolução, à doutrina apenas restava um papel ancilar – o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.

Esta supremacia estrita da lei sobre a doutrina e a jurisprudência já fora proposta por Montesquieu, para quem os juízes deviam ser “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor dela” (*Esprit des lois*, XI, 6). Mas, com o advento da Revolução, da legitimidade política que ela trouxera à lei e da desconfiança que lhe é característica quanto ao corpo dos magistrados e dos juristas, a ideia do primado da lei ganha tanta força que chega a levar à pura e simples proibição da interpretação, obrigando os tribunais a recorrerem ao legislativo sempre que entendessem necessário interpretar uma lei (*référé législatif*, lei francesa de 24 de agosto de 1790).

Hespanha (2005, p. 379), citando Montesquieu (*Esprit des lois*, XI, c. 5, [s.d.]), idealizador da teoria da separação dos poderes e pregador da função mecânica do juiz na aplicação da lei, asseverava:

Não há qualquer liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Se ele estivesse conexo com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse conjunto com o poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Esta ideologia cultivada por Montesquieu, na qual os juízes possuem um papel submisso à lei, não passando de meros aplicadores dessa, é facilmente explicada, ante o poder dado à magistratura durante o Antigo Regime (*Ancien Régime*).

Dallari (1996, p. 14) traz breve relato acerca da magistratura no período do Antigo Regime:

Nessa fase histórica, referida pelos teóricos franceses como *ancien régime*, o ofício dos juízes, que integravam os *Parlements*, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação jurídica das casas e das terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesmo alugada a alguém quando o proprietário[...] a magistratura correspondia ao que modernamente se classificaria como serviço público, mas os magistrados sentiam e agiam como se exercessem atividade privada, pois eram proprietários dos cargos e vendiam ao povo a prestação jurisdicional. Uma das conseqüências dessa ambigüidade era que, muitas vezes, deviam decidir controvérsias em que eram partes o poder público e um particular, sendo este um aristocrata ou grande proprietário. Quando davam proteção a um particular contra abusos de servidores públicos ou, então, decidiam contra o poder determinado litígio, despertavam a ira dos governantes, que viam esse fato como interferência dos juízes nos assuntos do Executivo ou do Legislativo, prejudicando o interesse público. Por outro lado, quando e onde se teve um juiz decidindo as controvérsias entre particulares, como delegado do rei, a parte perdedora geralmente considerava abusiva a decisão e acusava o juiz, não o rei, de estar praticando violência.

Por todas essas características, os magistrados acabaram sendo vistos com temor e desconfiança pelos particulares que, a qualquer momento, poderiam ser envolvidos num litígio, tendo de pagar muito caro pela interferência do juiz. Mas também os que participavam do governo ou das atividades políticas viam os juízes como pessoas perniciosas, que se interessavam mais por seus proveitos pessoais do que pelo direito, pela justiça ou pelo bem do povo. Tudo isso contribuiu para que a Revolução Francesa punisse muitos juízes e procurasse adaptar o Judiciário aos princípios republicanos e ao sistema de separação de Poderes.

A concepção da submissão do juiz à literalidade da lei fez com que se acolhesse, na doutrina jurídica do século XIX, a “idéia do silogismo judicial – que entendia que a decisão do juiz deveria partir de duas premissas para se poder chegar a uma conclusão -” (NOJIRI, 2005, p. 53).

Nojiri (2005, p. 53) explica a idéia do silogismo judicial no pensamento exegético:

Naqueles tempos, dizia-se que a sentença, na sua formação, se apresentava como um silogismo, do qual a premissa maior é a regra do direito e a menor a situação de fato, permitindo extrair, como conclusão, a aplicação da regra legal à situação factual. Considerando que para a escola da exegese o importante era manter-se fiel à letra da

lei e que a função jurisdicional consistia em um ato mecânico de interpretar, é fácil entender porque a concepção da sentença como silogismo acomodou-se tão bem no método exegetico.

Todavia, com o passar do tempo e a constante evolução tecnológica, que culminou em uma maior complexidade das relações sociais e políticas, os dogmas basilares da Escola da Exegese foram aos poucos enfraquecidos até sucumbirem.

Nojiri (2005, p. 55) analisa a queda do dogma da onipotência da lei:

Como era de se esperar, o tempo demonstrou a fragilidade da tese segundo a qual todas as possíveis hipóteses legais estavam previstas no Código de Napoleão. As diversas relações interpessoais, modificadas pelo desenvolvimento social, tecnológico e cultural, exigiam novas soluções que a ordem jurídica vigente não teria condições de oferecer.

Hespanha (2005, p. 381) vai além, indicando outros motivos que levaram à queda dos dogmas sustentados pela Escola da Exegese:

A aceitação da lei como produto da vontade do povo pressupunha a transparência democrática do Estado, ou seja, que a lei fosse, de fato, a expressão, tanto quanto possível, direta da vontade geral dos cidadãos. Ora, o caráter restrito da base social das democracias representativas, a partidocracia, a manipulação da vida política pelos governantes, a erupção da mediação dos burocratas, destruíram estes pressupostos. Com o progressivo alargamento do universo dos cidadãos em contato com o direito oficial, torna-se mais evidente que este é uma ordem estranha às convicções sociais de justiça.

Paralelamente, a progressiva complexificação e tecnificação do discurso legislativo destruíram esse ideal de colocar, por meio de leis claras e códigos sintéticos, o direito ao alcance do povo.

Analisa, ainda, o mesmo autor:

Deve ainda acrescentar-se que as correntes exegeticas limitaram bastante a inovação a doutrinal, sobretudo se fizermos a comparação com os períodos anteriores. A inovação só podia provir de modificações da vontade política, e esta competia exclusivamente ao legislador. [...] Este mesmo fato, depositando o direito na vontade sempre mutável dos legisladores, convida a soluções dependentes das maiorias parlamentares, nem sempre muito amadurecidas e frequentemente inspiradas por uma arrogância legislativa pouco atenta aos limites da regulação social por meio da lei. A lei banaliza-se e tornar-se efêmera. O poder político substitui-e à autoridade científica como fundamento da legitimação do direito. Este fica dependente das maiorias parlamentares, tornando-se perigosamente vizinho da política. Tudo isso dá origem a uma perda de prestígio do direito, quando não uma desconfiança em relação a ele, induzidas ambas pelo desprestígio da política e desconfiança que ela progressivamente suscita (HESPANHA, 2005, p. 382).

Portanto, com as constantes modificações na sociedade do século XIX e as inúmeras críticas de outras tendências doutrinárias ao pensamento exegetico, os sustentáculos

que erguiam a Escola da Exegese vieram a sucumbir, dando lugar a outros movimentos históricos.

2.3 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA

No entanto, no início do século XX, tendo Hans Kelsen (1881-1973) como o principal expoente, o positivismo jurídico novamente ganha força, encontrando seu auge na cultura jurídica contemporânea.

Tal movimento apresenta características anti-sociológicas, motivadas pela excessiva dissolução do direito no discurso sociológico provocada pelas concepções oriundas do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos Conceitos e Jurisprudência dos Interesses).

Kelsen parte de um ideal de “purificação” do direito, praticamente fundando a Ciência do Direito através de sua obra mais famosa, denominada “Teoria pura do direito” (*reine Rechtslehre*) (HESPANHA, 2005, p. 426).

O aludido jurista elevou ao extremo tal purificação, considerando “o direito como um especial sistema de normas, cujo fundamento não estava noutros sistemas normativos, como a religião ou a moral; mas também não estava na ordem dos fatos [...]” (HESPANHA, 2005, p. 426).

A multiplicidade de utilização de conceitos de diferentes naturezas oriundos das escolas alemãs de vertentes sociológicas levou Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Esta dimensão seria a *normativa* (FERRAZ, 1986, p. 37)

A respeito do sistema normativo proposto por Kelsen, salienta Hespanha (2005, p. 426):

[...] uma norma jurídica não teria vigência por ser moral ou útil, mas porque e apenas porque é uma norma jurídica, *i.e.*, conforme ao direito. Se conforme ao direito é, afinal, ser obrigatória em virtude do comando de uma norma superior. Daí que o direito constitua uma pirâmide normativa (*Stufentheorie*), no topo da qual se encontra a Constituição. Mas como a própria Constituição carece de fundamento jurídico, a construção teórica de Kelsen obriga a pressupor uma “norma fundamental” (*Grundnorm*), que valida a Constituição, e cujo conteúdo poderia ser

assim formulado - “Toda a norma jurídica legítima (*i.e.*, estabelecida de acordo com o direito) deve ser observada”.

Kelsen apresentava uma divisão em relação ao sistema normativo, compreendida em sistema normativo estático e sistema normativo dinâmico. Sendo que o “sistema estático [...] caracteriza-se por demonstrar a validade do ordenamento jurídico, enquanto o sistema dinâmico refere-se à criação do direito” (NOJIRI, 2005, p. 72).

Nojiri (2005, p. 72), citando Kelsen (1992), leciona:

[...] o sistema de normas jurídicas, na lição de Kelsen, é do tipo dinâmico, ou seja, as normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente; elas são válidas porque foram criadas por uma autoridade que, segundo a Constituição, tem competência para editar normas jurídicas (criar direito). Por essa razão afirma categoricamente: ‘Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso’.

Segundo o próprio Kelsen (1992, p. 129) o “direito regula sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma”. Sendo assim, “A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior” (KELSEN, 1992, p. 129).

E o mesmo autor conclui que

A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade (KELSEN, 1992, p. 129).

Como salienta Nojiri (2005, p. 73):

A idéia de um sistema normativo do tipo dinâmico possibilita a Kelsen romper com a escola da exegese, uma vez que ele entende que a produção normativa desencadeia-se em normas de hierarquia superior que concedem às normas de hierarquia inferior competência normativa para inovar a ordem jurídica. Essa rede de produção normativa, realizada mediante atos de vontade, implica opções hermenêuticas diversas, não redutíveis a uma única solução possível. Segundo Kelsen, não há instrumento lógico dedutivo que possa revelar qual o conteúdo correto que uma norma tem de possuir. A questão não é de caráter *técnico-jurídico*, mas *político-jurídico*.

Todavia, a norma de escalão superior ao determinar o conteúdo e demais comandos à norma inferior não pode esvaziar toda a competência normativa desta, para isso, Kelsen elaborou um sistema metafórico, criando uma comparação onde ele se utilizou da imagem de uma moldura. Vejamos o que o próprio autor discorre acerca do assunto:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (KELSEN, 1994, p. 388).

Observa-se que há a negação, por parte do jurista, da existência do dogma exegético da “busca da verdadeira e única vontade do legislador na lei”, pois, segundo Kelsen (1994, p. 390-391):

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente.

Interessante salientar, ainda, que para Kelsen a decisão judicial consistia em uma norma jurídica, inferior e de cunho específico (individual), fazendo parte do sistema de produção (criação) do direito.

Nesses termos, é a lição do jurista austríaco:

Não há dúvida que o direito não consiste apenas em normas gerais. O direito inclui normas individuais, i.e., normas que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação irrepetível e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser aplicadas apenas uma vez. Tais normas são 'direito' porque são partes de uma ordem jurídica como um todo, exatamente no mesmo sentido das normas gerais com base nas quais elas forma criadas (KELSEN, 1992, p. 42).

O estabelecimento de uma norma individual, segundo o jurista, “representa apenas um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, por meio da legislação e do costume, até a decisão judicial, num processo de individualização e concretização sempre crescente” (KELSEN, 1994, p. 263).

Sendo assim, a decisão judicial é resultado da escolha de diversas opções interpretativas que o ordenamento jurídico oferece ao intérprete (nesse caso o juiz) constituindo-se, ao aplicar-se a determinado caso concreto, em norma individual no processo simultâneo de interpretação, aplicação e criação do direito.

Nojiri (2005, p. 76) comenta a respeito:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é a chamada por Kelsen de interpretação *autêntica*. Ela difere da *interpretação científica*, de pura determinação cognoscitiva. Na interpretação feita pelos juízes, por exemplo, a aplicação do direito combina-se com um ato de vontade em que há uma escolha entre as várias possíveis, produzindo-se uma norma de escalão inferior, a sentença. A decisão judicial, portanto, é pura criação de direito, já que, [...] Kelsen entendia que a criação do direito é, ao mesmo tempo, aplicação do direito, consequência imediata do fato de que todo ato criador do direito é determinado pela própria ordem jurídica.

Entretanto, a partir das concepções formuladas por Kelsen, o Direito Positivo acabou tomando proporções gigantescas, deixando de ser dotado somente da característica de única espécie de Direito reconhecida pelo Estado para se tornar, também, um sistema auto-suficiente.

Com a Teoria Pura do Direito de Kelsen, atribuiu-se ao sistema normativo a característica de um sistema auto-suficiente que se auto-alimenta e regula³, ignorando e distanciando-se das realidades factuais, nutrindo-se somente de suas próprias normas jurídicas válidas, criadas pelo legislador.

Kelsen aperfeiçoa o antigo método jurídico tradicional dos juristas e glosadores romanos, desembaraçando-o de todos os seus elementos extrajurídicos, que o obstruíam, isto é, de seus elementos filosóficos, sociológicos, históricos, políticos etc. (AZEVEDO, 2000 p. 43). Como salienta Azevedo (2000, p. 43), trazendo à baila lição de Lukic (1974) tal método destina-se “*à perspectiva estrita e estreita do prático*”, que *'estima que o direito é um sistema que se basta a si próprio e que por si pode compreender-se'*. O jurista *'considera o direito como um dogma, isto é, como algo exterior que não é suscetível de exame'*” [grifo do autor].

As concepções de Kelsen a respeito da norma jurídica criada pelos juízes através da decisão judicial (poder criativo dos juízes), bem como a sua negação da busca pela única solução a cada caso (crítica à busca da verdadeira e única vontade do legislador na lei), são desconsideradas pela comunidade jurídica, em virtude dos dogmas hermenêuticos da Escola da Exegese arraigados na cultura jurídica ocidental.

Assim, através das somas e subtrações realizadas na equação entre os dogmas herdados da Escola da Exegese e a Teoria Pura de Kelsen, resulta-se um Direito Positivo auto-suficiente, forte, estático e autônomo às realidades sociais, com diversos dogmas que se tornam “verdades” inquestionáveis e universais no seio da comunidade jurídica (Dogmática Jurídica).

³ A idéia de que o Direito é um sistema fechado que se auto-sustenta foi confirmada e fortalecida posteriormente, nos anos 70, por Niklas Luhmann, catedrático de Sociologia da Universidade de Bielefeld, através de sua teoria denominada de “Autopoiese do Direito”. Autopoiese é um conceito que deriva do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção), significando, inicialmente, que o sistema é construído pelos componentes que ele próprio constrói (NOJIRI, 2005, p. 189).

Há, portanto, o nascimento de um paradigma, chamado de “Paradigma Juspositivista” (FILHO, 2003, p. 38), que educou e nutriu toda a cultura jurídica, principalmente européia e latino-americana, do início do século XX até os dias atuais.

Insta salientar que o conceito de paradigma científico foi dado por Thomas Khun em seu “A estrutura das revoluções científicas”, tal conceito, *a priori*, foi concebido a partir das ciências exatas e biológicas, que possuem um grau de verificabilidade mais preciso e atingível do que nas ciências sociais (FILHO, 2003, p. 30).

Freitas Filho (2003, p. 30), trazendo lições de Kuhn (1996), apresenta o conceito de paradigma aplicado ao Direito:

Kuhn considera 'paradigmas' as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. No Direito, o conceito de paradigma é mais adequado e útil se compreendermos o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou até científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores.

Tal paradigma consolida o Direito Positivo como um Direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e imutável, bem como universal em seus princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar (FILHO, 2003, p. 40). Elevando a lei a fundamento básico a se preservar, aliado às concepções exegéticas de valor supremo da lei e de sua onisciência, o ordenamento jurídico passou a ser um sistema auto-suficiente indiferente às realidades sociais. Sendo assim, todas as vezes “em que o Direito Positivo não se fundamenta naqueles princípios e nesses valores ele poderá ser considerado ato de arbítrio” (FILHO, 2003, p. 40).

Freitas Filho (2003, p. 41) sintetiza os ideais congelados pelo aludido paradigma juspositivista:

Este paradigma considera o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de 'completude' despreza [...], no designativo de 'metajurídicas', todas as indagações de natureza social, política e econômica. Esta abordagem implica [...] a concepção da cultura jurídica como um simples repertório fixo e imóvel de dogmas, propiciando a concepção da 'dogmática jurídica' como um mero conjunto de normas. No âmbito da dogmática jurídica, em síntese, a preocupação central é a subsunção do fato à previsão legal (tipicidade), valorizando-se os aspectos lógico-formais do Direito Positivo e enfatizando-se as questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação de antinomias.

Novamente o papel da jurisprudência como fonte produtora do Direito, recuperado pelas escolas de vertentes sociológicas e realistas, foi totalmente negado,

substituído por um Judiciário completamente submisso ao Poder Legislativo. Os conceitos de lei, de norma jurídica e todo o campo hermenêutico foram deturpados pelos ideais juspositivistas e exegéticos, colocando as pessoas, os operadores do direito e principalmente os juízes, a uma submissão cega à lei e ao Poder Legislativo. Este último possui, então, uma feição mística, onisciente, sendo produtor único da verdade absoluta e inquestionável, consubstanciada na lei, protegido e distanciado da sociedade através de um escudo complexo e formalista.

Freitas Filho (2003, p. 42) apresenta uma breve síntese das características do Direito atual, ante a sua formulação através do modelo paradigmático juspositivista:

a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é o lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis – delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como instrumento de engenharia social).

Atente-se para a característica do positivismo ligada ao apego ao formalismo e sua conseqüente elevação das leis processuais/procedimentais a uma importância exacerbada que se sobrepõe ao direito material e às pretensões dos jurisdicionados.

Tal característica gerou conseqüências severas ao Direito atual e juntamente com os dogmas exegéticos na área da hermenêutica e a mistificação da lei, desarmonizaram a relação entre o ordenamento jurídico (discurso positivo) e as realidades sociais (discurso social), ocasionando decisões judiciais injustas e descontextualizadas com a sociedade.

O juspositivismo atual, de matriz kelseniana, com elementos dogmáticos da Escola da Exegese (no campo da hermenêutica jurídica), possui diversas implicações na dita crise vivenciada pelo Direito e pelo Judiciário, bem como na formação dos atores jurídicos atuais.

2.4 A “CRISE DO DIREITO” E A DESARMONIA ENTRE OS DISCURSOS POSITIVO E SOCIAL

Como salienta Freitas Filho (2003, p. 45), o “que se convencionou a chamar de crise do Direito é um conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções, ou para usar os dizeres de KUHN, anomalias (segundo o paradigma vigente)”. Tais anomalias são “reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática” (FILHO, 2003, p. 45).

A chamada “Crise do Direito” verifica-se, portanto, a partir da deficiência do atual modelo juspositivista-kelseniano de elementos exegéticos em prever, conter, solucionar os conflitos, as demandas sociais, fracassando em se adequar ao contexto social atual, o que gera uma flagrante distonia entre os discursos social (realidade e demandas sociais) e positivado (ordenamento jurídico).

A respeito do tema, leciona Freitas Filho (2003, p. 45):

É certo que o Direito somente se realiza na prática, como resultado do embate dialético entre a norma com o seu caráter de abstração e a realidade na qual se aplica a mesma. A realidade para a qual se preparam os atores jurídicos e para a qual teoricamente se produziu o juspositivismo parece não existir. A natureza dos conflitos se alterou, as características do sujeito de direito se modificaram, e, portanto, os conhecimentos do ator jurídico devem ser outros.

É importante não esquecer que toda a base ideal do juspositivismo atual veio a nascer em outro contexto histórico completamente distinto do atual. O juspositivismo ou positivismo jurídico, como visto, começa a ganhar força após a Revolução Francesa, visando romper com o absolutismo e seu tradicionalismo, instaurando ideais liberais (igualdade, liberdade e fraternidade) e concentrando toda produção legislativa nas mãos do legislador. Utiliza-se a lei como simbologia para romper com o tradicionalismo e ditar a nova realidade através do legislador, representante do povo.

Às leis e posteriormente aos códigos é dada a visão mística de que tudo controlam e que nada pode escapar de sua regulamentação. Tais concepções aparentaram, brevemente, serem verdadeiras em virtude da pouca complexidade das relações sociais, políticas e econômicas do século XVII, o que refletia na natureza do Direito daquela época, qual seja, a de cunho individualista.

Em nossa sociedade atual, a grande teia de relações sociais gera uma infinidade imprevisível de conflitos, tornando-se uma sociedade de alta complexidade, sendo impossível que o ordenamento jurídico, ante a sua estanquicidade, consiga prever, controlar e permitir soluções a todas as demandas que venham a aparecer (FILHO, 2003, p. 45).

Nesse sentido, questões como macroeconomia, a globalização econômica e jurídica, os novos direitos, a coletividade dos litígios, a perda de capacidade normativa do Estado-nação, entre outros fatos, provocam o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma realidade sócio-econômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada (FILHO, 2003, p. 45).

A Crise do Direito, portanto, está indissociavelmente ligada à Crise do Estado Moderno. A crise atual do Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos há um século, já não funcionam (FILHO, 2003, p. 46)⁴.

A lógica juspositivista-kelseniana deu de herança um sistema normativo atual estático, isolado, autônomo à realidade social – ante os conceitos atribuídos à lei e ao legislador (somados às profundas mudanças na sociedade e no papel do Estado Moderno).

Ademais, tal lógica gerou enormes fissuras no **estudo** da comunidade jurídica, implicando numa divisão no objeto Direito. A partir daí, ficou caracterizado que cumpre apenas à Ciência do Direito definir e sistematizar o conjunto de normas que o Estado impõe à sociedade, cabendo à Filosofia do Direito, que é a própria Filosofia Geral aplicada ao objeto Direito, preocupar-se com o dever ser, com o melhor direito, com o Direito justo, para tanto indispensável que o jusfilósofo conheça tanto a natureza humana quanto o teor das leis (AZEVEDO, 2000, p. 38).

Posteriormente, com o fortalecimento da Sociologia, a divisão, que a pretexto da cientificidade do direito, o fraciona em múltiplos domínios entre si separados, cada um incumbindo a um especialista, restou assim: ao jurista, a Ciência Jurídica Positiva; ao jusfilósofo, a Filosofia do Direito; ao sociólogo, a Sociologia do Direito; ao historiador, a História do Direito. E para que não haja infringência ao Paradigma Juspositivista, é necessário que cada um se mantenha em seu setor, não admitindo usurpações, inviabilizando, assim, uma visão do conjunto do direito, terminando por falsear o objeto da ciência (AZEVEDO, 2000, p. 39).

Percebe-se que a Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito, de matriz kelseniana, limita-se, assim, aos juízos de constatação, sendo dispensável para o jurista o conhecimento da natureza humana, das realidades sociais e o teor das leis, se despreocupando com a justiça

⁴ Tais alterações no modelo de sociedade e a conseqüente crise do Estado Moderno, bem como o papel do Judiciário nesse embate, serão analisados pormenorizadamente no Capítulo 4, Seção 4.1.

no Direito. A Ciência do Direito, então, se sobrepõe às outras áreas da divisão, desconsiderando os estudos dessas e suas implicações para a produção do direito positivado, o que gera uma ruptura entre o Direito Positivo e as realidades e demandas sociais (AZEVEDO, 2000, p. 39).

A respeito do método prelecionado pela Ciência do Direito e a negação dos demais métodos, ensina Azevedo (2000, p. 43), trazendo lição de Lukic (1974):

Este método é dito jurídico ou puramente jurídico porque é considerado como único método próprio à ciência jurídica, uma vez que sua aplicação põe em evidência a especificidade do direito, enquanto que todos os demais métodos não permitem que se construa uma ciência do direito, mas uma outra ciência (não jurídica) acerca do direito (uma filosofia, uma sociologia, uma política etc.). É ele também um método do direito formal ou do direito positivo, pois que trata de pôr em relevo o fato segundo o qual o direito estudado é só o direito existente, positivo ou formal, isto é, um direito prescrito pela autoridade estatal, dela emanado [...] É também chamado normativo, pois trata exclusivamente do dever ser (a norma jurídica), sem considerar o que em realidade existe, isto é, o que existe realmente na sociedade e como os homens efetivamente aplicam estas regras de direito.

Identificada a origem e as causas da Crise do Direito, tendo essa como sintoma principal a desvinculação do direito positivo do discurso social, o próximo Capítulo deste trabalho será dedicado à busca de soluções para a aludida Crise do Paradigma Juspositivista.

O ator principal desse cenário de mudança paradigmática e de aplicação das soluções propostas neste trabalho será o juiz, ante o seu papel como agente intermediário, atuando entre as demandas da sociedade e o arcabouço jurídico positivado.

Entretanto, para que a superação da Crise do Direito ocorra, devem-se alterar alguns dogmas e conceitos congelados pelo Paradigma Juspositivista e pela doutrina da hermenêutica jurídica criada pela Escola da Exegese e adotados pela Dogmática Jurídica atual, haja vista que as idéias propostas como possíveis soluções são completamente antagônicas às concepções dessas correntes paradigmáticas.

Cumpre salientar, entretanto, como enfatiza Azevedo (2000, p. 52), que a “questão não está, pois, em negar a Dogmática Jurídica, mas em redimensioná-la”, pois, como analisa o autor:

Ninguém pode validamente sustentar que o estudo 'dogmático' do direito, – compreendendo o conhecimento das regras jurídicas, de sua organização e hierarquia, de seus conceitos fundamentais e princípios orientadores, buscando a determinação de seu sentido atual, tendo em vista sua aplicação a determinado contexto social –, não seja indispensável. Tudo está em não desvinculá-la da realidade a que se destina, mas em reconhecer, em conformidade com esta, uma hierarquia de problemas a que deverá ela oferecer soluções (AZEVEDO, 2000, p. 52).

Sendo assim, no próximo Capítulo, através da nova doutrina da hermenêutica jurídica, serão reestruturados alguns conceitos de lei, norma, interpretação jurídica, criação e ativismo judiciais, a fim de reavaliarem-se alguns dogmas juspositivistas-exegéticos e permitir uma maior flexibilização do ordenamento jurídico (direito positivado) o mantendo atualizado, móvel, adaptável às demandas sociais, enfim, ao discurso social.

3 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E FUNÇÃO CRIATIVA DO JUIZ: A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA E A POSSÍVEL HARMONIZAÇÃO ENTRE O DIREITO POSITIVO E O DISCURSO SOCIAL

O presente Capítulo se destina ao estudo dos conceitos atuais de lei, normas e interpretação jurídica. Tais conceitos, graças à concepção positivista atual, demonstram-se degenerados e escravizam os operadores do direito, bem como, principalmente, os juízes (aplicadores do direito) ao império cego da lei. Com isso, busca-se uma nova idéia de lei e norma, bem como, através da concepção doutrinária da nova hermenêutica jurídica, um novo conceito de interpretação jurídica. Objetiva-se demonstrar que as leis são meros enunciados simbólicos, guias para a produção de normas pelo intérprete. Assim, analisa-se que o juiz, através do ato de interpretar a lei, está dotado de criatividade para produzir normas jurídicas; a lei com isso ganha uma nova idéia e função para o sistema jurídico e para a sociedade civil, permitindo flexibilização e atualização normativa, gerando uma maior harmonização entre o direito positivado e as demandas sociais.

3.1 O CONCEITO DE LEI, NORMAS JURÍDICAS E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL, PARA FINS DE HARMONIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA NORMATIVO E A REALIDADE SOCIAL

O conceito de interpretação já foi amplamente tratado na literatura, não só jurídica, mas jusfilosófica como um todo.

Nesse contexto, é imperioso proceder a uma análise conceitual acerca da interpretação. Garcia (1996, p. 36) lembra que a “palavra interpretação deriva do latim *interpretatio*, de *interpretare*; mas a origem do termo está ligada a *interpres*, expressão que designava o adivinho, aquele que descobria o futuro nas entranhas dos animais imolados em holocausto aos deuses. Interpretar, segundo Ferraz Júnior (2003, p. 260) seria:

Selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em conseqüência, que toda interpretação é duplamente contingente. Ora, essa contingência tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. Para seu controle precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas. Os códigos, porém, são, de novo, discursos que precisam igualmente ser interpretados. Temos, assim, códigos sobre códigos, o que torna a fala ainda mais complexa. É nesse universo de complexidades, pois, que se coloca o problema da interpretação jurídica. Ora, diante dessas observações, é possível, pois, dizer que, para interpretar, temos de decodificar os símbolos *no seu uso*, e isso significa conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas) [grifo do autor].

Nojiri (2005, p. 121), trazendo lição de Vernengo (1995), descreve que interpretar em enunciado significa “expressar seu sentido, utilizando signos diversos daqueles usados originariamente”. Nesse sentido, a interpretação “seria uma relação entre sistema de signos, uma vez que na interpretação de uma expressão, de um conjunto de signos, oferece-se um outro conjunto de signos que para o ouvinte ou o leitor seja de mais fácil compreensão que a expressão original” (VERNENGO, 1995 apud NOJIRI, 2005, p. 121).

3.1.1 As correntes subjetivista (*voluntas legislatoris*) e objetivista (*voluntas legis*) e o legislador racional (dever-ser ideal)

Alguns autores acreditam existir duas concepções que, historicamente, digladiaram-se para explicar o conceito de interpretação no âmbito jurídico. Acerca do tema, explica Nojiri (2005, p. 123):

A primeira dessas concepções, e mais antiga, crê que a interpretação deve restringir-se a buscar, nas palavras da lei, a vontade expressa pelo legislador. A segunda, com cada vez mais adeptos, defende a tese de que é o intérprete quem deve atribuir o sentido à lei, a partir de dados retirados do contexto no qual está inserida a norma.

Destarte, a primeira corrente é denominada *subjetivista*: o intérprete deve buscar a “vontade do legislador”, expressa na lei. Tal método de interpretação foi sustentado, principalmente, pela “Escola da Exegese”, na França e pela vertente da “Jurisprudência dos Conceitos”, na Alemanha.

A segunda corrente é chamada de *objetivista*, ou seja, para os adeptos dessa concepção a “lei goza de um sentido próprio [“vontade da lei”], determinado por fatores objetivos”(NOJIRI, 2005, p. 124). Tal concepção foi defendida pela “Jurisprudência dos Interesses” e pela “Escola do Direito Livre”, ambas na Alemanha.

Ferraz Junior (2003, p. 267) discorre sobre o tema, enumerando as características de cada corrente:

A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental), é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela positivação da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário *social*), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma compreensão *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico).

Atualmente, a corrente subjetivista, que preponderou através do século XVIII, não encontra mais prestígio no âmbito da interpretação jurídica.

Nojiri (2005, p. 124) elenca, basicamente, duas críticas atribuídas à concepção subjetivista:

(a) falar da vontade do legislador é, necessariamente, recorrer a uma ficção. Não vivemos mais na época da monarquia, na qual a vontade do legislador originava-se de órgão unipessoal. Atualmente, a “vontade do legislador” decorre de uma pluralidade de interesses, de sujeitos distintos, que participam do processo de criação do direito; b) a interpretação subjetiva, por estar enraizada em uma vontade pretérita, dificulta a evolução do direito, impedindo um ajustamento do sistema normativo a novas necessidades sociais.

Entretanto, a doutrina da interpretação jurídica atual apresenta severas críticas também à concepção objetivista. Ferraz Junior (2003, p. 267) discorre a respeito:

[...] os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas “mais sábio” que o legislador, mas também “mais sábio” que a própria norma legislada; [...] seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete.

Observa-se que ambas as correntes são dotadas de certo subjetivismo; na primeira, busca-se o subjetivismo do legislador (sujeito, que externou sua vontade através da lei); na segunda, o próprio intérprete, através de seu subjetivismo, busca a vontade da lei.

Há, portanto, uma troca de sujeitos dotados de subjetivismo; na primeira corrente, o legislador; na segunda, o intérprete. Diante disso, conclui-se que ambas concepções estão à mercê de uma certa discricionariedade, seja pelo intérprete ou pelo legislador.

Assim, parte da doutrina atual relacionada à interpretação jurídica, não contente com a insuficiência metodológica interpretativa das correntes subjetivista e objetivista, veio a estruturar um arcabouço complexo de métodos de interpretação que possivelmente dariam maior segurança jurídica à função de interpretar, resultando no que seria um uso competente da língua.

Tais idéias vieram a lume com o intuito de se buscar a “interpretação verdadeira”, aquela que não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 276).

Segundo leciona Ferraz Junior (2003, p. 276):

Como não existe, porém, um sistema ideológico comum de valores para o mundo, tão pouco existe um enfoque universal ou um acordo sobre a tradução dos símbolos. Como se forma, então, a estrutura do uso competente que goza de confiança? A uniformização do sentido tem a ver com o fator normativo de poder, o poder de violência simbólica (cf. Bourdieu e Passeron, 1970:18). Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido desse poder. Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não coage, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração. Entende-se, assim, como se formam as estruturas do uso competente, o qual privilegia *um* enfoque: o arbitrário socialmente prevalecente. A busca do sentido correto que leva à tradução fiel, que por transferência direta, que por indireta, pressupõe uma variedade e diversidade que têm de ser controladas.

Entretanto, a “interpretação verdadeira” só seria alcançada quando utilizados certos métodos e tipos hermenêuticos culminados com a concepção de “legislador racional”.

Ferraz Junior (2003, p. 279) elucida que no decorrer do exercício da interpretação estamos diante de três tipos de estruturas lingüísticas: A estrutura da língua normativa (LN), dominada pelo conectivo *deve-ser* (é proibido, é obrigatória, é permitido etc.). A estrutura da língua-realidade (LR), dominada pelo conectivo *ser* (é fato que, é provável que, é possível que

etc.). E a terceira, denominada língua técnica da hermenêutica dogmática, a (LH), que fará a passagem, isto é, a interpretação, a transferência entre as duas primeiras estruturas lingüísticas. Essa terceira língua, por pressuposto, tem, em sua estrutura, suas próprias regras básicas e, como regras secundárias, as regras básicas (dever-ser e ser), das outras duas (LN e LR).

A língua hermenêutica (LH) não prescreve condutas e nem descreve normas. Portanto, para realizar essa passagem da norma para a realidade deve existir um mediador metalingüístico, que se utilizará da linguagem hermenêutica, bem como seus métodos, para atingir a interpretação verdadeira.

A esse mediador metalingüístico, a doutrina dá o nome de legislador racional. Destarte, trata-se “de uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que *de fato* positiva normas)” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 280, grifo do autor).

Ferraz Junior (2003, p. 280) traz um resumo criado por Nino, em sua obra “*Introducción al análisis del derecho*” (1980, p. 331), pelo qual se esclarece o que venha a ser esse legislador racional:

Em primeiro lugar, trata-se de uma figura *singular*, isto é, apesar da multiplicidade concreta (colegiados, parlamentos, diversos atores num processo legislativo), dever-se pressuposta sua identidade: o legislador. Em segundo lugar, é uma figura *permanente*, isto é, não desaparece com a passagem do tempo e com a morte das vontades concretas.

Em terceiro lugar, é *único*, isto é, é o mesmo para *todas* as normas do ordenamento [...] Em quarto lugar, é *consciente*, ou seja, conhece todas as normas que emana, passadas e presentes, tendo ciência global do ordenamento. Em quinto lugar, é *finalista*, isto é, ao sancionar uma norma, sempre tem alguma intenção. Em sexto lugar, é *omnisciente*, pois conhece todos os fatos e condutas, nada lhe escapando, sejam eventos passados, sejam presentes ou futuros. Em sétimo lugar, é *omnipotente*, pois suas normas vigem até que ele próprio as substitua soberanamente. Em oitavo lugar, é *justo*, pois jamais deseja injustiça, tudo se resumindo numa questão de compreendê-lo bem. Em nono lugar, é *coerente*, ainda quando, aparentemente, se contradiz, bastando para isso invocar a *lex superior, posterior e specialis*. Em décimo lugar, é *omnicomprensivo*, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente. Em décimo primeiro lugar, é *econômico*, isto é, nunca é redundante, nunca usa palavras supérfluas, e cada norma, ainda que aparentemente esteja a regular a mesma *facti species*, tem na verdade uma função própria e específica. Em décimo segundo lugar, é *operativo*, pois todas as suas normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis. Em décimo terceiro lugar, é *preciso*, pois, apesar de se valer de palavras da língua natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico [grifo do autor].

O dogma do legislador racional serve para alcançar o dever-ser ideal, ou seja, aquele que não assume nem uma competência jurídica (dever-ser das normas) nem se confunde com a vontade real (FERRAZ, 2003, p. 281).

Destarte, por meio de métodos hermenêuticos (interpretação gramatical, lógica, sistemática, histórica, sociológica, evolutiva, teleológica e axiológica) e tipos de interpretação (especificadora, restritiva e extensiva), a hermenêutica tradicional desenvolve suas técnicas dogmáticas de interpretação para atingir a almejada “interpretação verdadeira” (FERRAZ, 2003, p. 281).

Tais concepções trazem consigo alguns ideais da Escola da Exegese, mas, principalmente, um apego ao formalismo juspositivista-kelseniano, o que gera alguns problemas para o intérprete, mormente o juiz, contribuindo para o distanciamento do direito positivo em relação ao discurso social (GRAU, 2005, p. 39).

Devido a isso, a doutrina da moderna hermenêutica desferiu críticas aos “dogmas” da interpretação verdadeira e do legislador racional.

3.1.2 Os conceitos de lei, de norma jurídica e a crítica à busca da interpretação verdadeira, nos dizeres da doutrina nova hermenêutica jurídica

O dogma da interpretação verdadeira, bem como do legislador ideal, derivam da concepção errônea de lei e de norma jurídica, que permearam os métodos exegéticos absorvidos pelo positivismo jurídico.

A doutrina atual apresenta sérias críticas ao dogma da “única solução” ou da “interpretação verdadeira” - ou, ainda, da “busca do verdadeiro sentido” - possuindo entendimento distinto dos defensores da busca da verdadeira interpretação, dando uma nova função à lei e às normas jurídicas e principalmente à interpretação jurídica.

Essa doutrina parte de uma premissa diferente da trazida pelo juspositivismo exegético, ou seja, jamais se interpreta as normas, mas, sim, os textos normativos (as leis); é da interpretação dos textos normativos (enunciados, disposições, preceitos) que resultam as normas (GRAU, 2005, p. 23).

Acerca do assunto, Grau (2005, p. 23):

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O conjunto dos textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais [Zagrebelsky]. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem [Ruiz e Cárcova].

Seguindo essa linha de raciocínio, Nojiri (2005, p. 137) enfatiza que concorda com aqueles que afirmam que a norma jurídica somente surge após o ato interpretativo, sendo produto do processo de interpretação. “Daí, se falar em disposição ou enunciado como parte de um texto ainda a interpretar e em norma, como sentido ou significado adscrito a qualquer disposição” (NOJIRI, 2005, p. 137).

Assim, a interpretação vai além de uma mera atribuição de um significado a um texto normativo: não “se cuida, pois, de *desvendar* ou *descobrir* um sentido encoberto na lei, mas de *imputar, conferir* um significado ao enunciado legal” (GRAU, 2005, p. 139, grifo do autor).

Carvalho (2000, p. 120) discorre acerca da interpretação dos enunciados normativos:

Sobre o sentido dos enunciados, é preciso dizer que ele é construído, produzido, elaborado, a contar das marcas gráficas percebidas pelo agente do conhecimento. Desde que se mostre como manchas de tinta sobre o papel, no caso do direito escrito, insisto, assumindo natureza de um ente físico, materialmente tangível, não se poderia imaginar, em sua consciência, que essa base empírica contivesse, dentro dela, como um jóia, o conteúdo significativo, algo abstrato, de estrutura eminentemente ideal. Muito menos que o teor de significação estivesse envolvendo material empírico, ou sobre ele flutuando como nuvens que recobrem os elevados rochedos. Não, o sentido é constituído ao longo de um processo, iniciado, na hipótese, pela percepção visual das letras, dos vocábulos e das partículas que unem os vocábulos, organizando formações mais amplas. *É o ser humano que, em contacto com as manifestações expressas do direito positivo, vai produzindo as respectivas significações* [grifo do autor].

Nojiri (2005, p. 138), trazendo lição de Mendonça (1997), apresenta a diferença entre os enunciados interpretados e as normas produzidas pelo intérprete:

Se desejarmos aprofundar a diferença entre o *enunciado da norma* da própria *norma*, podemos utilizar a divisão proposta por Daniel Mendonça, segundo a qual há que se identificar três aspectos distintos e conexos do fenômeno normativo: o *ato normativo*, o *enunciado normativo* e a *norma*. De acordo com esse autor, o ato normativo é um ato lingüístico executado em um certo lugar e tempo determinado, por um dado sujeito, destinado a promulgar uma prescrição e, como tal, orientado a dirigir a conduta de determinados sujeitos. O enunciado resultante desse ato normativo é o enunciado normativo, uma cadeia de expressões da linguagem natural,

gramaticalmente correta e completa. Finalmente, a norma é significado do enunciado formulado. Pode-se dizer, ainda, que o enunciado encontra-se no *plano dos significantes* (ou *plano de expressão*), que é apenas o ponto de partida para que o intérprete, a partir do contato com a literalidade objetivada nas estruturas morfológicas e gramaticais do texto, inicie o processo de interpretação, que deverá culminar na *geração* de sentidos de normas, localizadas no *plano das significações* (ou *plano de conteúdo*).

Destarte, a interpretação jurídica consiste na atribuição “*de significado(s) a signo(s) lingüístico(s) expresso(s) em texto(s) normativo(s)*”. Portanto, não se trata de descobrir o verdadeiro significado da prescrição legal, como querem alguns” (NOJIRI, 2005, p. 140, grifo do autor).

Conclui-se, assim, que não “há uma verdade por trás da norma, mas signos lingüísticos que podem expressar *possíveis* significações, que de seu turno resultam de um trabalho hermenêutico desenvolvido por *sujeitos* da interpretação” (NOJIRI, 2005, p. 140, grifo do autor). “Interpretar é, pois, construção de sentidos e não apenas e tão-somente *reprodução* de sentidos (NOJIRI, 2005, p. 140, grifo do autor).

Percebe-se que de acordo com a nova doutrina da hermenêutica jurídica os conceitos de lei e norma se apresentam bastantes distintos dos atribuídos pela doutrina da hermenêutica tradicional positivista-jurídica.

A lei, na proposta da nova hermenêutica, resume-se a um enunciado carregado de símbolos morfológicos, servindo como um guia, uma possibilidade para a atribuição de significados através da interpretação. É a partir da lei (enunciado normativo, norma em potência) que o intérprete, juntamente com a absorção dos fatos concretos do caso, faz o exercício de interpretação/aplicação do direito, gerando uma norma jurídica específica para o deslinde da questão fática.

Assim sendo, autores como Grau (2005, p. 36), possuem entendimento totalmente antagônico aos que buscam a única e correta resposta na interpretação, asseverando o seguinte:

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva, com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].

O legislador racional, com métodos hermenêuticos que buscam atingir a verdade dentro da norma de forma objetiva, seria algo impossível, pois, como assinala Grau (2005, p.

37) o “*compreender* é algo existencial, consubstanciado, destarte, na experiência”. Assim, o “que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo – um ‘objeto’ - que não pode ser conhecido independente de um ‘sujeito’. [...] o saber prático que interpreta é saber prático do sujeito, isto é, do intérprete – quer dizer, daquele intérprete” (GRAU, 2005, p. 37, grifo do autor).

E o mesmo autor, continuando o raciocínio, critica os métodos hermenêuticos tradicionais tratados no item 3.1.2 deste Capítulo, expondo o seguinte:

É necessário ainda dizermos que a reflexão hermenêutica repudia a metodologia tradicional da interpretação e coloca sob acesas críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido. Inexistindo regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, eles acabam por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar; o intérprete faz uso deste ou daquele se e quando lhe aprouver, para justificá-los (GRAU, 2005, p. 39).

Dessa forma, segundo essa corrente, o legislador racional, na verdade, não faz às vias de um terceiro metalinguístico (que irá mediar a passagem da língua normativa para a língua da realidade e, por fim, inserir o direito na vida prática), ele será o próprio intérprete do texto normativo, com todo o seu subjetivismo na interpretação/aplicação do direito. Dessarte, o próprio intérprete é quem manipulará as intenções do legislador racional, este nunca será objetivo (GRAU, 2005, p. 37).

3.2 INTERPRETAÇÃO E CRIAÇÃO DO DIREITO PELOS JUÍZES E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA

Partindo da premissa anteriormente exposta; de que o intérprete produz a norma através da interpretação de textos normativos, cumpre analisar todo esse processo de produção/aplicação da norma e se há, efetivamente, uma “criação” de direito.

A doutrina atual, buscando respaldo nas linhas de pensamentos do final do século XIX até todo o século XX, firmou entendimento, quase que unânime, de que o ato de interpretar efetivamente “cria” o direito, principalmente nas análises referentes aos juízes⁵.

Cappelletti (1993, p. 21) discorre acerca dessa doutrina, que resultou em diversas literaturas a respeito do tema, todas chegando à conclusão de que a criação do direito é inerente ao ato de interpretar:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo capacidade do intelecto e estado da alma do intérprete.

Retornando à assertiva de que as palavras são símbolos convencionais, e como tais, sujeitas a múltiplos significados, resultantes de diversas interpretações de distintos intérpretes, Cappelletti (1993, p. 22) afirma:

Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – por que não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. [...] E, na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.

Cappelletti (1993, p. 22), utilizando-se de uma citação do magistrado inglês Radcliffe (1968), aplicável analogicamente à interpretação do texto normativo pelo juiz, assevera o papel inovador que o tempo exerce sobre os resultados das interpretações realizadas:

[...] o juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de

⁵ Tal entendimento ficou fortemente consagrado pela célebre frase do magistrado inglês Lord Radcliffe: “Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”.

trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavra da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.

Segundo esses autores, portanto, partindo da premissa de que as palavras são meros símbolos convencionais, podendo apresentar mais de um significado, a interpretação - como sendo a utilização de um processo metódico de pesquisa, de escolha (conforme a experiência de significados para estes símbolos) e, por fim, de declaração da conclusão a qual o intérprete chegou - está dotada, indiscutivelmente, de certo grau de criatividade.

Nesses termos, Cappelletti (1993, p. 22), citando Holmes (1952), esclarece que durante o ato de interpretar, o juiz (intérprete) deve preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambigüidades, todavia, para fazer isso, deve ele fazer escolhas, pois “onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha”.

Acerca disso, Grau (2005, p. 22) resume os momentos desse **todo**, chamado interpretação/aplicação do direito, destacando o momento da escolha da solução para cada caso concreto, aludindo que a interpretação/aplicação “parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele [...]”.

O intérprete, especialmente o juiz, não interpreta somente o texto normativo, mas, sim, concomitantemente os fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso. A interpretação do direito é constitutiva, e não simplesmente declaratória, não se limitando a uma mera compreensão dos textos e dos fatos; vai bem além disso (GRAU, 2005, p. 22).

Nessa esteira, Luz (2006, p. 171) elucida que:

O juiz no seu trabalho de aplicação do sistema [...] cria na sentença a norma para o caso concreto (concreção), pela sua razão e pela sua vontade. É um ato de razão porque exige o conhecimento de elementos fáticos, valorativos e normativos do caso; é um ato de vontade por implicar a escolha entre diversas alternativas decisórias possíveis. Para sua opção, o juiz leva em conta: (a) norma individualizada, imediatamente aplicável ao caso; (b) os princípios gerais do sistema jurídico vigente, entre eles os decorrentes das idéias de justiça e de equidade, e os fins e valores sociais que essa ordem se propõe a preservar; (c) sofre, como qualquer pessoa, a atuação de fatores múltiplos, de ordem emocional, psíquica, circunstancial;

(d) sente o efeito de suas convicções ideológicas; (e) por fim, reflete sobre as conseqüências reais que decorrerão da decisão.

Assim, a norma jurídica é produzida pelo intérprete para ser aplicada a um caso concreto (interpretamos para aplicar o direito).

Acerca da interpretação e da aplicação do direito ao caso concreto, Grau (2005, p. 31) possui posicionamento diverso dos demais autores⁶. Para o aludido autor, a interpretação e a aplicação do direito não se apresentam como atos autônomos, mas, sim, constituem uma só operação (GRAU, 2005, p. 31). Vejamos:

Não será demasiada a insistência neste ponto: interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação; não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superponde-se (GRAU, 2005, p. 31).

A norma jurídica é construída pelo intérprete através de um processo de concretização do direito. Os textos normativos carecerem de interpretação - não apenas por não serem unívocos ou evidentes – mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, sendo assim, devem ser “trabalhados” pelo intérprete (GRAU, 2005, p. 21).

Assim, “Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Müller]” (GRAU, 2005, p. 25).

Conclui-se que a norma jurídica é produzida para ser aplicada ao caso concreto, através de um processo de concretização do direito, como o descrito acima. No entanto, no caso específico dos juízes, essa aplicação da norma ao caso concreto “se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença que expressa a norma de decisão” (GRAU, 2005, p. 24).

Sob esse prisma, observa-se uma distinção entre a norma jurídica produzida pelo intérprete e a norma de decisão também criada pelo intérprete, sendo que esta última é definida a partir daquela e é produzida somente pelos juízes.

⁶ Dentre eles: Sérgio Nojiri (2005, p. 141) e Juvêncio Gomes Garcia (1996, p. 34). Ambos autores entendem que a interpretação e aplicação do direito são atos autônomos que não se confundem, sendo que este último ato é posterior ao primeiro (interpretação).

Sobre o tema, discorre Grau (2005, p. 25):

[...] é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”: o juiz.

Partindo da idéia de que a sentença judicial é uma norma individual, “é coerente afirmar que a norma individual produzida pelo juiz não é uma simples repetição da norma geral, já que acrescenta algo novo” (NOJIRI, 2005, p. 143).

Pode-se, destarte, concluir que a interpretação/aplicação do direito tem caráter constitutivo e não meramente declaratório, pois opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida (GRAU, 2005, p. 55):

Nesses termos, o juiz, ao decidir, produz uma norma jurídica individual, praticando um ato de inovação no sistema normativo.

Como afirma Nojiri (2005, p. 137) “é possível verificar que, ao interpretar e aplicar a norma geral e abstrata ao caso individual e concreto, o juiz não apenas *declara* o conteúdo já expresso (e talvez oculto) anteriormente na lei, mas *atribui-lhe um significado* ao interpretar. Não se trata de uma atividade meramente *declaratória*, mas *constitutiva*” [grifo do autor].

A lei, segundo as concepções apresentadas, diferentemente dos ideais juspositivistas, se apresenta como guia em potência para a produção de normas jurídicas pelo intérprete; o ordenamento jurídico, ou melhor, o Direito Positivado, é um guia em potência para a produção das normas individuais pelo intérprete-juiz (GRAU, 2005, p. 28).

Azevedo (2000, p. 124), trazendo lição de Aguiar Júnior (1989), discorre a respeito da concepção de lei da doutrina positivista, a busca cega pelo seu sentido unívoco e os problemas e injustiças da aplicação dessa vertente aos casos concretos levados ao Judiciário:

Os positivistas crêem que 'o legislador é o único que inova na ordem jurídica, criando a norma que vai integrar um sistema ordenado, completo e justo. Para sua aplicação, querem um juiz servo da lei, imparcial, desideologizado. A interpretação é atividade secundária, só presente quando a lei não é clara; segue métodos que levam ao conhecimento da vontade da lei ou do legislador, para o que a lógica formal é um bom instrumento. O defeito principal está em condenar o intérprete ao caminho estreito da lógica formal, que pode levar a conclusões absurdas e a soluções práticas aberrantes e inadequadas. Esquece que a lei é um instrumento de realização

do justo, um meio e não um fim em si, que não pode ser elevado à categoria de bem maior a preservar. A lei necessariamente é genérica e distante da realidade do caso, cujos contornos só podem ser conhecidos pelo juiz. A desconsideração das peculiaridades do caso permitirá aplicação uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações, mas muito seguidamente consistirá na negação da justiça, o que poderia ser evitado com a flexibilização do princípio normativo.

Não se pode esquecer que o juiz deve aplicar *o direito* ao caso concreto e não simplesmente e diretamente *a lei* (AZEVEDO, 2000, p. 118, grifo do autor). Caso aplique diretamente a lei ao caso, como quer impor a doutrina juspositivista, tal decisão está fadada a ser injusta e/ou distante da realidade social ou da demanda social, haja vista que a lei, por sua própria natureza, é distante dos casos concretos, abstrata, genérica e isonômica para todos, não permitindo nuances, flexibilizações e adaptações (AZEVEDO, 2000, p.124).

Ante todo o até agora exposto, destaca-se que o presente trabalho, trazendo concepções da doutrina da hermenêutica moderna, visa superar alguns métodos, conceitos e idéias arraigados na comunidade jurídica ocidental graças ao Paradigma Juspositivista imperante.

A doutrina da nova hermenêutica jurídica insiste, assim, que entre a lei e a aplicação do direito ao caso concreto, a distância existente é enorme, com diversos atos complexos, intermediados pelo juiz/intérprete, que através dos fatos trazidos pela demanda judicial, seus ideais, conceitos, ideologias, contexto social em que vive e o arcabouço do direito positivo que serve como guia – assim como o direito pressuposto e as concepções de justiça e razoabilidade/proporcionalidade (equidade) – utilizando de sua função criativa inerente, produzirá a norma jurídica concreta específica para o caso e aplicará, por fim, o direito (GRAU, 2005).

Desse assunto brota outra questão, qual seja, a da existência de uma vinculação do intérprete/juiz a algum limite no ato da criação - e se há alguma discricionariedade por parte deste durante mencionado processo de produção. Portanto, demonstra-se necessária uma análise pormenorizada do tema, a qual será realizada no próximo item.

3.3 A “DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL” E OS “LIMITES DA CRIAÇÃO JUDICIAL DA NORMA”

Como visto, o intérprete/juiz efetivamente **cria** o direito através de um processo de interpretação/aplicação.

Entretanto, como salienta Azevedo (2000, p. 118):

O problema, que hoje se põe, diz respeito aos limites dessa liberdade de decisão indispensável ao desempenho da função judicial. Se o mister do juiz é inconcebível sem o exercício de um certo poder criativo, indispensável à aplicação do direito, e não simplesmente da lei, a aporia a que há de fazer face o jurista consiste em determinar seus limites. É que o poder criativo do juiz não é suscetível de uma medida exata ou de uma pesagem estreme de dúvidas, sendo, antes, como demonstra a história do pensamento jurídico, intrinsecamente variável, porque vinculado a determinada concepção subjacente do direito, que instrumentaliza certo tipo de lógica a ela necessariamente ajustada⁷.

Por óbvio que não se deve confundir essa suposta **discricionariedade** com **arbitrariedade**, porém o juiz não é totalmente livre para criar o direito.

A discricionariedade seria uma margem de liberdade concedida a alguém para que adote soluções mais adequadas para cada caso concreto, mediante um critério racional de oportunidade.

De acordo com isso, Grau (2005, p. 52-53) nega a existência de discricionariedade por parte do juiz (discricionariedade judicial), uma vez que o julgador não está diante de um critério de **oportunidade** em que precise adotar uma solução mais **adequada** para cada caso.

Vejamos:

[...] devo, também peremptoriamente, negar a discricionariedade judicial. O juiz não produz normas livremente. [...] os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas-objetivo. A 'abertura' dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Além disso, outra razão impele-me a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a

⁷ A questão da caracterização e da busca de limites para função jurisdicional ao longo da história do pensamento jurídico e suas alterações conforme a doutrina e a lógica dominantes em certo período foi tratada no Capítulo 2 deste trabalho.

‘boca que pronuncia as palavras da lei’, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). *Interpretar o direito* é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação [...] [grifo do autor].

E finaliza:

Insisto nisso: o que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de uma norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferente jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. Por isso mesmo é que, não atuando no mesmo plano lógico, de modo que se possa opor a legalidade à discricionariedade – e esta decorrendo, necessariamente e sempre, de uma atribuição normativa a quem pratica -, a discricionariedade se converte em uma técnica da legalidade (GRAU, 2005, p. 52-53).

Com efeito, “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais* (CAPPELLETTI, 1993, p. 24, grifo do autor).

Cappelletti (1993, p. 24) alega que o juiz, no ato de interpretar/aplicar o direito está submetido a dois tipos de limites; a) os **processuais**, que são essenciais a ponto de envolver a própria “natureza do processo judiciário” (dentre eles, a imparcialidade do juiz e o seu caráter passivo, devendo ser provocado para julgar e concretizar o direito); b) os **substanciais**, que variam de época em época e de sociedade para sociedade, e até no âmbito da mesma época e sociedade, incluem-se os precedentes judiciários, opiniões de jurisconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos etc.

O principal limite substancial imposto ao juiz é a sujeição à lei, expresso, entre nós, inclusive, no inciso I do art. 35, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, que “Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional”, *verbis*: “Art. 35 - **São deveres do magistrado**: I - **Cumprir** e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as **disposições legais** e os atos de ofício;” [grifo nosso].

O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) expressamente prevê que o juiz deverá “**aplicar a lei**, obedecendo os fins sociais a que **ela** se dirige e às exigências do bem comum” [grifo nosso].

Garcia (1996, p. 61) salienta que o “certo é que, conquanto a atividade do julgador seja criadora, está ela sempre vinculada ao texto legal, como via de acesso à interpretação e aplicação do direito”.

Há, portanto, em nosso ordenamento jurídico pátrio uma expressa vinculação do juiz aos termos da lei. Todavia, essa **sujeição** não significa **escravização**, o juiz jamais pode ser a “mera boca que pronuncia a lei”, como queria Montesquieu (RODRIGUES, 1993, p. 159).

Através de uma citação de Pontes de Miranda (1975), Rodrigues (1993, p. 159) afirma que o juiz não está vinculado somente ao estrito texto normativo legal, mas sim ao Direito, com produto social, jamais sendo um autor meramente mecânico no processo concretização do direito:

O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de “guia de viajante”, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta. (...) Se entendemos que a palavra “lei” substitui a que lá deverá estar, “direito”, já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a letra legal, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento, mas anti-social e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, - absurda. [...] Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo, se só fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado.

Rodrigues (1993, p. 160), novamente citando Pontes de Miranda (1975), chama a atenção para a vinculação e observação do juiz às regras extraleais, não escritas nos textos normativos, sendo que tais textos são somente guias, roteiros para o intérprete/aplicador do Direito:

A regra extralegal (no sentido de não-escrita nos textos), assente com fixidez e inequívocidade, é direito, ao passo que não no é a regra legal, a que a interpretação fez dizer outra coisa ou o substituiu. Pouco importa, ou nada importa, que a letra seja clara, que a lei seja clara: a lei pode ser clara, e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque a lei é roteiro, itinerário, guia.

Partindo da assertiva de que os textos normativos são somente guias, roteiros, itinerários para o juiz, e que esse produz/cria as normas jurídicas e de decisão a partir de um embrião contido na letra legal, como explicita Grau (2005, p. 27), conclui-se que julgador não está adstrito somente aos limites impostos na lei (texto legal), mas, sim, ao Direito e todas as regras extraleais que o compõem.

Nesse sentido, ensina Grau (2005, p. 38) que “o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo”.

Essa conclusão é explicitamente reforçada pela Lei de Introdução ao Código Civil, através de seu art. 4º, que prevê que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Mencionado dispositivo determina que o juiz não pode deixar de realizar a prestação jurisdicional quando a lei for omissa, ou seja, quando essa não o guie. Para isso, o aludido art. 4º prescreve meios para que se atenda a concretização do direito objetivo, através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, regras indiscutivelmente extraleais, porém jurídicas, dentro do campo amplo do Direito.

Em virtude disso, Grau (2005, p. 37), afirma que o Direito é uma prudência, pois “o saber prático que interpreta é saber prático do sujeito, isto é, do intérprete – quer dizer, daquele intérprete” e que, não obstante a prudência recomendada no ato de interpretação, o juiz deve adequar a sua interpretação/aplicação a algumas pautas: “(i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira, aos princípios” (GRAU, 2005, p. 39).

Essas pautas expostas por Grau acabam por vincular o juiz no ato de interpretar/aplicar o direito e são decorrentes, inclusive, do comando normativo exposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A respeito da primeira pauta, referente à interpretação do direito no seu todo, leciona Grau (2005, p. 40):

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum [grifo do autor].

No que tange à segunda pauta interpretativa, Grau (2005, p. 41) comenta:

Ensina von Jhering que a finalidade é a criadora de todo o direito e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade. Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definitivamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. [...] A contemplação, no sistema jurídico, de normas-objetivo importa a introdução, na sua “positividade”, de fins aos quais ele – o sistema – está voltado. A pesquisa dos fins da norma,

desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme.

Por último, cumpre-se transcrever lição de Grau (2005, p. 42), a respeito da terceira pauta, referente aos princípios:

Ora, se o direito é definido, enquanto *sistema*, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios [Canaris], cumpre indagarmos quais princípios compõem essa ordem. Compõem essa ordem, inicialmente, (i) os *princípios explícitos*, recolhidos no texto da Constituição ou da lei; após, (ii) os *princípios implícitos*, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei em conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional (exemplos: o *princípio da motivação do ato administrativo* – art. 93, X, da Constituição; o *princípio da imparcialidade do juiz* – art. 95, parágrafo único, e 5º, XXXVII, da Constituição); por fim, (iii) os *princípios gerais de direito*, também *implícitos*, coletados no direito pressuposto, qual o da vedação do *enriquecimento sem causa* [grifo do autor].

O Direito Positivo, através de seu texto normativo, sintetizado nas leis, deve servir como um guia limitador das ações do juiz para evitar arbitrariedades em seus atos, todavia jamais cercear sua atividade criativa de normas, tornando-o submisso aos comandos do Legislativo. Destarte, o intérprete, principalmente o juiz, não possui uma liberdade total para efetivamente criar o direito, mas, sim, de produzir a norma com base no embrião contido no texto normativo. Nesse viés, afirma Grau (2005, p. 28):

Note-se bem: ele [intérprete] não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma, sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la. O produto da interpretação é a norma. Mas ela já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo. [...] a norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam [...] a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se depreendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados [grifo do autor].

[...]

A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”, O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer].

O juiz ao interpretar/aplicar está obrigatoriamente vinculado ao texto normativo, à totalidade do direito sistematizado (ordenamento jurídico), à finalidade do direito, aos princípios, e às demais regras extralegis, inclusive os fatos. Nesse sentido, salienta Grau (2005, p. 207):

[...] juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito; não produz normas *livremente*. Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente, - é óbvio -, pelos que veiculem *princípios* (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do *direito pressuposto*) [grifo do autor].

Imperioso destacar que o juiz, pelo fato de aplicar o direito e não simplesmente a lei – e que essa é somente mais um dos materiais utilizados para a produção da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto –, por óbvio, não está estritamente vinculado ao texto normativo, mas sim ao direito pressuposto, aos fatos trazidos na demanda, às concepções de justiça social conhecidas em dado momento histórico, enfim, está vinculado a todos os materiais que utiliza para a produção da norma jurídica concreta.

Tais noções, totalmente antagônicas em relação à doutrina positivista, evitam com que o juiz mecanicamente e cegamente aplique diretamente a lei ao caso concreto, não produzindo a norma jurídica pelo processo anteriormente examinado, negando as peculiaridades de cada caso, gerando injustiças e decisões que causam desarmonia entre o direito positivo e a realidade social (AZEVEDO, 2000, p. 124).

3.4 AS DISTINÇÕES ENTRE AS CRIAÇÕES LEGISLATIVA E JUDICIÁRIA DO DIREITO

É indubitável, portanto, que os juízes criam o direito, produzindo normas jurídicas, assim como o Poder Legislativo, através de um processo legislativo, produz atos normativos que são o berço da criação do direito.

Nessa via, ambos os processos, judiciário e legislativo, efetivamente criam o direito, entretanto, cumpre indagar se existem algumas distinções entre eles, e se os juízes podem ser considerados legisladores em virtude disso, invadindo o domínio do Poder Legislativo.

As diferenças entre os dois processos de criação evidentemente existem, contudo, não são *substanciais*, mas, sim, meramente *procedimentais-estruturais*, referentes ao modo (*modus operandi*) (CAPPELLETTI, 1993, p. 74, grifo do autor).

Acerca do assunto, discorre Cappelletti (1993, p. 74):

Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “*law-making process*”. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere o *procedimento* ou *estrutura*, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

O processo judiciário, destarte, é só mais um meio de criação do direito, diferente do processo legislativo, mas tão válido quanto, o que não implica em dizer que os juízes serão legisladores quando no papel de formadores de normas jurídicas.

Nesse sentido, “o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz” (CAPPELLETTI, 1993, p. 27). Do ponto de “vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz [...]. Ambos constituem processos de criação do direito” (CAPPELLETTI, 1993, p. 27).

Alguns autores, liderados por Carnellutti e Cappelletti, identificam as principais distinções entre os dois processos de criação do direito.

Sifuentes (2005, 139), trazendo breve resumo da lição de Cappelletti (1984), identifica algumas características próprias do processo judiciário de criação do direito:

[...] são basicamente as seguintes características, que individualizam a função jurisdicional: 1) a conexão de sua atividade decisória com os casos em julgamento e, portanto, com as partes; 2) a imparcialidade do juiz, bem como sua independência, o que não lhe permite decidir em causa própria, ou sob pressão externa; 3) a passividade, no sentido de que nenhum processo pode ser iniciado *ex officio* pelo juiz, sendo a iniciativa do autor essencial ao processo jurisdicional.

A respeito da primeira característica apontada, referente à conexão da atividade judicial decisória com os casos em julgamento e, portanto, com as partes, nota-se uma flagrante diferença entre o processo judicial e legislativo de criação do direito.

No caso do processo legislativo, como salienta Carnellutti (1999, p. 146, grifo do autor), “a legislação se produz *superpartes*, no sentido de que estas não intervêm, de nenhuma maneira, na sua formação”, diferentemente do processo judiciário que, “embora o direito também se produza *superpartes*, por um órgão do Estado, a sua preparação ocorre *interpartes*, no qual estas tem função ativa, tornando-se agentes do processo” (CARNELLUTTI, 1999, p. 146, grifo do autor).

Cappelletti (1993, p. 75) chama atenção para o caráter contraditório que existe no processo judicial, algo não presente no processo legislativo, o que torna as partes jurisdicionadas ativamente atuantes no processo de criação do direito:

[...] nas chamadas regras fundamentais da “justiça natural” ou “*natural justice*”, que antecederam ao próprio nascimento dos sistemas de “*Common Law*”, e que encontraram a sua mais incisiva expressão em dois aforismos do antigo saber latino, “*nemo iudex in causa propria*” e “*audiatur et altera pars*”. Essas regras exigem que o juiz seja *super partes* e, portanto, que não decida sobre qualquer relação ou “status” do qual seja ele mesmo partícipe, livre das pressões das partes. Elas impõem, ainda, o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial.

Outro caráter aventado que individualiza o processo judicial de criação judicial do direito em relação ao processo legislativo, diz respeito à imparcialidade do juiz, bem como sua independência, o que não lhe permite decidir em causa própria, ou sob pressão externa, de origem política. Distinto é, portanto, o legislativo, que apresenta amplo grau de parcialidade dos legisladores, atendendo, inclusive, a determinações externas relacionadas à política do governo, ou representando certos grupos sociais em seus interesses (CAPPELLETTI, 1993, p. 77).

“Resta, contudo, o fato de que o caráter ‘parcializado’ dos poderes políticos constitui elemento fisiológico, não degenerativo, inclusive nos regimes políticos mais abertos e representativos, nos quais o legislativo e a administração são inspirados exatamente pela maioria no poder”⁸ (CAPPELLETTI, 1993, p. 77).

A respeito da característica do processo judicial, referente à passividade, no sentido de que nenhum processo pode ser iniciado *ex officio* pelo juiz, sendo a iniciativa do autor essencial para tanto, essa se apresenta, de fato, como uma importante diferença entre os dois processos de criação do direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 76).

Diferentemente do legislador/parlamentar, o juiz não pode iniciar de ofício o processo jurisdicional e, assim, produzir o direito. É verdade que, no caso do processo legislativo, e igualmente no judiciário, membros da sociedade civil e pública podem dar início ao processo de criação do direito, porém, o juiz, repita-se, não poderá exercer tal feito (CAPPELLETTI, 1993, p. 76).

⁸ O próprio Plano Diretor Participativo, decorrente do comando contido no art. 182 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 é um perfeito exemplo que apresenta esse caráter parcial dos legisladores no processo de criação do direito, porquanto exige expressa participação dos munícipes durante o processo legislativo, sendo que os legisladores, como representantes desses, atenderão as suas determinações.

Cappelletti (1993, p. 76), segue a mesma esteira e complementa:

Trata-se da regra segundo a qual “*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*”, vale dizer, com palavras diversas mas com igual significado, “*nemo iudex sine actore*”. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional.⁹

É possível, ainda, enumerar mais algumas diferenças entre os dois processos de criação de direito.

O legislador possui muito mais liberdade para criar o direito em relação ao juiz, pois aquele está limitado ao que dispõe a Constituição e também às decisões da corte constitucional, que possuem comandos muito mais genéricos e menos detalhados.

Nesse sentido, salienta Sifuentes (2005, p. 136), trazendo lição de Cappelletti (1984):

A atividade do juiz, vinculada seja à lei, seja aos precedentes, pouco se diferencia da legislativa, na medida em que esta última tem o seu poder de criação limitado pela Constituição escrita e pelas decisões da justiça constitucional. Considera CAPPELLETTI, portanto, que a única diferença possível entre a legislação e a jurisdição seja de grau: as leis ordinárias e os precedentes judiciais, que balizam a função jurisdicional, são mais detalhados e em maior quantidade que as normas constitucionais e decisões da justiça constitucional.

Nessa esteira, Sifuentes (2005, p. 140-141) complementa a questão, citando Bobbio (1989):

BOBBIO acrescenta, a propósito, que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo da lei, sob pena de ser declarada inválida, do mesmo modo que o conteúdo da lei ordinária deve ser conforme à Constituição. No entanto, os vínculos do juiz em relação à lei são geralmente maiores do que os do legislador ordinário em relação à Constituição. Isso porque, enquanto na passagem da Constituição para a lei ordinária se pode verificar a falta de limites materiais, esse fato não é comum na passagem da lei para a decisão judicial. O legislador tem, de fato, maior liberdade que o juiz em sua criação.

Ademais, as normas produzidas pelo legislador são gerais e abstratas, não prevendo todas as situações concretas que possam vir a ocorrer. Diferente, portanto, das normas criadas pelo Judiciário, pois elas são individuais e concretas, muito mais detalhadas.

⁹ Importante salientar que o caráter “passivo” do juiz, no que tange ao aspecto de que jamais poderá exercer a iniciativa de um processo judicial, está intimamente ligado ao princípio da imparcialidade do magistrado, por razões óbvias. Evita-se, assim, o absurdo de o juiz ser, ao mesmo tempo, acusador e julgador.

Destarte, a produção do direito pelo Judiciário acaba sendo derivada do processo de criação de direito pelo Legislativo.

Nesse sentido, assinala Sifuentes (2005, p. 141):

A jurisdição é, sem dúvida, uma atividade derivada: o juiz deve obediência à lei. Vale o socorro da idéia da *redução da complexidade*, utilizada por LUHMANN e que tão bem sintetiza um sistema em que a atividade legislativa significaria uma primeira redução dos ordenamentos possíveis, enquanto a judiciária concretizaria e particularizaria a norma criada pela primeira redução, explicitando o seu alcance e significado [grifo do autor].

Portanto, pelo fato de serem derivadas do processo legislativo, as normas produzidas pela jurisdição acabam por complementar, concretizar e individualizar as normas gerais criadas pelo Poder Legislativo.

Sifuentes (2005, p. 142) apresenta lição de Kelsen (1962), a qual se deixa bem claro que a norma judicial é uma norma individual criada dentro da moldura da norma geral produzida pelo Poder Legislativo:

Para KELSEN, a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como relação entre Constituição e lei, ou entre lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior. Em face da impossibilidade de previsão de todas as situações e aspectos a regular, pela norma do escalão superior, essa determinação ou vinculação nunca é completa. Há sempre uma margem, menor ou maior, de livre apreciação, deixada pela norma superior à inferior, que se apresenta, em relação a esta última, como um quadro ou moldura, a ser por ela preenchida. A sentença é, assim, para KELSEN, apenas “*uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

In fine, cumpre trazer à baila outra distinção entre os dois tipos de processo de criação do direito.

Por serem as normas judiciais concretas e individuais, essas se dirigem ao passado, diferentemente das normas gerais e abstratas criadas pelo Poder Legislativo, que se voltam para o futuro. As normas gerais e abstratas utilizam-se de enunciados conotativos, informando a conduta que ainda não ocorreu; já as individuais e concretas são denotativas, dirigindo-se ao passado para construir fatos passados e prescrever condutas, imprimindo caráter de definitividade ao sentido do direito (SANTI, 2000 apud NOJIRI, 2005, p. 136).

O reconhecimento do juiz como produtor de direito jamais indica uma usurpação de poder desse em relação ao legislador. O juiz não legisla. Como ficou demonstrado nesta Seção, a legislação é somente mais um procedimento para a criação do direito, assim como as

normas jurídicas. Assim sendo, o juiz ao produzir normas jurídicas concretas, através de suas decisões, não fere o primado da separação dos poderes.

O papel mais ativo do Poder Judiciário, através da conscientização de seu poder criativo de produção do direito, o eleva a uma condição de um Poder mais independente e harmônico com os primados do Estado Democrático de Direito. O seu papel de extrema submissão (cega) à lei leva-o indiretamente a uma submissão ao Poder Legislativo, o que desarmoniza a balança entre os Poderes no Estado Democrático de Direito, pois há a necessidade de o Judiciário exercer seu controle de correção ao Poder Legislativo (pesos e contrapesos). O juiz, como dito, não é legislador, mas mais um ator no processo de criação do direito, o ator final, aquele que o concretiza.

Importante, portanto, demonstra-se o fortalecimento da figura do juiz como um dos atores/produtores legítimos de direito através de sua criatividade e ativismo, promovendo-se uma equalização hierárquica entre esse ator e o legislador, evitando-se, assim, qualquer submissão entre ambos.

3.5 A DESMISTIFICAÇÃO DA FIGURA DO LEGISLADOR E O FORTALECIMENTO DA FIGURA DO JUIZ NA PRODUÇÃO DO DIREITO

A concepção de legislador como um ser místico está intimamente ligada à, também, feição mística atribuída à lei ao longo da história jurídica. O legislador se apresenta como um ser abstrato (feição divina), acima de todo o sistema jurídico, impondo os seus ditames, ordens e regulamentos, através de seu instrumento (direito positivo, as leis), para a consecução do que ele estipula como Justiça, tudo em nome do bem comum. Tal idéia apresenta-se viva até os dias atuais, sendo recepcionada e imposta pelo Paradigma Juspositivismo de matriz kelseniana-exegética.

Ocorre que tais preceitos formulados pelo legislador através das leis, ante a sua divindade e sua abstração para com a realidade, possuem um caráter atemporal arbitrário, dificultando questionamentos e inovações a seu respeito para que se promova uma evolução do Direito.

Comte foi um dos pensadores que levantou a voz contra a figura mística e arbitrária do legislador frente ao progresso social, visando excluir “o absoluto e o vago que o geraram e que o mantêm” (COMTE, 2005, p 73), vejamos:

O absoluto na teoria conduz necessariamente ao arbitrário na prática. Enquanto a espécie humana for considerada como destituída de impulso próprio e obrigada a recebê-lo do legislador, o arbitrário existe forçosamente no mais alto grau e sob o aspecto mais essencial, não obstante as mais eloqüentes declamações. [...] A espécie humana, sendo deixada desse modo à discricão do legislador que determina para ela o melhor governo possível, o arbitrário pode muito bem ser restringido nos detalhes, mas não poderia evidentemente ser erradicado do conjunto. Que o legislador supremo seja único ou múltiplo, hereditário ou eleito, nada muda nesse aspecto (COMTE, 2005, p 73).

A origem dessas idéias referentes à sacralização da lei e do legislador nos remete a Roma e à Grécia Antigas, principalmente.

Coulanges (2000, p. 204) esclarece que se “entendermos por legislador o homem que foi autor de algum código pelo poder do seu gênio e o impôs aos outros homens, tal legislador nunca existiu entre os antigos”.

De fato, a “lei antiga não saiu tampouco dos votos do povo. O pensamento de que o número dos sufrágios pudesse motivar a lei se criou muito mais tarde nas cidades e só depois de duas revoluções as terem transformado. Até então as leis apresentavam-se como algo muito antigo, imutável, venerável” (COULANGES, 2000, p. 204).

Cumprido destacar que as leis antigas não nasceram do sentimento convencionalizado de Justiça. Como destaca Coulanges (2000, p. 205), o “homem não estudou sua consciência e disse: isto é justo, aquilo não o é. O direito antigo não nasceu assim. Mas o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai para filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária da sua casa”. A lei, portanto repetia a religião, brotando como consequência direta e necessária da crença; a lei era a própria religião, aplicada às relações dos homens dos homens entre si (COULANGES, 2000, p. 205).

As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada. Mesmo na época em que se admitiu que a lei pudesse resultar da vontade de um homem, ou dos sufrágios de um povo, ainda então se considerou indispensável a consulta da religião, e que esta, pelo menos, autorizasse (COULANGES, 2000, p. 205).

A respeito da força imperativa inquestionável e as razões de existência da lei na Roma e Grécia Antigas, Coulanges ensina que “A lei antiga nunca fazia considerandos. Para que precisava tê-los? Não necessitava explicar as razões: existia porque os deuses a fizeram.

A lei não se discute, impõe-se; representa ofício de autoridade, e os homens obedecem-lhe cheios de fé” (COULANGES, 2000, p. 207).

Desse período extrai-se um grande apego ao formalismo, principalmente quando as leis passaram a ser escritas, não se admitindo qualquer interpretação ou busca de um sentido à lei (COULANGES, 2000, p. 208).

Posteriormente, na Europa Medieval, após a queda do Império Romano, viam-se diversos reinos semibárbaros, governados por um corpo de direito consuetudinário. A Europa apresentava-se, então, fragmentada e com o desenvolvimento do feudalismo acarretou-se o colapso do governo central. Entretanto, existiam certas forças que tendiam a neutralizar essas características anárquicas da Europa Medieval, como, por exemplo, a Igreja Católica (LLOYD, 1998, p. 305).

O direito canônico ganha força e a idéia de um legislador supremo de feições divinas novamente renasce, tendendo a unificar as diversas leis consuetudinárias existentes entre os reinos. Acerca do assunto, leciona Lloyd:

Em primeiro lugar, havia a grande instituição da Igreja Católica, com o papado como sua cabeça, reivindicando e frequentemente obtendo uma supremacia global sobre os reinos cristãos da Europa ocidental. Além disso, o direito canônico do papado, aparentado como estava ao direito romano que o precedera era uma refinada legislação escrita e possuía um legislador supremo e soberano na pessoa do Papa. Embora grande parte do direito canônico fosse também, sem dúvida, consuetudinário na origem e no caráter, ele estava, no entanto, incorporado em códigos ou bulas papais, e ninguém duvidava de que qualquer parte dele pudesse ser mudada a critério do próprio Papa, como Vigário de Deus na terra (LLOYD, 1998, p. 306).

Entretanto, os reinos espalhados pela Europa ocidental começaram a constituir o seu governo de forma centralizada, sendo que nessa esfera, “um poder indeterminado de legislação era considerado investido no rei, assistido por seu conselho de magnata do reino; ele também possuía uma autoridade judicial suprema para decidir disputas legais e, assim fazendo, declarar imperativamente os costumes do reino” (LLOYD, 1998, p. 306).

Essas condições favoreceram o nascimento dos reinos com regime absolutista, onde todo o poder de comandar, julgar e legislar, efetivamente eram concentrados na imagem do rei, autoridade invocada e legitimada pelo tradicionalismo e pela divindade.

Com a Revolução Francesa, urge a revolta contra esse regime absolutista tradicional-divino, entretanto, o dogma de um legislador divino, que produz leis abstratas e inquestionáveis é mantido, todavia, através de outro instituto, a “vontade geral do povo”. O poder absoluto continua vigorando, só que o legislador divino agora é o povo e o culto à lei e

ao formalismo, fortalecido pela codificação, é exacerbado, total (FERREIRA FILHO, 2004, p. 22-25, 44).

Nasce, então, a figura do Estado de Direito, onde a lei “não pode emanar senão do Poder Legislativo” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 25).

A lei, então, possui a característica de ser: a) *justa*, pois limita a legitimamente a liberdade, não devendo ter um conteúdo qualquer, há de ser a expressão do justo e justo conforme a razão o reconheça; b) *geral e abstrata*, somente é lei a regra geral. Ao limitar a liberdade em vista das exigências sociais, a lei necessariamente irá impor em todos os casos os mesmo limites para todos os homens, e nisto já está uma garantia de que ela servirá à justiça. Disso defluiu a igualdade da lei, pois sendo regra geral, a lei é regra geral igual para todos; c) A lei, ainda, possui como elemento formal a *vontade geral*, ou seja, a lei é a emanção da vontade dos governantes de que se realize o justo (FERREIRA FILHO, 2004, p. 22, grifo do autor).

Dessas concepções surgem princípios inerentes ao Estado de Direito, todos previstos, juntamente com as características da lei, na Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789 (FERREIRA FILHO, 2004, p. 23).

O princípio da *legalidade*, corolário do princípio da *igualdade*, ambos sobre o crivo de uma justiça (princípio da *justicialidade*), submete a atuação do Estado à pauta da lei. Ele vem previsto no art. 5º da *Declaração* dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que esta não ordena” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 23, grifo do autor).

O fato de a lei ser somente emanada pelo Poder Legislativo é garantido pelo dogma da separação dos poderes de Montesquieu, pois o Poder Legislativo é composto pelos representantes do povo, eleitos por esse (FERREIRA FILHO, 2004, p. 23-26).

O princípio da igualdade também rege o Estado de Direito e está presente no bojo da lei. A lei deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune. A lei no sentido de Estado de Direito, significa uma regulação normativa dominada pela idéia de justiça, e cuja igualdade significa justiça (FERREIRA FILHO, 2004, p. 26).

Percebe-se que os ideais trazidos pela Revolução Francesa e que confeccionaram o Estado de Direito nos séculos XVIII a XIX, fortaleceram a idéia mística de poder supremo da lei e do legislador, que por sinal, conduzem os sistemas normativos na maioria dos países ocidentais atualmente.

Todavia, posteriormente, no século XX, o Estado de Direito passou a mudar de característica, ocorrendo o advento do que muitos chamam de Estado Legal¹⁰ (FERREIRA FILHO, 2004, p. 41).

Como salienta Ferreira Filho (2004, p. 41), o Estado Legal, diferentemente do Estado de Direito, recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior, mas, “identifica Direito como o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhe quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça”.

Depois da Segunda Guerra Mundial, ante as crises econômicas, no sistema de saúde e educação surgidas, consagra-se o modelo de Estado denominado Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), o que levou adiante a tendência desenhada pelo intervencionismo (FERREIRA FILHO, 2004, p. 42). “Faz predominar a concepção de que o Estado é como que uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente (recorda-se a profecia de Tocqueville), apta a transformar a sociedade e o homem, tornando aquela mais justa, este mais feliz” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 42).

Salienta Ferreira Filho (2004, p. 43) que:

Essa postura inspira a concepção do Estado demiurgo, pois neste o homem infunde a sua clarividência e a sua vontade transformadora. Ademais, numa exaltação do coletivo, presume-se o povo como dotado de infalibilidade na sua visão (quando não uma classe – o proletariado – ou o partido que o encarna), de modo que sua vontade 'está sempre certa' (eco de Rousseau, para o qual a 'vontade geral é sempre reta e tende sempre à utilidade pública').

No campo do direito, e da idéia de lei e legislador, essa valorização do Estado não poderia deixar de ter conseqüências. O Estado do Bem-Estar Social desvincula o Direito de uma justiça, eterna, independente da vontade humana. O Direito, a lei, é uma ordem (FERREIRA FILHO, 2004, p. 43).

Tais concepções são oriundas do juspositivismo de matriz kelseniana-exegética ainda do Estado Legal. Kelsen inspira-se nas lições de Thomas Hobbes (pensador absolutista do século XVII) a respeito da imperatividade da lei e da autoridade de quem a emana. Em conseqüência, à definição de lei não importa o seu conteúdo. Hobbes deixa bem claro tal idéia na famosa fórmula em latim, onde afirma que: “*non veritas sed auctoritas facit legem*”, ou seja, é a lei que determina o justo, não é o justo que faz a norma (FERREIRA FILHO, 2004, p. 43).

¹⁰ Expressão cunhada por Raymond Carré de Malberg em sua obra “*Contribution à la théorie générale de l'État*”, Paris, Sirey, 1920, t. 1, p. 490. (FERREIRA FILHO, 2004, p. 41).

Ferreira Filho (2004, p. 44) destaca que a posição de Hobbes aliada à de Rousseau prevalecem no Direito atual, permitindo uma desvinculação entre Direito positivo e Justiça.

Vejamos:

A lição do inglês [Hobbes], e não, apesar da aparência, a de Rousseau, é que fundamenta a opinião prevalecente no Direito atual. O genebrino [Rousseau], com o conceito de 'vontade geral', forneceu a fórmula bem cunhada para exprimir a tese de que o Direito é estabelecido pela vontade, independentemente de relação de seu conteúdo com a justiça.

Ferreira Filho (2004, p. 45) apresenta as concepções que formaram o Estado Legal, dentre elas o exacerbado poder dado ao legislador e à lei, sintetizando a doutrina kelseniana:

Assim, o legislador constituído faz a lei, de acordo com o procedimento prescrito e dentro dos limites fixados pela Constituição. A lei, o conjunto de leis, o sistema jurídico, o Direito (o positivo) faz o justo. Com a decorrência irrelutável de que, na doutrina kelseniana, a norma legal é por definição justa, ainda que os indivíduos não sintam como tal. A Constituição, esta igualmente não está condicionada à justiça ou a qualquer valor. É a lei fundamental que foi efetivamente posta e é eficaz. Ou seja, cujas normas – e as que de conformidade com elas forma postas – são globalmente aplicadas e observadas. É o princípio da efetividade que sustenta a Constituição. E não a legitimidade.

As idéias de lei e legislador atribuídas pela doutrina positivista atual, advinda do Estado Legal, impedem que o Direito ganhe vida e seja constantemente ampliado e reproduzido, adaptando-se às novas realidades sociais e mais, desvinculam o justo do Direito positivado, deturpando a função primordial do Direito, a consecução da Justiça.

Dallari (1996, p. 48) salienta que o apego ao formalismo jurídico, oriundo da doutrina que prega o positivismo jurídico, prejudica a harmonia entre os poderes públicos e gera um descomprometimento entre o sistema normativo e a justiça. Vejamos:

Todas as imposições governamentais e as decisões dos conflitos são rigorosamente baseadas na lei, mas precisamente através da lei é que se fazem as amputações da independência, tanto de indivíduos e grupos sociais quanto da própria magistratura. Essa doutrina jurídica [positivismo jurídico] facilita a utilização de argumentos sofisticados, incluindo fundamentos filosóficos e raciocínio aparentemente lógico, que no entanto não passam de sofismas, para mascarar as arbitrariedades. Onde predomina essa concepção jurídica, os atos são considerados justos quando são legais, não havendo a hipótese de que se procure considerar legal só aquilo que for reconhecido como justo. Assim funciona a mera legalidade formal e a partir daí todos os poderes públicos são manipulados (DALLARI, 1996, p. 48).

O mesmo autor indica o apego à lei e ao formalismo, por parte dos magistrados, como um dos inimigos para a independência do Judiciário, gerando uma submissão desse em relação ao Poder Legislativo e decisões injustas:

Há magistrados que invocam fundamentos teóricos para o acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados (DALLARI, 1996, p. 51).

Com “argumentos dessa ordem, afirmando-se 'escravos da lei', procuram [os magistrados] ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social” (DALLARI, 1996, p. 51).

Impende salientar, ainda, que o fato de o legislador produzir o direito, geralmente, anteriormente ao juiz, não faz desse último um ator submisso ao primeiro. A ordem de produção não legitima a submissão. O juiz, inclusive, aperfeiçoa os comandos de guia da lei e, em muitas vezes, no contexto atual, produz direito a partir de uma questão específica anteriormente ao legislador.

Azevedo (2000, p. 119) possui entendimento idêntico ao exposto até aqui, pregando uma maior liberdade ao juiz em detrimento do poder absoluto da lei e do legislador, preconizado pela doutrina positivista, para que se promova uma evolução constante do Direito:

O reconhecimento de uma certa margem de liberdade ao juiz em face das leis, ou seja, a admissão de que, apesar de encontrar-se sujeito ao ordenamento jurídico, não pode ser indiferente à justiça e menos ainda à sua realização no caso concreto, é indispensável à adequada evolução do direito. Nesta perspectiva, considera-se o ordenamento jurídico de modo compreensivo, abrangendo as leis, sua ordenação hierárquica, os princípios diretores que orientam sua organização, os conceitos jurídicos que as permeiam, os valores que lhes são subjacentes e aqueles por elas buscados, bem como as idéias fundamentadoras dos direitos fundamentais do homem, progressivamente apreendidas pela consciência humana, tal como derivadas das lutas sociais e fixadas pelos costumes e tratados internacionais. O reconhecimento de tal margem de liberdade ao juiz conflita flagrantemente com a concepção do juiz escravo da lei, conduzindo à admissão de que nem a lei é necessária e rigorosamente bem elaborada, nem seu sentido pode ser unívoco a todas as decisões judiciais, como pretendeu o racionalismo iluminista. (AZEVEDO, 2000, p. 119).

A ênfase no modelo juspositivista de matriz kelseniana-exegética “tolhe o exercício da função judicial, conduzindo a uma visão legalista em que 'a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica” (AZEVEDO, 2000, p. 120). Nessas

condições, como assinala Azevedo (2000, p. 120), “a aplicação do direito efetua-se como um cálculo ou pesagem, que, para realizar-se de modo imparcial, 'faz-se necessário que a justiça tenha olhos vendados, que não veja as conseqüências do que faz: *dura lex, sed lex*”.

Ademais, o juiz, pela posição que ocupa no plano de produção/aplicação do direito, onde possui uma relação muito mais estreita com a realidade social do que o legislador, vivenciando dia-a-dia os conflitos e as demandas sociais, pode, com mais eficácia do que aquele, harmonizar o direito positivado em relação ao contexto social e garantir a justiça. A respeito, colhe-se do escólio de Dallari (1996, p. 54):

Em contacto permanente com a realidade social, especialmente com as situações de conflito, a magistratura pode detectar rapidamente as injustiças legais, os desencontros entre a legislação e as práticas sociais, a existência de mecanismos que facilitam a promoção de injustiças e a sonegação de direitos, a existência de obstáculos ao uso e à defesa dos direitos consagrados na Constituição e nas leis. Desse modo a magistratura tem a possibilidade de influir positivamente, contribuindo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, mantendo-se rigorosamente dentro do âmbito de sua função garantidora da justiça.

Assim, a partir das novas concepções hermenêuticas e epistemológicas apresentadas neste Capítulo, que garantem um poder criativo ao juiz, a doutrina atual procura atribuir uma nova característica à lei e ao legislador, desmitificando-os, bem como um reconhecimento mais efetivo das normas jurídicas, mais útil e mais condizente com o seu objetivo, harmonizando-se o direito positivo com a realidade social.

Destarte, a figura do juiz (seu aspecto ativo e criativo) não deve ser colocada em estado de submissão a do legislador, como defende a doutrina juspositivista, mas sim, em pé de igualdade com esse, ambos como atores legítimos no processo de produção de direito, como analisado neste Capítulo.

Reconhecido o poder criativo do juiz, feitas as devidas distinções entre ambos os processos de criação do direito e fortalecida a imagem do juiz como produtor do direito em detrimento do poder supremo do legislador e da lei, imperioso demonstra-se analisar os diferentes “graus” de criação da norma judicial.

3.6 OS “GRAUS” DE CRIAÇÃO DA NORMA JUDICIAL

Até agora foi visto que o intérprete/juiz não é um mero executor do que está previsto no texto normativo, não se limitando, portanto, a reproduzir os comandos legais, pois, além desses, o intérprete/juiz interpreta fatos. Nesse sentido, há uma produção de normas jurídicas, concretizadas nas normas de decisão do juiz, que nada mais são do que normas individuais concretas para o caso em questão.

Cappelletti (1993, p. 25) assinala que mesmo nesses casos de criação de direito o juiz não está *totalmente* vinculado aos princípios e textos legais:

Ora, é evidente que a decisão baseada na “equidade”, por exemplo, tem espaço mais amplo de escolha do que a baseada e vinculada a precisos precedentes judiciais ou detalhadas prescrições legislativas. O grau de criatividade é, portanto, mais elevado na primeira. Conquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível necessidade de ser livre, e portanto a sua criatividade e responsabilidade [...].

Alguns autores como Ronald Dworkin e, no Brasil, Sergio Nojiri (2005, p. 144), descrevem a existência de uma **criação forte** do direito pelos juizes, de aspecto mais radical, inovando muito mais no ordenamento jurídico, sendo totalmente desvinculada dos textos legais. Nojiri (2005, p. 144) comenta a respeito:

Se a expressão “criação judicial do direito” for utilizada apenas no sentido de produção de normas jurídicas individuais e concretas, decorrentes de normas gerais e abstratas, não tenho dúvidas em admitir que é isso que os juizes amiúde fazem ao decidir. Todavia, essa criação pode ser entendida de forma diversa, mais ampla, que considera os juizes como fontes autônomas de produção normativa. Segundo essa visão, mais radical, o juiz produziria a norma individual e concreta com uma liberdade muito maior do que a proposta pela doutrina tradicional, já que ele estaria habilitado a criar direito a partir da própria decisão judicial. E criação, nesse segundo sentido, significaria inovação do sistema normativo, com a introdução de permissões, comandos e proibições não contemplados expressamente nas disposições legais. Nessa última acepção, a interpretação e a aplicação da norma jurídica desconsideram as questões sintáticas e morfológicas ditadas pela gramática do texto legal. Também a vontade declarada do legislador passa, conforme essa postura, a ocupar um segundo plano. O excessivo apego ao texto da lei, à moda da escola da exegese, dá lugar a um processo hermenêutico pautado por valores e fins, que acentua, nos dias de hoje, o caráter criador do direito.

Nojiri (2005, p. 145) diferencia esses dois tipos **criação** do direito, quantificando-os em “graus”, extraindo dois significados distintos possíveis: um, **fraco** e, outro, **forte**:

Dessas breves considerações, é possível se extrair dois sentidos para a expressão criação do direito: um, *fraco*, na linha de uma simples realização da norma e outro, *forte*, no qual a discricionariedade judicial é mais ampla. Nessa última acepção, a criação não decorre, necessariamente, nem da redação da lei, nem da “vontade do legislador”, mas de critérios outros advindos da subjetividade do próprio julgador, ainda que essa subjetividade esteja inserida em um contexto social maior, de matiz políticas ou ideológica. A criação, em sentido forte, seria uma verdadeira subversão da ordem imposta pelo princípio da separação dos poderes, visto em sua acepção tradicional.

Percebe-se que esse segundo significado dado à criação do direito, caracteriza-se como um verdadeiro **ativismo judicial**.

Leite (2009, p. 6), citando Berizone (s.d.), apresenta uma conceituação de ativismo judicial:

O juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado ativo; será ativista se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

Nojiri (2005, p. 145) destaca que na maioria dos casos a “criação judicial do direito identifica-se mais com o sentido fraco da expressão do que com sentido forte”. Uma “boa parte das decisões que são produzidas pelos tribunais freqüentemente nega a incorporação de elementos estranhos àqueles consagrados pelo legislador”. Para o aludido autor, geralmente “é fácil identificar, na própria lei, as razões que levaram o julgador a decidir dessa ou daquela forma” (NOJIRI, 2005, p. 145).

Entretanto, o próprio Nojiri (2005, p. 145) percebe que há casos em que o juiz rompe com o disposto no texto normativo e com a decorrência lógica de sua interpretação/aplicação. Vejamos:

[...] há casos em que se rompe com esse processo linear de derivação normativa para se alcançar uma criação judicial em sentido forte, no qual prevalece sobre o texto da lei a vontade política ou ideológica do julgador. Na prática, o que se vê, é que alguns juízes e tribunais interpretam e aplicam normas jurídicas sem que haja a menor correlação entre a literalidade do enunciado legal ou a vontade do legislador com a decisão produzida [...] A criação, nesse sentido, além de atribuir significado a um signo lingüístico, como toda e qualquer criação normativa, lhe atribui um *sentido inovador*, que não decorre lógica ou lingüisticamente do enunciado legal, distanciando-se dos casos de criação em sentido fraco que, no mais das vezes, apenas “atualiza” a norma jurídica geral e abstrata para o caso concreto.[...] os juízes, com relativa freqüência, discordam dos enunciados expressos na norma e acabam por atribuir à lei sentidos jamais imaginados anteriormente, em total descompasso com os valores que o legislador pretendeu inserir no sistema normativo, criando regras jurídicas individuais que se afirmam e se tornam válidas no ordenamento jurídico [...] (NOJIRI, 2005, p. 145, grifo do autor).

Nojiri (2005, p. 146) apresenta um exemplo para elucidar o que foi exposto a respeito da criação forte do direito pelos juízes:

Tomemos, por hipótese, uma lei que diz que é proibido pisar na grama, sob pena de multa. No caso de João pisar na grama, possivelmente haverá uma decisão judicial que o condenará ao pagamento de uma multa. Essa decisão é exemplo de criação judicial em seu sentido débil, fraco. Já uma decisão que permite a entrada de uma ambulância em um parque para socorrer uma vítima de enfarto do miocárdio, *ainda que nesse parque sejam expressamente proibida, por lei, a entrada de veículos automotores*, é criação jurídica em sentido forte, já que a interpretação que se deu a esse enunciado normativo, que prescreve uma *proibição*, foi de ver nele uma *permissão*, ainda que não declarada expressamente pelo legislador [grifo do autor].

Em que pese a inegável ocorrência do fenômeno da criação judicial forte do direito em todo o mundo, a doutrina destaca que a atividade judicial, mesmo nesses casos, é vinculada, como visto na Seção 3.3 deste trabalho, não comportando arbitrariedades (NOJIRI, 2005; GRAU, 2005).

No próximo Capítulo, verificar-se-ão algumas causas que intensificam a ocorrência do aludido fenômeno da criação, no sentido forte, ativista, do direito pelos juízes.

4 CAUSAS QUE LEVAM À OCORRÊNCIA DO FENÔMENO DA CRIAÇÃO “FORTE” DO DIREITO PELOS JUÍZES

O presente Capítulo visa demonstrar algumas causas que levam à ocorrência do que ficou denominado no Capítulo anterior como criação “forte” do direito pelos juízes.

Algumas das aludidas causas apresentam-se como reações naturais a mudanças históricas, decorrentes da atividade do Estado, outras, por sua vez, aparecem como sintomas da Crise Paradigmática do Juspositivismo, mencionada no 2º Capítulo deste trabalho, demonstrando fissuras e anomalias dentro do próprio sistema positivo jurídico.

4.1 A TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DO ESTADO MODERNO

O Estado Liberal possuía como característica a valorização da liberdade dos indivíduos e, embora detivesse o monopólio coercitivo, não dirigia ou regulamentava o mercado e a sociedade civil (MEDAUAR, 2003, p. 82). Nas palavras de Allegretti (1989), trazidas por Medauar (2003, p. 82) o Estado Liberal “é a expressão de máxima potência, pois detém o monopólio da força e coação e, ao mesmo tempo, é a expressão da máxima impotência em relação à sociedade, pois não decide os conteúdos dos conflitos”.

Entretanto, esse modelo de Estado do século XIX foi mudando, como resultado de um processo que tem início em fins do século XIX e se acentua na segunda metade do século XX (MEDAUAR, 2003, p. 83).

Muitas causas são apontadas pela doutrina em geral, como por exemplo, a extensão do sufrágio, que, de censitário e restrito, passou a universal, o que acarretou a ampliação das condições de elegibilidade aos cargos políticos, proporcionando, por conseguinte, um aumento na formação de partidos políticos organizados de forma estável sob uma ideologia. Os sindicatos adquiriram força de pressão sobre o Estado, graças às influências das idéias daqueles partidos socialistas, que reivindicavam que a igualdade formal se tornasse real e que as liberdades e direitos previstos nas Constituições fossem efetivados, havendo, assim, justiça social (MEDAUAR, 2003, p. 83).

Medauar (2003, p. 83) assevera que na Europa, em fins do século XIX, começaram a ser editadas leis de proteção social: de início, normas sobre acidentes de trabalho, com responsabilidade limitada dos industriais (na Alemanha, França e Inglaterra), depois leis de seguro-doença, assistência à velhice, invalidez, desemprego e sistema obrigatório de aposentadorias.

Tais demandas sociais, que fizeram nascer a figura dos Direitos Sociais, são resultado da pós-Revolução Industrial, onde com o aumento de empregados trabalhando em indústrias, precisava-se de alguma regulamentação jurídica a respeito de segurança, saúde e medicina no trabalho, bem como de assistência social aos que eventualmente sofressem doenças e acidentes decorrentes do trabalho e não pudessem mais exercer seus ofícios.

Outros fatores foram determinantes para a alteração do papel do Estado Moderno como: “a atuação do Estado nas situações de crise econômica, como por exemplo a crise de 1929; atuação do Estado nos períodos de Guerra (1ª e 2ª), e pós-guerra, para enfrentar as situações de desagregação econômica típicas de tais épocas” (MEDAUAR, 2003, p. 83). Medauar (2003, p. 83), ainda, enumera mais alguns fatores determinantes como a transferência progressiva da população das zonas rurais para as urbanas, “com o surgimento das grandes metrópoles e problemas de convivência de massas humanas; o alto grau de desenvolvimento científico e tecnológico, com reflexos nos padrões de saúde, higiene, instrução, informação e conforto pessoal da coletividade”.

O conjunto desses fatores expostos propiciou, na segunda metade do século XX, o surgimento de um novo modelo de Estado, denominado de Estado do Bem-Estar, ou mesmo, Estado-providência, Estado Social, Estado Assistencialista, *Welfare State*, Estado intervencionista, entre outros nomes.

O Estado, então, passou a intervir em todos os meios da vida social, instrumentalizando suas políticas públicas nas leis. Conseqüentemente, há a ampliação da abrangência do direito [positivo] sobre a vida social, que passou a invadir espaços próprios da esfera privada, até então considerados impermeáveis à atuação estatal, por força da concepção liberal de liberdade negativa, fruto da separação radical entre Estado e sociedade civil (GALVÃO, FERREIRA, 2006, p. 712).

Acerca do assunto, analisando a transição do modelo de Estado e os reflexos na ciência jurídica, Lloyd (1998, p. 424) leciona:

Enquanto se considerou que ao direito dificilmente cabia qualquer papel maior do que preservar a segurança da vida e da propriedade no Estado, e habilitar as pessoas a confiarem em seus compromissos solenes, na convicção de que, se fosse

necessário, um processo de lei faria com que fossem respeitados, era muito natural encarar a ciência jurídica como algo inteiramente autônomo que, portanto, pouco ou nada teria de se preocupar com os outros domínios do conhecimento humano. O moderno Estado do bem-estar, por outro lado, apresenta um quadro muito diferente, em que alguma forma de regulamentação jurídica se infiltrou em quase todos os aspectos concebíveis das atividades sociais e econômicas do homem.

Tal quadro gera um agigantamento do Poder Legislativo, uma vez que há uma explosão de leis, chamada de “inflação jurídica” ou “orgia de leis” (FREITAS FILHO, 2003, p. 46 e CAPPELLETTI, 1993, p. 39), que regulamenta todos os campos da vida social.

Em contrapartida tais leis assumem um caráter político, pois visam a implementação de políticas públicas criadas pelo Governo, assim, a quase totalidade de projetos de lei são de iniciativa do Poder Executivo, o que acarreta o seu agigantamento (*Big Government*), porém, de proporções maiores, sobreponde-se ao Poder Legislativo (FERREIRA FILHO, 2004, p. 48).

Ademais, para dar efetividade e atuação prática a tais intervenções legislativas de políticas públicas demonstrou-se necessária a criação de um aparelho administrativo estatal complexo e gigantesco, interferindo em todas as áreas da vida social, o que contribuiu ainda mais para o crescimento do 'estado burocrático' e o gigantismo do Poder Executivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 39).

Ferreira Filho (2004, p. 47), denominando de Estado Legal o Estado Social, destaca que a “lei, no Estado Legal, se amesquinha reduzida ao papel de instrumento político. Ela se torna um meio para a realização de uma política. Passa a ser um mero “processo de governo”. E o mesmo autor, trazendo lição de Burdeau (1939), leciona que a lei, nesse modelo estatal, “é um meio graças ao qual o poder político busca realizar a ordem social que corresponde à sua concepção do bem comum”. Por isso, ela é freqüentemente 'elemento de programa’”(FERREIRA FILHO, 2004, p. 47).

Como salienta Cappelletti (1993, p. 40-41), toda essa legislação social, decorrente do modelo de Estado até agora exposto, é muito diferente, usualmente, da legislação tradicional. Segundo o jurista, constitui um dado da realidade que a legislação social conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de proteção e repressão. Nesse sentido, o papel do governo, enquanto Estado Social, não pode mais se limitar a ser o de um *gendarme* ou *night watchman*; ao contrário, esse modelo de Estado deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de **promocional**. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre 'certo' e 'errado', ou seja, entre o caso 'justo' e o 'injusto'. E mesmo quando a legislação

social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de **direitos sociais** do que meramente individuais.

A legislação social, instrumentalizadora de direitos sociais, ao contrário da tradicional, exige uma ação muito mais ativa e prolongada no tempo por parte do Estado para a sua efetivação (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Essa legislação social é formada basicamente de normas programáticas, ou seja, como conceituam Bastos e Martins (1998, p. 581) uma “norma social que tem como escopo conceder aos cidadãos direitos contra o Estado [...]. As normas programáticas se caracterizam por serem normas de eficácia limitada, que regulam a matéria de maneira indireta”. “De um lado, são extremamente generosas quanto às dimensões do direito que disciplinam e, por outro lado, são muito avaras nos efeitos que imediatamente produzem” (BASTOS, MARTINS, 1998, p. 582).

As características inerentes a essas normas programáticas na legislação social – como a sua impossibilidade de execução imediata – contribuem em muito para um papel mais ativo não só do Executivo, mas, também, do Poder Judiciário.

Cappelletti (1993, p. 41) ressalta o aumento do poder criativo dos juízes, como consequência do advento da gama de legislação social:

É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juízes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou '*self-executing*', de tais ou direitos programáticos. [...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um 'ramo'. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas 'finalidades e princípios': o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.

Nesse sentido, é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais.

Embora a atividade jurisdicional, no aspecto da interpretação, seja sempre criativa, guardando certo grau de discricionariedade; no caso dessas novas áreas e ramos de atuação do juiz – direitos sociais e normas programáticas, advindos da legislação social – haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos

do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juizes (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

Galvão e Ferreira (2006, p. 712) salientam que com “a retirada da solução dos conflitos inerentes às relações de trabalho da esfera da sociedade civil, em razão da juridicização daquelas, passam estes dissídios a ser mediados pela instituição judiciária”.

A tradução das decisões políticas em normas jurídicas, cujo caráter indeterminado exige, para o seu aperfeiçoamento, a atuação do Poder Judiciário, instância institucional especializada na interpretação e aplicação de normas, faz com que esse Poder acabe por assumir o papel de legislador implícito. (GALVÃO, FERREIRA, 2006, p. 712).

A situação posta veio a demandar, conseqüentemente, um Poder Judiciário mais ativo, mais criativo, mas, também, como lecionam Cappelletti (1993, p. 61) e Galvão e Ferreira (2006, p. 712), um agigantamento do Poder Judiciário. Este agigantamento da atuação do Poder Judiciário, elevado à instância mor de solucionador último dos conflitos sociais, teve, mais recentemente, o incremento através daquilo que Cappelletti (1993, p. 57) denominou de **massificação da tutela jurídica**, principalmente em razão das renovações processuais, que permitiram a invocação da proteção judicial para a defesa de interesses coletivos e difusos, que passaram a ser abrigados pelo manto judicial, mediante a introdução de procedimentos, como, por exemplo, as ações civis públicas (GALVÃO E FERREIRA, 2006, p. 713).

A facilitação do acesso à justiça é uma das conseqüências dessa massificação da tutela jurídica, chamando o Judiciário a atuar mais e em todas as áreas da sociedade civil.

O fenômeno da acelerada e intensa urbanização da vida social, ocasionado no período do pós- Segunda Guerra Mundial, teve enorme influência sobre as relações contratuais, o direito de propriedade, as noções de público e privado e de individual e coletivo, bem como sobre o uso dos direitos de maneira geral. A concentração de grande população nas áreas urbanas proporcionou uma maior facilidade de acesso ao Judiciário para a defesa dos direitos ou a soluções de conflitos, o que explica, em grande parte, o expressivo aumento do número de ações judiciais registrado nas últimas décadas (DALLARI, 1996, p. 6)

Cappelletti (1993, p. 60) salienta que os juizes devem estar preparados para assumir novas responsabilidades que tal contexto lhes impõe. Os litígios processuais assumem projeções gigantescas, guardando grande interesse coletivo, pois envolvem ações de classes sociais e trabalhistas (*Big Labor e Big Organization*), o governo (*Big Government*) e grandes grupos econômicos (*Big Business*). Não se trata somente de uma expansão de poder e

responsabilidade processuais para os juízes, mas também, do aumento do poder criativo e de evolução jurisprudencial do direito por parte dos juízes.

E o aludido jurista italiano assevera que somente um grande Judiciário (*Big Judiciary*), criativo e ativo, pode controlar os demais Poderes estatais e corresponder ao que lhe foi imposto em virtude do novo modelo de Estado:

Permanece certo, de qualquer maneira, que, tanto em face do *Big Business* quanto do *Big Government*, apenas um *Big Judiciary* pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz. Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um 'grande judiciário' estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência (CAPPELLETTI, 1993, p. 61).

Portanto, a alteração da função do Estado Moderno, de Estado Liberal para Estado Social na segunda metade do século XX, contribuiu naturalmente para um papel mais ativo e criativo da função jurisdicional, demandando um Judiciário mais responsável e maior dentro do Estado.

Tal alteração do modelo de Estado gerou muitas outras causas de menor expressão, que, também, contribuíram para uma função judicial mais ativa e vislumbraram sintomas da Crise do Paradigma Juspositivista de matriz kelseniana-exegética, as quais serão analisadas de forma pormenorizada ao longo deste Capítulo.

4.2 O PROCESSO LEGISLATIVO E A SUA DIFICULDADE EM ACOMPANHAR AS REALIDADES SOCIAIS

Como visto na Seção anterior, o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ficou caracterizado pelo gigantismo legislativo. Cappelletti (1993, p. 35), trazendo lição Koopmans (1978), analisa o assunto:

O tipo de estado que, com expressão aproximativa, chamamos *welfare state*, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência.

Tal quadro gerou uma inflação legislativa, pois o Direito Positivo foi utilizado como instrumentalizador de políticas públicas. Freitas Filho (2003, p. 47), evocando análise de Faria (1996), fala de um paradoxo pelo qual o Estado contemporâneo vem a enfrentar em decorrência disso:

O embate entre a função planificadora do Estado e sua conseqüente necessidade de um Direito instrumentalizador de políticas públicas e a tradição jurídica de garantia e segurança demonstra o paradoxo ao qual está sujeito o Estado contemporâneo. Nos dizeres de José Eduardo FARIA, o fenômeno gera a chamada 'inflação jurídica', com a qual o Direito contemporâneo tem de conviver: 'Condicionado assim por dois princípios conflitantes, o da *legalidade* (típico do Estado liberal-clássico) e o da *eficiência* das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo, por meio de seu Poder Executivo, passa a agir de modo paradoxal gerando, em nome da estabilização monetária, do equilíbrio das finanças públicas, da retomada do crescimento e da abertura comercial e financeira, uma corrosiva inflação jurídica' [grifo do autor].

Esse tipo de inflação jurídica, também chamada por Gimore (1977) de 'orgia das leis', como lembra Cappelletti (1993, p. 39), que deu origem ao 'estado legislativo', ocasionou uma perda de legitimidade do próprio Direito Positivo (legislação) e gerou um desprestígio ao Poder Legislativo, uma vez que o Estado não conseguiu praticar e efetivar o proposto na imensa quantidade de leis. Acerca do assunto, Freitas Filho (2003, p. 47), trazendo escólio de Faria (1996), alerta:

'Este tipo de inflação jurídica se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível seu acatamento por seus supostos destinatários e sua aplicação efetiva pelo Judiciário, ocasionando, por conseqüência, a 'desvalorização' progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. No limite, esse processo leva à própria anulação do sistema jurídico, pois, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. Este é o potencial corrosivo da inflação jurídica – o risco da própria morte do direito'.

Destarte, “os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social” (CAPPELLETTI, 1993, p. 44).

A desconfiança nos parlamentos cresce e esse não consegue mais exercer com eficácia o seu múnus, tendo dificuldade para legislar e acompanhar as mudanças e as necessidades sociais.

Como assinala Cappelletti (1993, p. 44)

Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduativas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo.

A velocidade das mudanças sociais, ocasionadas pela Revolução Industrial e, posteriormente, com o fenômeno da globalização no pós-Segunda Guerra Mundial e durante a Guerra Fria, provocaram profundas alterações na teia social e, principalmente na economia mundial, demandando respostas rápidas e urgentes aos Estados.

Tal quadro agrava a dificuldade que o Poder Legislativo possui para acompanhar, regulamentar e intervir na realidade social, dado o seu inchaço, sua imensa quantidade de funções e sua alta burocratização, que o tornam lento e pouco eficaz.

Azevedo (1989, p. 75) salienta que pela própria natureza da função, o ato de legislar é lento e requer reflexão e tempo, algo que está antagonicamente relacionado com a rapidez das alterações ocorridas no mundo social contemporâneo, o que gera um conseqüente descompasso e uma inadequação entre leis e realidades sociais.

Legislar é trabalho difícil, envolvendo discussões, confronto e transação de opiniões, afrontamento de visões do mundo, tudo demandando tempo, enquanto o fluxo da vida não se detém. E nada nos assegura que, a esse descompasso ocasionado pela lentidão com que elaboram as leis e a urgência das razões que as reclamam, não se venha somar a sua inadequação maior ou menor aos fatos a que são prepostas (AZEVEDO, 1989, p. 75).

A lei e o Poder Legislativo, portanto, perdem prestígio em virtude da inflação jurídica e do inchaço de ambos, não podendo corresponder ao exposto no sistema normativo. Nesse viés, Cappelletti (1993, p. 43) enumera a ocorrência do fenômeno da obstrução (*overload*) da função legislativa, aludindo que os parlamentos se viram obrigados a transferir suas atividades normativas ao Poder Executivo para poder suprir as demandas sociais:

De fato, como já afirmei, a criação deste tipo de estado [Estado do Bem-Estar Social] deveu-se na origem, principalmente, à atividade do legislador. No entanto, exatamente em razão do enorme aumento de encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução (*'overload'*) da função legislativa, e este *overload*, que representa tema central da ciência política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica 'praga' dos estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico-liberal. Nesses estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos 'atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas' que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade 'de transferir a outrem grande parte da sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação'. E esses 'outros' a quem a atividade foi transferida são, principalmente, 'o executivo e os seus órgãos e derivados', com toda uma série de entidades e agências, a quem foram confiadas tarefas normativas e administrativas. (CAPPELLETTI, 1993, p. 43).

Essas transferências de poder, somadas às necessidades de um Estado complexo e altamente burocrático para efetivar as políticas públicas dispostas no sistema normativo, bem como responder com rapidez as demandas urgentes, fizeram nascer um 'Estado Administrativo', com um Poder Executivo gigantesco, que possui, inclusive, a capacidade de editar atos normativos.

Ferreira Filho (2004, p. 52) destaca o papel de legislador disfarçado que o Executivo assumiu após o advento do Estado do Bem-Estar Social, em virtude da lentidão do processo legislativo no fornecimento de respostas eficazes a situações urgentes e de rápido acontecimento:

A previsão de um Legislativo ligada à 'separação dos poderes' não é hoje suficiente para impedir que, aberta ou disfarçadamente, o Executivo se torne o (mais freqüente) legislador. Mesmo porque não só ele tende a se tornar o principal encarregado de fazer valer a 'vontade política do povo' na máquina do Estado de Bem-Estar, como, em regra, se compõe da cúpula do partido, ou coligação majoritária. Por este caminho, subordina a si o próprio Legislativo, o Parlamento, pois a decisão, como é óbvio, cabe à maioria que ele, Executivo, controla.

O Poder Legislativo, então, acaba servindo como um mero instrumento condutor do Executivo para formalizar (através do processo legislativo) as diretrizes das políticas públicas do governo.

Entretanto, o sistema normativo ainda autoriza o Poder Executivo a editar os seus próprios atos normativos (inclusive com força de lei), como é o caso das medidas provisórias¹¹, tudo em nome da urgência e velocidade necessária de resposta. São as chamadas "legiferações de urgência" (FERREIRA FILHO, 2004, p. 55).

¹¹ "A medida provisória, prevista no art. 62 da Constituição brasileira de 1988, por sua letra, é também um instrumento de legiferação de urgência. Entretanto, na prática, já que admitida pela jurisprudência a sua

As legislações de urgência são editadas “pelo Governo sem autorização do Parlamento, se destinam a atender 'as exigências imprevistas e imprevisíveis, cuja satisfação é imposta como condição da própria conservação do Estado” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 55).

Afora as legislações de urgência, o Poder Executivo edita outros atos normativos, como, por exemplo, decretos e atos internos como portarias, instruções normativas, que distintamente da natureza pela qual foram criados, acabam por vincular os demais Poderes estatais e os cidadãos e, no caso do Brasil, possuem, na prática, de forma inconstitucional, a mesma força da lei, ou até mais.

O próprio ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição da República, estabelece exceções ao princípio da legalidade, dando ao Poder Executivo o poder de alterar certas matérias que, em regra, só a função legislativa poderia fazer, sem a necessidade de prévia aprovação do Legislativo.

O exemplo mais claro é o previsto no art. 153, § 1º da Carta da República, que excepciona o princípio da estrita legalidade tributária, ao autorizar o Poder Executivo, “nos limites da lei, a alterar a alíquota dos impostos sobre produtos industrializados, importação, exportação e operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores imobiliários” (JARDIM, 2008, p. 191). Tal preceito é compreensível, em virtude do poder de manipulação do cenário econômico que a alteração dessas alíquotas pode realizar, dando respostas rápidas a urgências que uma crise econômica pode demandar, o que não poderia ser feito de forma eficaz através de um longo e burocrático processo legislativo.

Mesmo com todo esse aparato normativo e complexidade burocrático e, até mesmo, devido a isso, o Estado, através dos Poderes Executivo e Legislativo, se ausenta das suas funções para parcela considerável da população, e não implementa os direitos individuais e sociais consagrados na Constituição (FREITAS FILHO, 2003, p. 48). Todo esse complexo mecanismo burocrático criado para efetivar as políticas sociais acabou gerando um efeito inverso, causando um distanciamento entre o Estado (Executivo e Legislativo) e a população, e uma enorme lentidão para a satisfação das demandas sociais solicitadas.

Nesse cenário, resta chamar ao “debate” o Poder Judiciário, mas esse com uma característica mais ativa, pois a situação lhe demanda isso.

Ante a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos e demandas sociais, o Poder Judiciário, pela sua própria natureza, e diante do contido no

reiteração *ad infinitum*, ela se transformou no meio comum de legiferação” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 56).

sistema normativo, possui instrumentos para suprir tal lacuna e efetivar os direitos individuais e sociais, bem como as políticas públicas expostas na legislação social.

A jurisdição constitucional (tema que será analisado no item 4.3 deste Capítulo) é o maior exemplo disso: o Poder Judiciário, quando provocado, através dos institutos do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação popular, ação civil pública, dentre outros, tem total poder para efetivar direitos individuais e sociais dispostos na Constituição e no resto do ordenamento jurídico que não estão sendo observados, cumpridos ou feridos pelo Poder Público (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. XXIV).

O controle judicial ganha um aspecto político necessário, pois visa a controlar as omissões do Poder Público, principalmente no que atine às normas programáticas e direitos sociais dispostos na carta política que é a Constituição da República Federativa do Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. XXIV).

No campo do direito privado, o Poder Judiciário, ao longo das últimas décadas, vem se mostrando ativo, criando constantemente direito no sentido “forte”.

Em “muitas situações, é possível verificar a lenta evolução de um determinado instituto, ou mesmo de uma situação fática relevante para o direito, nas soluções que os tribunais pátrios conferem aos casos que lhe são submetidos à apreciação” (TUCCI, 2004, p. 288).

Tucci (2004, p. 288) lembra que, em “matéria de direito de família, a quebra de paradigmas pela influência imediata dos precedentes é ainda mais acentuada”. O mesmo autor ilustra alguns exemplos de precedentes judiciais que serviram para introduzir inovações ao Código Civil de 2002:

Inúmeras inovações inseridas em nosso novo Código Civil nada mais representam do que a mera recepção, pela lei escrita, de orientação jurisprudencial sedimentada. Basta lembrar a reiteração de julgados acerca do crescente prestígio da figura paterna, em termos de guarda de filhos menores; ou ainda a mitigação do elemento culpa, para a desconstituição da obrigação alimentar, que já vinha tomando corpo na jurisprudência mais recente.

O exemplo mais instigante e com uma rica trajetória na jurisprudência é o que concerne aos direitos da concubina. O concubinato era termo praticamente proscrito da legislação civil. Entretanto, logo após os primeiros julgados que atribuíram direito previdenciário à concubina, institui-se uma sólida corrente jurisprudencial no sentido de

atenuar as injustiças decorrentes da falta de regulamentação legislativa acerca da matéria (TUCCI, 2004, p. 288).

Posteriormente, o denominado concubinato passou a ser tratado como verdadeira sociedade de fato pela jurisprudência dominante, ensejando a formulação da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal¹², que instituiu a comunicação de aquestos, desde que comprovado o esforço comum, para a aquisição onerosa de bens (TUCCI, 2004, p. 289).

Como assinala Tucci (2004, p. 289):

A evolução dos *precedentes judiciais* sobre essa importante questão social acabou tornando imperiosa a regulamentação legislativa da união estável, primeiramente, pelo art. 226, § 3º, da Constituição Federal, até a disciplina dos arts. 1.723 a 1.727 do novo Código Civil que, em grande parte, positivou a linha de pensamento predominante nos tribunais pátrios.

Tucci (2004, p. 293), ainda lembra que, no âmbito do direito das obrigações, os precedentes judiciais também exerceram um importante papel de revitalização e inovação do direito pátrio positivado, colacionando alguns exemplos. Vejamos:

É importante lembrar, ainda, que o Código Civil de 1916 e tampouco a legislação extravagante não continham normas expressas sobre a lesão, como causa de invalidade do negócio jurídico (art. 157 do novo CC [Código Civil]), sobre a resolução por excessiva onerosidade (arts. 478 a 480, novo CC), ou mesmo acerca do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do novo CC). A despeito destas lacunas, há incontáveis *precedentes judiciais* produzidos durante a vigência do diploma revogado [Código Civil de 1916], que permitiram, nas referidas situações, a revisão dos contratos ou decretaram a sua invalidade, ensejando verdadeira sistematização dogmática não positivada, mas que agora foi expressamente contemplada.

Nojiri (2005, p. 152) lembra, ainda, da criação e aplicação pelos tribunais do instituto da exceção de pré-executividade no âmbito do processo de execução e do princípio da bagatela no processo penal.

Impende acrescentar que a atividade criativa dos juízes não produz/produziu direito somente em virtude das omissões legislativas. Alguns institutos previstos na legislação passaram a ser desprezados pelos tribunais, até perderem toda a imperatividade ínsita às normas legais. Exemplo dessas “revogações judiciais” é o superamento cultural do crime de adultério, que gerou completo desuso do correlato impedimento matrimonial entre o cônjuge adúltero e o seu co-réu, até ser completamente abolido do texto do art. 1.521 do novo Código

¹² Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Civil. Também o defloramento da mulher, como causa de anulabilidade de casamento, perdeu força nos tribunais e, com o passar do tempo, foi acintosamente desconsiderado pelos precedentes judiciais, até deixar de ser deduzido como causa de pedir (TUCCI, 2004, p. 293).

Dada a dificuldade de acompanhamento das mudanças e demandas sociais pelo Poder Público, principalmente pelo Poder Legislativo, demonstra-se inquestionável e extremamente necessário, como visto, o papel ativo do juiz – ante o seu poder criativo do direito, humanizador e atualizador – de agente concretizador dos direitos e anseios sociais (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. XXIV).

O papel criativo e ativo do juiz nesse processo contribuirá para a sadia evolução e adequação do direito no contexto social, pois como assinala Azevedo (1989, p. 76), citando Cornil (1924), “a função do legislador serve à necessidade de estabilidade das relações sociais e a do juiz à necessidade não menos imperiosa de mobilidade das relações sociais”.

Com a criação de constituições dirigentes no âmbito dos Estados do Bem-estar social, a jurisdição constitucional veio à tona como um dos principais instrumentos para a efetivação de políticas públicas, consubstanciadas em direitos sociais e fundamentais pelo legislador constituinte.

4.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional, juntamente com a positivação dos direitos humanos fundamentais nas Cartas Constitucionais de diversos países, contribuiu para uma capacidade ativa do Poder Judiciário, principalmente nos dois Pós-Guerras Mundiais, em reação aos regimes ditatoriais.

Como salienta Cappelletti (1993, p. 61) a proclamação, em número crescente de países, de catálogos de direitos fundamentais do homem ou *Bill of Rights*, sendo elevados a nível constitucional (“entrenched”), tornando-se assim vinculantes também para o legislador ordinário, alterou profundamente a função judiciária no século XX em diante.

Cappelletti (1993, p. 62), acerca do assunto, destaca que a chamada 'justiça constitucional das liberdades' ou 'Grundrechtsgerichtsbarkeit', ou seja, a proteção jurisdicional

dos direitos fundamentais, “tornou-se parte importante e em rápida expansão do fenômeno da justiça constitucional, que passou a se impor nos países integrantes da arena principal dos mencionados abusos [ditatoriais]: a Alemanha Federal, Itália, Áustria e também o Japão[...]”.

O mesmo autor afirma que a expansão da justiça constitucional das liberdades originou-se da crise do Estado de Direito e de sua 'orgia de leis' (CAPPELLETTI, 1993, p. 65), derrubando a supremacia dos parlamentos em detrimento de uma soberania dos direitos humanos positivados na Constituição. Vejamos:

Parece inegável que esse imponente acontecimento, a expansão do que tínhamos chamado de justiça constitucional das liberdades (nacional ou supranacional), tenha sido causado, entre outros motivos, exatamente pela crise de desconfiança no 'estado leviatã', e em particular pela 'orgia de leis', que constitui típico produto desse estado [...] Enquanto os parlamentos nacionais eram aceitos como 'supremos', nenhuma *lex superior* e, assim, nenhuma declaração de direitos com força vinculativa também para o legislador, podia considerar-se necessária. Na verdade, exatamente em razão da supremacia dos parlamentos, nem sequer era concebível. Os mencionados 'Higher Law' e 'Bill of Rights', nacionais e supranacionais, tornaram-se, ao contrário, concebíveis ou absolutamente necessários no próprio momento em que os povos sentiram que certas normas e princípios, exprimindo valores fundamentais e irrenunciáveis, podiam ser ameaçados, e de fato se encontravam ameaçados, pelos próprios poderes legislativos.

Desse modo, “a idéia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular e, da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cedeu espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 382). Esse Estado se “assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais, onde a justiça constitucional é nota essencial” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 382).

Cunha Júnior (2004, p. 382) ressalta que a “soberania do Legislativo foi substituída pela soberania e supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado.

Ante a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais positivados nas cartas constitucionais, tem-se exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação muito mais ativa, máxime em face das omissões estatais lesivas a esses direitos. Nesse fato, reside, sem dúvida, a melhor das justificativas da legitimidade dessa justiça constitucional e da jurisdição constitucional, como instrumento de efetivo controle judicial das omissões do poder público (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 384).

Cunha Júnior (2004, p. 384) lembra que “o que caracteriza a democracia não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis – hoje mera ficção – mas, sim, o

respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário”.

Tais concepções de cunho humanista-constitucionalista elevam o Poder Judiciário a uma esfera muito mais ativa, desmistificando uma utópica vontade popular na feitura de leis pelo Legislativo.

Em virtude disso, muitas críticas surgem a respeito da jurisdição constitucional e desse importante poder dado ao Judiciário no Estado Democrático de Direito. Tais objeções dirigem-se à não-legitimidade da jurisdição constitucional, sob o argumento de que essa jurisdição fere de frente o princípio da separação dos Poderes e restringe a “vontade nacional” expressa através das leis votadas no parlamento (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 385).

A respeito dessas críticas e a polêmica levantada em torno do ferimento do princípio da separação dos Poderes pela justiça constitucional, Galvão e Ferreira (2006, p. 714) comentam o seguinte:

A polêmica, todavia, se colocava sob uma perspectiva equivocada, como se o Judiciário se postasse na condição de Poder Hierarquicamente superior ao Legislativo e ao Executivo e por isso mesmo capaz de revogar a lei por eles criada. Na verdade, o que se pôs em evidência foi a supremacia da constituição, ao mesmo tempo em que se constatava o dever do Judiciário de fazer prevalecer a Lei Maior diante de atos hierarquicamente inferiores que lhes fossem antagônicos.

A legitimidade da jurisdição constitucional é reconhecida pela quase totalidade de países e, inclusive, é essencial ao modelo de Estado por eles adotado. A respeito do assunto, explicita Cunha Júnior (2004, p. 385), através de lição de Teixeira (1991) que

[...]o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas *a vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição*. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifesta pelo Legislativo, através da lei ordinária, e em desacordo com a Constituição, é evidente que só à primeira cabe prevalecer. Se num país de rigidez constitucional acha-se a lei ordinária em desacordo com a Constituição, essa lei ordinária é apenas uma 'aparência' da vontade nacional, uma pseudovontade da Nação, pois a autêntica, a verdadeira vontade nacional já se manifestou, cercado-se de todas as cautelas, soberana e inconfundível, nos preceitos constitucionais' [grifo do autor].

Essas argumentações, a respeito da supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias editadas pelo Poder Legislativo e do controle pelo Judiciário de atos legislativos parlamentares contrários a essa, deve-se ao constitucionalismo norte-americano, sendo considerada a criação jurídica mais importante daquele país, ao lado do sistema federal (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 406).

A Constituição dos EUA, de 17 de setembro de 1787, consagrou essa supremacia constitucional, ao incluir no seu artigo VI, cláusula 2ª (*supremacy clause*), a seguinte redação (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 406):

Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juizes de todos os Estados deverão obedecer, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.

Como destaca Cunha Júnior (2004, p. 406) com “supedâneo neste dispositivo, formou-se, em seu derredor, todo o sistema da *judicial review*, a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, por obra do *Chief Justice* JOHN MARSHALL”.

E o mesmo autor alude que “a decisão de MARSHALL representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também do poder e dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 406).

Cunha Júnior (2004, p. 406) explica a argumentação levantada por John Marshall naquele fatídico julgamento:

Considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juizes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre as duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior. Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que MARSHALL faz, no sentido de que, quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode mudá-la ao seu gosto através de lei ordinária. Segundo MARSHALL, não havia meio termo entre essas duas alternativas. Como cediço, a Corte, influenciada por MARSHALL, optou pela primeira alternativa, consolidando o sistema judicial do controle de constitucionalidade, servindo de modelo e referencial obrigatório para muitos países da América e, inclusive, da Europa.

Tal decisão acabou limitando os poderes do Legislativo, que, desde a Revolução Francesa, guardava certa supremacia e soberania no Estado.

Com a efetivação do controle de constitucionalidade (incluindo os controles difuso e concentrado, bem como a ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção etc.) estava fortalecida a jurisdição constitucional e o papel do Judiciário, através das Cortes Constitucionais, tornando-se, assim, um Poder muito mais ativo e criativo, fundamental para o Estado Democrático de Direito (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. XXIV).

Nesse sentido, Galvão e Ferreira (2006, p. 714) destacam o papel muito mais criativo que foi estabelecido à interpretação constitucional no final da década de 80, visando, assim, a garantia dos direitos fundamentais expostos no Texto Maior:

O surgimento e o desenvolvimento da justiça constitucional na Europa, depois da primeira guerra mundial, com desdobramentos significativos após a segunda guerra e na seqüência da reorganização política dos países do leste europeu, a partir de 1989, após o esfacelamento da União Soviética, representaria uma nova e decisiva etapa na consolidação do papel criativo da interpretação jurisdicional, na medida em que foi sendo gradativamente realçada a necessidade de se dar à norma constitucional uma interpretação capaz de assegurar a prevalência dos princípios e valores consagrados na constituição (GALVÃO, FERREIRA, 2006, p. 714).

Como acentua Cappelletti (1993, p. 66) os direitos fundamentais positivados nas constituições, assim como os direitos sociais e econômicos, todos, a princípio, decorrentes de normas constitucionais programáticas, exigem uma ativa e prolongada intervenção estatal para sua concretização. Nesse sentido, ante a impossibilidade dessa intervenção permanente do Estado, a atividade judicial constitucional acabou por ser exigida com maior efetividade e ativismo, gerando um maior grau de criatividade à função judiciária para poder cumprir os direitos positivados nos textos constitucionais.

O aludido autor italiano, complementando o assunto, destaca que há um maior grau de criatividade exigido na justiça constitucional do que em relação à justiça ordinária:

Vimos como a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade. Obviamente, isto não é menos verdade quando tais direitos sociais, ao invés de ficarem no nível da legislação ordinária, sejam elevados à condição de direitos constitucionais, mediante inserção nos catálogos dos direitos fundamentais [...] o grau de criatividade necessário pode ser deveras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que usualmente, no da ordinária (CAPPELLETTI, 1993, p. 67).

Outro aspecto que contribui bastante para uma maior criatividade judicial em relação à justiça constitucional, segundo relata Cappelletti (1993, p. 67), diz respeito ao modo como são redigidos os textos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais. Vejamos o que diz o jurista italiano:

Os textos constitucionais e, em seu âmbito, os catálogos dos direitos fundamentais, são normalmente redigidos de forma mais breve e sintética, com implícita menção das leis ordinárias, e os seus preceitos são freqüentemente formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça... A primária intenção dos *'Bill of Rights'*, com efeito, é exatamente a de afirmar a prioridade de certos valores também substanciais, mais que prescrever certas regras de procedimento (ou pelo menos acrescentar algo a essas). Mesmo quando efetivamente prescrevem (ou parecem prescrever) regras de procedimento, fazem-no empregando conceitos vagos

de valor, como 'tratamento *igual*', 'regras de *justiça natural*', '*due process of law*' etc. (CAPPELLETTI, 1993, p. 67, grifo do autor).

Barroso e Barcelos (2003, p. 332) coadunam com a posição levantada por Cappelletti, e comentam a respeito da nova interpretação constitucional, aduzindo que as “normas jurídicas em geral e as constitucionais em particular não trazem sempre em si um sentido único, válido para todas as situações sobre as quais incidem”. Assim, segundo os aludidos autores:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. Á vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, BARCELOS, 2003, p. 332).

O tribunal constitucional, portanto, é investido numa tarefa árdua de dar conteúdo a preceitos enigmáticos, valores, conceitos vagos e principiológicos, gerando uma função ativa e criativa do Poder Judiciário.

Assim, a “jurisdição constitucional se tornaria de fato, no século XX, um marco decisivo [...] na consolidação do Estado de Direito” (GALVÃO, FERREIRA, 2006, p. 715). Galvão e Ferreira (2006, p. 715), trazendo escólio de Vieira (2002), enumeram as principais funções de um tribunal constitucional no atual Estado Constitucionalista Democrático:

Quatro podem ser as funções fundamentais de um tribunal constitucional dentro do constitucionalismo democrático: assegurar a continuidade do regime democrático (no sentido procedimental) corrigindo-lhe eventuais distorções; garantir a supremacia as decisões constitucionais frente às decisões políticas ordinárias, o que inclui a garantia da separação dos poderes e da federação, onde houver: resguardar direitos e valores fundamentais, frente à qualquer tipo de decisão política; e, nos Estados pós-liberais, assegurar a realização dos parâmetros de justiça substantiva incorporados pelo texto constitucional.

Percebe-se, portanto, que a legitimidade da justiça constitucional repousa na extraordinária capacidade que ela tem de harmonizar os valores do Estado Democrático – esses consolidados no governo da maioria – e os valores do Estado de Direito – consolidados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais –, de tal sorte que não só as maiorias, mas também as minorias passam a merecer proteção no âmbito do Estado Democrático de Direito (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 387).

Como destacam Galvão e Ferreira (2006, p. 718), citando Garapon (1996), os juízes aparecem como guardiões das promessas democráticas, “eis que o Judiciário surge como um 'estuário de insatisfações existentes' com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado para o exercício de funções constitucionais que o identificam como defensor dos valores fundamentais”.

A partir da consolidação da justiça constitucional, o Poder Judiciário, dado o alto grau de ativismo e criatividade que lhe são sugeridos, apresenta-se, finalmente, como o terceiro poder estatal gigante, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo (CAPPELLETTI, 1993, p. 66).

Nesse viés, a consagração da jurisdição constitucional se apresenta como uma das principais causas do agigantamento do Poder Judiciário e de seu ativismo e criatividade judiciais.

4.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A cláusula geral apresenta-se como um dos institutos inseridos no ordenamento jurídico pátrio mais importante para a harmonização entre o direito positivado e o discurso social, compactuando para uma concreta humanização do Direito e efetivação da Justiça.

É um instrumento que confere amplo poder ao Judiciário e à doutrina, elevando a equidade e a jurisprudência à qualidade de fontes do direito.

Tartuce (2008, p. 92, grifo do autor), baseado nos ensinamentos de Martins-Costa (2002), conceitua as cláusulas gerais como “*janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso*”.

Jorge Junior (2004, p. 40), citando Martins-Costa (2002), esclarece que nas cláusulas gerais

A formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados 'conceitos jurídicos indeterminados'. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as conseqüências, é desdenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado.

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa, “sendo certo que é feita a escolha pela utilização de expressões vagas, a exemplo de 'boa fé' (arts. 113, 187 e 422 do CC) e 'bons costumes' (arts. 13 e 187 do CC, sem prejuízo de outros dispositivos)”(TARTUCE, 2008, p. 93).

Tartuce (2008, p. 91), novamente utilizando o escólio de Martins-Costa (2002), explica a intenção do legislador ao empregar as cláusulas gerais no ordenamento jurídico:

Estas janelas, bem denominadas por Irti de 'concetti di collegamento', com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de 'standards', arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento jurídico.

As cláusulas gerais, portanto, contribuem para que o sistema positivado não permaneça fechado e auto-suficiente, permitindo uma constante atualização do ordenamento jurídico, mediante a inserção de elementos sociais externos (direitos, deveres, valores, princípios) ao *corpus* codificado.

Nesse sentido, Jorge Junior (2004, p. 23) acrescenta que as cláusulas gerais funcionariam como elementos de “conexão entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e, para alguns autores, caracterizar-se-iam por uma função bem mais ampla, qual seja, a de propiciar o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico e que podem, através das cláusulas gerais, vir a ser nele introduzidos pela atividade jurisdicional”.

Através do implemento das cláusulas gerais, a atividade jurisdicional ganha maior responsabilidade social, sendo uma intermediadora entre o sistema positivo e a sociedade, filtrando os valores e demais apelos sociais, os mesclando (e os infiltrando com o) no direito positivado, com o intuito de concretizar, assim, o direito de forma mais humana e justa, através de suas sentenças (normas jurídicas) (TARTUCE, 2008, p. 93, 105).

Jorge Junior (2004, p. 23), expõe pensamento idêntico ao até aqui exposto, citando Martin-Costa (2002):

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual **é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe uma mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para**

elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico[grifo nosso].

Esse papel conferido pelas cláusulas gerais à atividade jurisdicional está constantemente sendo alvo de críticas por alguns autores. Tais juristas afirmam que o sistema de cláusulas gerais, por ser vago e impreciso e conferir amplos poderes discricionários aos juízes, geraria desconfiança, insegurança e incerteza jurídicas. Alguns aduzem, ainda, que muitas vezes no passado, em outros países, as cláusulas gerais acabaram se tornando letras mortas no ordenamento jurídico (TARTUCE, 2008, p. 92)¹³.

Entretanto, grande parte da doutrina e dos demais estudiosos do tema se inclinam a favor da inserção das cláusulas gerais no ordenamento jurídico.

Tartuce (2008, p. 93) não concorda com o argumento de que tal sistema seria uma ameaça à segurança jurídica, aduzindo que, “Na realidade, a segurança jurídica perde espaço para a busca de um direito mais humano, centrado na proteção da pessoa e em valores existenciais. *O século atual é o século da tutela dos direitos*” (TARTUCE, 2008, p. 93, grifo do autor).

Kataoka (2006, p. 365) reconhece que “a técnica legislativa tradicional não pode captar a riqueza casuística de hoje”. Nesse sentido, acrescenta o mencionado jurista:

Os esquemas de lógica formal pura, que imperaram por tanto tempo na Jurisprudência, com o objetivo de garantir segurança jurídica, não podem mais ser usados como antes. O mundo do século XXI está marcado pela mutação cada vez mais acelerada da realidade social. O século XIX, por seu turno, foi vincado por um imobilismo histórico, que permitia uma cômoda impressão de segurança, apesar das injustiças sociais inaceitáveis aos olhos de hoje, refletida em uma garantia de segurança jurídica em elevado grau.

É notável que o processo legislativo e os meios tradicionais de legislar não conseguem acompanhar as mutações sociais do mundo atual. Nesse sentido, surgem como uma conseqüência (sintomática) a esse mal, as cláusulas gerais, que representam esse reconhecimento do legislador da impossibilidade de o sistema positivo abarcar todos os acontecimentos sociais (casuística).

¹³ As críticas aqui apresentadas por Tartuce (2008, p. 92) são do autor Gustavo Tepedino (**Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999), que depois veio a ser tornar um entusiasta do sistema de cláusulas gerais, passando a defendê-las (TARTUCE, 2008, p. 92). Muitos outros juristas, como por exemplo, Kataoka (2006, p. 365) aduzem que tal sistema de cláusulas pode gerar desigualdade e insegurança jurídica, porém reconhece a sua imperiosa necessidade no direito moderno.

Na mesma esteira, acentua Joge Junior (2004, p. 54), citando Rodotà, que as “cláusulas gerais necessitam ser compreendidas no binômio direito-realidade, ou, mais explicitamente, na impossibilidade de se reduzir toda a realidade a esquemas rígidos e predeterminados”. A respeito do preenchimento dos conceitos vagos contidos nas cláusulas gerais, caberá ao aplicador “completar o trabalho do legislador, *criando o direito caso a caso*” (TARTUCE, 2008, p. 94, grifo do autor).

Nesse viés, o trabalho jurisdicional, através dos precedentes, deverá decantar e firmar objetivamente os conceitos gerais e indeterminados contidos nas cláusulas gerais, gerando uma maior certeza e segurança aos jurisdicionados. Acerca do tema, ensina Jorge Junior (2004, p. 56):

Partindo para a concretização desses conceitos gerais (boa-fé, culpa, equidade etc.), para a construção da 'norma de caso', os órgãos jurisdicionais vão sedimentando, com o passar do tempo, um 'grupo de casos' que, por se referirem a hipóteses concretas semelhantes, preenchem de sentido estas expressões formuladas abstratamente e, por conseguinte, conferem-lhes concretude de significado e a possibilidade de se estabelecer um *controle* na aplicação desses enunciados normativos no sistema.

A padronização de conceitos através dos precedentes jurisdicionais – “grupos de casos” (*Fallgruppen*) – foi um instrumento utilizado pelos tribunais alemães para que as cláusulas gerais do BGB (Código Civil alemão) fossem dotadas de sentido, acabando por “redundar numa 'tipificação' das cláusulas gerais consubstanciada nas coletâneas de julgados editadas sobre casos semelhantes” (JORGE JUNIOR, 2004, p. 56).

Assim, para minimizar o problema da incerteza e insegurança jurídicas causado pela vagueza dos conceitos, os precedentes jurisprudenciais ganham maior relevo no direito moderno (JORGE JUNIOR, 2004, p. 60).

A questão referente à concretização e padronização de sentidos das cláusulas gerais está sendo vivenciada no ordenamento jurídico pátrio graças ao Novo Código Civil de 2002 e a mudança de postura principiológica adotada por esse *codex* por influência de Miguel Reale (TARTUCE, 2008, p. 94)¹⁴.

¹⁴ É bem verdade que as cláusulas gerais, principalmente os conceitos indeterminados são, desde há muito, utilizados pelo constituinte. A Constituição de 1988, por exemplo, adotou inúmeros conceitos vagos, como: “relevância e urgência” (arts. 62, CF) e outros: “pluralismo político”, “desenvolvimento nacional”, “segurança pública”, “interesse público”, “interesse social”, “propriedade produtiva” etc. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se manifestou incontáveis vezes acerca do sentido e do alcance desses conceitos indeterminados na Constituição de 1988 e.g. STF, DJU, 23 abr. 2004, ADInMC 2.213/DF, Rel. Min. Celso de Mello (BARROSO, 2009, p. 315).

Os novos princípios básicos adotados pelo Código Civil de 2002, **socialidade**, **eticidade** e **operabilidade**, principalmente esses dois últimos, conferem maior “poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa” (GONÇALVES, 2005, p. 25).

Os princípios da eticidade e da operabilidade proporcionaram a implantação do sistema das cláusulas gerais no aludido *codex* civilista. O atual Código Civil, através dos mencionados princípios e das cláusulas gerais “abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores” (TARTUCE, 2008, p. 95).

Permite-se, portanto, que os conceitos e institutos jurídicos não sejam mais predeterminados por um sistema positivo fechado, o que gerava um distanciamento de valores, conceitos e institutos jurídicos frente à realidade social. Com a nova sistemática, tais institutos valores e conceitos são criados a partir de casos concretos levados ao Judiciário e aperfeiçoados pela jurisprudência, graças à instrumentalização concedida pelas cláusulas gerais.

A respeito do assunto, Tartuce (2008, p. 105) sintetiza todo o exposto e sentencia:

Nunca é demais frisar que as cláusulas gerais que constam da nova codificação, a serem delineadas pela jurisprudência e pela comunidade jurídica, devem ser baseadas nas experiências pessoais dos aplicadores e dos julgadores, que também devem ser atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhes é levada para apreciação. Ilustrando, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas [...] A experiência do julgador entra em cena para a aplicação da equidade e das regras de razão [...] **Por meio desse mecanismo [cláusulas gerais] é que o juiz acaba criando o direito, dando concretude ou operabilidade às normas jurídicas.** Essa é a tendência do direito atual, sendo dela decorrente a já conhecida emergência dos direitos difusos e coletivos, bem como a crescente ingerência que a esfera pública passou a exercer sobre a esfera privada [grifo nosso].

Destarte, as cláusulas gerais, certamente, são uma das maiores causas que contribuem para a criação “forte” do direito pelos juízes atualmente, contribuindo para a harmonização e atualização do sistema positivo em relação aos ditames da sociedade.

4.5 AS LACUNAS E AS ANTINOMIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O sistema jurídico adotado pelo Brasil é o *Civil Law*, ou seja, “a lei é indiscutivelmente a mais importante das fontes da ordem jurídica” (TARTUCE, 2008, p. 27).

Nesse sentido, o texto previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade), demonstra muito bem qual o alcance da norma jurídica para o ordenamento jurídico nacional (TARTUCE, 2008, p. 28). Dessa forma, segundo tal sistema, “prevista a lei para um caso concreto, merece esta aplicação direta, conhecida como *subsunção*, conceituada como sendo a incidência imediata ou direta de uma norma jurídica” (TARTUCE, 2008, p. 28, grifo do autor).

Ocorre que o direito é mutável, variando no tempo e no espaço constantemente, conforme as alterações promovidas pela/na sociedade; o direito, nesse sentido, é uma incompletude (GARCIA, 1996, p. 115). “E, sob tal prisma, não há sistema jurídico que seja completo, assim, como também não há legislador que tudo abarque quando legisla” (GARCIA, 1996, p. 115).

Nesse viés, como analisado no Capítulo 3, pode-se afirmar que a completude do legislador e do ordenamento jurídico é um dogma que não corresponde à realidade, sendo uma ilusão, uma ficção (GARCIA, 1996, p. 115).

Reconhecendo-se que o ordenamento jurídico é um sistema aberto, no qual há lacunas, cumpre destacar que essas lacunas não são do direito, mas da lei, omissa em alguns casos, ou seja, o direito não é lacunoso, mas há lacunas. Nesse sentido:

O direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se se captar o direito estaticamente. É ele lacunoso, mas sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo é completável (DINIZ, 1997, p. 298).

As “lacunas existentes são essencialmente da lei: ausência de uma determinada norma jurídica prevista para o caso concreto” (TARTUCE, 2008, p. 28). Isso ocorre devido à disparidade de velocidade das mutações entre o direito positivado e as relações sociais, sendo o primeiro muito mais conservador e de mutação muito mais lenta, não acompanhando a sociedade.

Denota-se, assim, que o sistema jurídico, dada a sua incompletude – assim como o direito que constantemente evolui e se completa – não é capaz de solucionar sozinho o caso concreto (DINIZ, 1997, p. 298).

Por diversas vezes, o juiz, para dirimir as demandas sociais que lhe são apresentadas, não encontra, dentro do ordenamento jurídico, a lei, ou melhor, o texto normativo escrito, (uma de suas matérias-primas para a produção da norma jurídica individual) adaptável ao caso *sub judice*, nasce, então, a problemática das lacunas da lei.

Prevendo tal situação, o art. 4º, da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), dispõe que somente quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Nesse caso, aplicar-se-ão as demais formas de “expressão direta do direito, as denominadas *formas de integração da norma jurídica*, que são ferramentas para a correção do sistema, utilizadas quando não houver norma prevista para o caso concreto” (TARTUCE, 2008, p. 28, grifo do autor).

Ademais, por força do art. 126 do Código de Processo Civil Brasileiro, em sintonia com o exposto no art. 4º da LICC, o “juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Assim, esse “dispositivo veda que o magistrado não julgue o caso concreto, o que se denomina *non liquet*” (TARTUCE, 2008, p. 28).

O art. 127 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), por sua vez, prevê que o juiz só se utilizará da equidade – uma das formas de integração da norma jurídica – para decidir a lide nos casos previstos em lei.

Tartuce (2008, p. 56, grifo do autor) traz a noção aristotélica de equidade como sendo “o uso do bom senso, a justiça do caso particular, mediante a adaptação razoável da lei ao caso concreto”, sendo definida, enfim, como “a *justiça do caso concreto*, o julgamento com a convicção do que é justo”, para, então, criticar o art. 127 do Código de Processo Civil (CPC)¹⁵. Vejamos:

No que tange ao art. 127 do CPC, trata-se de um dispositivo altamente criticável, uma vez que, na literalidade, somente autoriza a aplicação da equidade aos casos previstos em lei. Ora, a justiça do caso concreto é a prioridade do Direito, não

¹⁵ Tartuce (2008, p. 27), inclusive, defende que a equidade, segundo a sistemática do atual Código Civil, ante os princípios da eticidade e da operabilidade adotados por esse *codex*, bem como, pelo sistema de cláusulas abertas, deve ser considerada fonte não formal, indireta ou mediata do Direito Privado. Explica o autor que pelo sistema das cláusulas gerais o aplicador do Direito é muitas vezes convocado a preencher “janelas abertas” deixadas pelo legislador, de acordo com a equidade, o bom senso (TARTUCE, 2008, p. 27).

havendo necessidade de autorização expressa pela norma jurídica. Ademais, pode-se dizer que a equidade é implícita à própria lei (TARTUCE, 2008, p. 56).

Feitas as devidas críticas, passa-se à análise conceitual e classificatória das lacunas. Imperioso colacionar lição de Diniz (1997, p. 95), na qual a autora apresenta uma classificação das espécies de lacunas existentes. Vejamos:

1^a) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2^a) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o anciloso da norma positiva; 3^a) *axiológica*, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.

Diniz (1997), ainda, num outro momento, conforme lembra Tartuce (2008, p. 29), elenca a *lacuna de conflito ou antinomia* como mais uma espécie de lacuna, conceituando essa modalidade como “choque de duas ou mais normas válidas, pendente de solução no caso concreto” (TARTUCE, 2008, p. 29, grifo do autor).

As antinomias ou lacunas de conflito ocorrem quando da “*presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto*” (TARTUCE, 2008, p. 57, grifo do autor).

Bobbio (1997, p. 86) complementa o conceito:

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.[...] Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas: 1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento [...] 2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: *temporal, espacial, pessoal e material*.

Para a solução das antinomias, três critérios devem ser levados em conta: “*a) critério cronológico*: norma posterior prevalece sobre norma anterior; *b) critério da especialidade*: norma especial prevalece sobre norma geral; *c) critério hierárquico*: norma superior prevalece sobre norma inferior” (TARTUCE, 2008, p. 57, grifo do autor).

A aporia aparece quando ocorre conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, havendo uma norma super-geral e outra norma inferior especial, não sendo possível estabelecer uma regra metódica geral para o caso (TARTUCE, 2008, p. 59).

Desse modo, havendo choque entre os critérios hierárquico e o da especialidade, dois caminhos de solução podem ser dados no caso de antinomia, um pelo Poder Legislativo e outro pelo Poder Judiciário (TARTUCE, 2008, p. 60).

Tartuce (2008, p. 60) explica os caminhos que podem ser adotados por cada um dos Poderes mencionados:

Pelo legislativo, cabe a edição de uma terceira norma, dizendo qual das duas normas em conflito deve ser aplicada. Mas, para o âmbito jurídico, o que mais interessa é a solução do judiciário. Assim, o caminho do magistrado é a adoção do princípio máximo de justiça, podendo o magistrado, o juiz da causa, de acordo com a sua convicção e aplicando os arts. 4º e 5º da LICC, adotar uma das duas normas, para solucionar o problema [...] Pelo art. 4º, pode o magistrado aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, sem que essa ordem seja obrigatoriamente respeitada. Seguindo o que preceitua o seu art. 5º, deve o juiz buscar a função social da norma e as exigências do bem comum, ou seja, a pacificação social. Não se pode esquecer, também, da aplicação imediata dos princípios fundamentais que protegem a pessoa humana.

Cumprido lembrar que, conforme pregado pela nova doutrina hermenêutica, os preceitos contidos nos arts. 4º e 5º da LICC, bem como os fatos do caso concreto e a equidade, devem ser aplicados conjuntamente pelo juiz, estando sempre presentes na feitura da decisão judicial, mesmo quando há texto normativo que regule o caso concreto, mas, principalmente, quando há lacuna ou antinomia no caso *sub judice*. Nesse segundo caso, o papel do juiz se torna mais difícil, pois não há texto de normativo (ou existe conflito entre dois textos de lei) para se utilizar como matéria-prima.

Quando uma lacuna ou antinomia se apresenta ao magistrado num determinado caso, seu poder de criação num campo de liberdade vigiada aumenta. Todavia, insta destacar que tal poder de criação, a exemplo do que foi exposto no item 3.3 deste trabalho, não é ilimitado e muito menos arbitrário.

Diniz (1997, p. 280), citando Larenz (1966), comenta a respeito do tema, lecionando as limitações do magistrado quando se deparar com uma lacuna e/ou antinomia durante a feitura da norma individual:

O magistrado tem, como dissemos, ao aplicar as normas jurídicas, criando uma norma individual, autorização de interpretá-las e integrá-las, devendo, para tanto, manter-se dentro dos limites estabelecidos pelo direito, de maneira que o desenvolvimento do direito só poderá dar-se dentro dos marcos jurídicos. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito. Assim sendo, em caso de lacuna, a norma individual completante do sistema jurídico terá, ao emití-la, que se ater aos subconjuntos valorativo, fático e normativo, que o compõem.

As “leis são, indubitavelmente, insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida, caracterizando o ordenamento jurídico como uma incompletude. Todavia, é uma incompletude completável, em face da função criadora do juiz, da atividade jurisdicional” (DINIZ, 1997, p. 280).

Entretanto, em que pese o poder criador completável do juiz, o texto de lei continua não alterado, permanecendo a lacuna e a antinomia no sistema. A integração elaborada pelo juiz, só abarca o caso concreto a ele submetido.

O poder criativo do juiz só poderá resolver uma autonomia ou integrar uma lacuna de forma genérica, *erga omnes*, valendo para os demais casos, no ordenamento jurídico, caso aquela *ratio decidendi* (razão da decisão) para aquele determinado caso concreto, padronize-se, se transformando em jurisprudência pelos Tribunais, ou mesmo, em súmula vinculante, podendo, ainda, posteriormente, provocar uma efetiva alteração no texto normativo, contido no ordenamento.

Imperioso ressaltar que as soluções adotadas aqui para a resolução de antinomias e lacunas confundem-se com as ventiladas no item anterior deste trabalho (item 4.4), referente às cláusulas gerais ou abertas.

Nesses três casos (lacunas, antinomias e cláusulas gerais), o poder do juiz, de certa forma, aumenta, continuando vinculado a limites. Nesses casos, dado o maior grau de liberdade existente, costuma-se observar um maior número de criações “fortes” do direito pelos magistrados, uma vez que não há o texto normativo (ou ele é incoerente, defeituoso ou mesmo aberto) como fonte de matéria-prima da decisão judicial, concedendo ao juiz maior poder de criação, despregado do texto normativo positivado.

4.6 A INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW* NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO (*CIVIL LAW*)

Conforme referido alhures, a lei é a principal fonte do direito brasileiro, “porque o nosso sistema é baseado no sistema romano-germânico da 'Civil Law'” (TARTUCE, 2008, p. 24).

A jurisprudência, no sistema do *Civil Law* pátrio, é classificada como fonte informal, indireta de direito (TARTUCE, 2008, p. 54), teoricamente, obtendo um papel secundário, subsidiário à lei.

Novamente cabe salientar que tal ideologia é fruto dos ideais exegéticos de matriz kelseniana, oriundos do século XVIII, os quais influenciaram a maioria dos países ocidentais, que hoje adotam o sistema jurídico do *Civil Law*, onde se confere amplo poder à lei.

O sistema jurídico baseado na *Common Law*, caso da Inglaterra (também, guardadas devidas distinções, nos Estados Unidos da América), a jurisprudência é de suma importância, sendo considerada fonte formal primária para aquele âmbito jurídico (TARTUCE, 2008, p. 54).

A respeito da importância do precedente judicial para cada sistema jurídico, Tucci (2004, p. 185), utilizando-se da lição de Larenz (1997), enfatiza que:

A dimensão da eficácia do *precedente* concerne à intensidade da influência que ele exerce sobre a decisão de um caso futuro. O ponto de referência normativo no âmbito do *common law* é exatamente o *precedente judicial*, enquanto, no tradicional sistema de fontes do direito que vigora nos países regidos pelo *civil law*, o *precedente*, dotado de força persuasiva, é considerado fonte secundária de conhecimento do direito [grifo do autor].

Tucci (2004, p. 10), referindo-se às origens históricas de cada sistema jurídico, explica que no sistema jurídico inglês os costumes foram se transformando, “mediante um lento processo evolutivo, em direito jurisprudencial, norteado pela concepção de que a *Common Law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juízes”.

E o mesmo autor, posteriormente, compara que:

No modelo seguido, em particular, pelos países da Europa continental, pelo contrário, as codificações determinaram uma ruptura com o passado, ou seja, com o método casuístico herdado do direito romano de época clássica, sobretudo porque a prevalência da lei escrita se sobrepôs a todas as outras formas de expressão do direito (TUCCI, 2004, p. 11).

O resultado prático dessas distinções é que os juízes que laboram no âmbito do *Common Law* possuem uma amplitude muito maior no campo da discricionariedade. A decisão desses magistrados consiste em uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial (TUCCI, 2004, p. 186).

No âmbito do *Civil Law*, a sentença também pressupõe “um labor intelectual, porém, de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei” (TUCCI, 2004, p. 186).

Entretanto, as distinções entre o sistema jurídico pátrio (*Civil Law*) e o *Common Law*, parecem diminuir cada vez mais.

Ocorre que, com a Reforma do Poder Judiciário brasileiro, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, “já surgem dúvidas se o nosso País continua filiado ao sistema do *Civil Law*, ou se adotamos um sistema misto, próximo ao da *Common Law*, baseado nos costumes e nas decisões do Poder Judiciário¹⁶ (TARTUCE, 2008, p. 25).

A referida Emenda Constitucional introduziu, além de outros institutos, a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos. Com isso, a jurisprudência – que não tinha tanta relevância para o nosso sistema jurídico como a dada pelo *Common Law*, constituindo fonte de direito muitas vezes pelo fato de criar soluções ante as omissões ou imperfeições legislativas – passou a alcançar um mesmo nível de hierarquia em relação à lei (TARTUCE, 2008, p. 54).

Essa introdução de valores e institutos oriundos do *Common Law* no sistema do *Civil Law* tem origem devido a diversos fatores.

Cappelletti (1999, p. 83) ensina que os Países da Europa Continental e, em geral, os de tradição jurídica *Civil Law*, necessitavam encontrar um órgão judiciário, distinto da Suprema Corte Americana (haja vista que tal tribunal está embebido de valores do *Common Law*), para poder confiar a função de decidir sobre as questões de controle de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes*, a exemplo do que ocorria nos Estados Unidos com seu sistema de *Common Law*.

Tais Países Europeus, seguidos pela Áustria, criaram um órgão judiciário especial para o referido fim, a Corte Constitucional, nascendo assim, o controle concentrado de constitucionalidade, pelo qual, somente um órgão judicial possui a função de decidir sobre as constitucionalidades das leis. Alguns desses Países, inclusive, adotaram a eficácia vinculante dos precedentes judiciais emanados pelas Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade das leis (CAPPELLETTI, 1999, p. 83).

¹⁶ O próprio Código Civil de 2002 contribuiu para a inserção de ideais do *Common Law* no ordenamento pátrio ao prever as *cláusulas gerais*, que permitem que o juiz, observando o caso concreto, produza a decisão judicial. O Código Civil, ainda, em diversos dispositivos, dá ao juiz o poder de julgar conforme os usos e costumes locais (arts. 111; 113; 445, § 2º; 529; 658, p. único; 699 etc.).

O Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), cumprindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) o julgamento final e, em alguns casos, exclusivo, sobre questões inerentes à constitucionalidade das leis. Todavia, qualquer magistrado do país pode decidir sobre a constitucionalidade da lei (controle difuso), podendo o caso (referente à discussão acerca da constitucionalidade) ter o seu desfecho definitivo no STF.

A decisão do STF relativa à constitucionalidade de atos normativos, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, possui eficácia vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário, Legislativo e Executivo, assim como aos cidadãos.

Portanto, o advento das Cortes Constitucionais e o controle concentrado de constitucionalidade contribuíram para a inserção de ideais do *Common Law* no sistema jurídico do *Civil Law*, dando maior relevância aos precedentes judiciais¹⁷.

A desarmonia do ordenamento positivo com a realidade social (um dos temas centrais deste trabalho) é outro fator que faz com o precedente sirva de corregedor, atualizador e completador dos textos de lei, ganhando maior relevância no sistema jurídico pátrio, aproximando-se ao *Common Law*.

Entretanto, o fator que é expressamente aduzido pela doutrina e pelo Poder Legislativo refere-se ao crescente número de demandas judiciais, bem como, conseqüentemente, de recursos judiciais, no pós-Constituição de 1988, que causou e causa a morosidade na prestação judicial. Tal questão, inclusive, serviu de pretexto para a criação, através da Emenda Constitucional 45/2004, da súmula vinculante e das súmulas impeditivas de recursos (TUCCI, 2004, p. 281).

Eis a redação do novel art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela referida Emenda Constitucional, *verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

¹⁷ Impende lembrar que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelos Estados Unidos, de sistema jurídico de *Common Law*, é do controle difuso de constitucionalidade, onde cada magistrado do País pode, observando cada caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, sendo que o Supremo Tribunal Federal já aprovou as primeiras súmulas vinculantes (TARTUCE, 2008, p. 25).

Percebe-se, como analisa Luz (2006, p. 175), que a súmula vinculante visa “assegurar às partes, em demandas múltiplas, tratamento isonômico em situações absolutamente idênticas, como ocorre em institutos semelhantes, já consagrados no Direito comparado, como no caso dos *stare decisis* do sistema do *common law*”.

Tartuce (2008, p. 25) acredita que a súmula vinculante “deve ser tratada como fonte formal primária do Direito brasileiro, no mesmo posto que a lei ou norma jurídica, ou ao seu lado”.

A respeito da eficácia e relevância dos efeitos da súmula vinculante, Tartuce (2008, p. 25-26), citando conclusão de Menezes (2005), complementa que “a regra da vinculação é extremamente clara e tem força que, convenhamos, supera em alguns aspectos a força da lei, pois a lei pode ser interpretada e levada aos tribunais”. Em contrapartida, a “decisão, nos limites previstos na Constituição Federal, não. Terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais juízes e Administração” (TARTUCE, 2008, p. 26).

Com a introdução da súmula vinculante no ordenamento pátrio, o Supremo Tribunal Federal ganha mais poder, aumentando sua força criativa do direito. Os comandos contidos na súmula vinculante possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, assim como as decisões dessa Corte Suprema em sede de controle de constitucionalidade das leis, todavia, no caso da súmula, a matéria a ser tratada não se limita ao controle de constitucionalidade, mas sim, a toda matéria constitucional. Pela súmula, a interpretação, o sentido da lei dado pelo STF, vincula a todos.

A súmula, sem dúvida, é uma fonte de direito primária, possuindo uma dotação normativa. No caso do Direito do Trabalho, o valor dado às súmulas é extremo, e ocorre há muito tempo. Giglio (2007, p. 470, 481) relata a importância das súmulas no Direito Processual do Trabalho e a, já tradicional, influência dos ideais do *Common Law* nesse ramo do Direito pátrio:

O fenômeno é bastante sintomático, pois indica uma das características do sistema do *Common Law*: a formulação do Direito por meio dos precedentes judiciais, da sedimentação jurisprudencial, em lugar das leis e Códigos de tradição romano-germânica. Nosso Direito Processual do Trabalho há muito vem recebendo a infiltração do direito anglo-saxônico, como demonstra a importância que adquiriram as Súmulas, os Precedentes e as Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho e, recentemente, também dos Tribunais Regionais.

[...]

No confronto entre as Súmulas e leis prevalecem aquelas, numa demonstração de que o Direito Processual do Trabalho vem, lenta porém seguramente, se afastando do sistema de civil Law, ou seja, do direito legislado, de extração romana, para se aproximar do sistema do *common law*, isto é, do direito dos precedentes judiciais, de origem anglo-saxônica.

O mencionado jurista lembra, inclusive, que a Súmula n. 114 do Tribunal Superior de Trabalho (TST) entende inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente, violando o art. 884, § 1º, *in fine*, da CLT (GIGLIO, 2007, p. 481).

Outra questão que demonstra a relevância dada à decisão judicial na Justiça do Trabalho, como relembra Ráo (1999, p. 271), é a atinente às sentenças normativas.

O § 2º do art. 114, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, prescreve que:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A sentença normativa, nos dizeres de Martins (2007, p. 40),

Constitui realmente uma das fontes peculiares do Direito do Trabalho. Chama-se sentença normativa a decisão dos tribunais regionais do trabalho ou do TST [Tribunal Superior do Trabalho] no julgamento dos dissídios coletivos. O art. 114, caput, e seu § 2º, da Constituição, dão competência à Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho. É, portanto, por meio da sentença normativa em dissídio coletivo que serão criadas, modificadas ou extintas as normas e condições aplicáveis ao trabalho, gerando direitos e obrigações a empregados e empregadores.

Ráo (1999, p. 271), em comentários aos aludidos dispositivos constitucionais, citando Pontes de Miranda (1953), explica o poder normativo, semelhante à lei, de que é dotada a sentença normativa, aduzindo que:

A lei deixa à Justiça a elaboração de regras sobre certos assuntos e de disposições de ordem especial, de modo que, por explícita norma constitucional, se reconhece que a Justiça do Trabalho edita regras jurídicas (imperativas, dispositivas ou

interpretativas dos negócios jurídicos), e regras dos negócios (cláusulas como se costuma dizer), nos casos especificados em lei.

Não se pode esquecer que o chamado “princípio” da razoabilidade, “introduzido” no Direito pátrio recentemente -- a princípio em matéria constitucional, após alastrou-se pelo Direito Administrativo e demais ramos -- é oriundo do sistema norte-americano do *Common Law*, advindo da cláusula do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) daquele país¹⁸ (BARROSO, 2009, p. 255).

Entretanto, não é só no âmbito constitucional e trabalhista que se verifica a adoção de institutos e ideais oriundos do *Common Law*, todo o direito privado está permeado de comandos positivados que dão maior relevância à produção do direito pelos precedentes judiciais.

O Código de Processo Civil, principalmente depois da Reforma do Judiciário, iniciada pela Emenda Constitucional 45/2004, contém inúmeros institutos que atribuem valor aos precedentes judiciais.

Tais comandos legais, muitos introduzidos no direito processual civilista pátrio pela referida Emenda Constitucional, visam desafogar as cortes superiores, abarrotadas de recursos e, também, garantir uma maior previsibilidade dos julgados, promovendo uma padronização dos precedentes, garantindo maior segurança jurídica e velocidade na resolução de demandas judiciais (TUCCI, 2004, p. 258).

Os arts. 476 a 479 do atual Código de Processo Civil regulam o instituto da uniformização da jurisprudência, cuja instauração não constitui faculdade, mas, sim, dever do juiz (TUCCI, 2004, p. 259).

A finalidade desse incidente processual é a de “provocar o prévio pronunciamento do tribunal de segundo ou superior grau acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica, quando a seu respeito ocorre divergência” (TUCCI, 2004, p. 259).

No modelo jurídico brasileiro atual, é tão eficaz a força do precedente judicial sumulado, ou até mesmo dominante que, a partir da Lei n. 8.038/90 (art. 38), reiterada, sucessivamente, pelas Leis 9.139/95 e 9.756/9, que deram nova redação ao art. 557 do Código de Processo Civil, qualquer recurso poderá ser indeferido liminarmente, pelo relator, quando o fundamento da irresignação colidir “com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Incidindo, nesse caso, a súmula impeditiva de recurso (TUCCI, 2004, p. 260).

¹⁸ O tema referente à razoabilidade e à proporcionalidade será analisado de forma minuciosa no item seguinte (4.7) deste trabalho.

O comando contido no art. 557 do Código de Processo Civil ainda permite, em seu § 1º-A, que se porventura “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Tucci (2004, p. 262, grifo do autor), em comentários ao citado dispositivo ressalta que “os efeitos (‘quase’) vinculantes do *precedente judicial*, sumulado ou dominante, chegam até a autorizar que a decisão monocrática substitua o tradicional julgamento colegiado de segundo grau!”.

O art. 546 do Código de Processo Civil ainda prevê que é cabível o recurso de *embargos de divergência* contra acórdão de turma, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, que conflite com o provimento de outro órgão fracionário da mesma corte, tendo por finalidade a uniformização *intra muros* dos julgados dos referidos tribunais (TUCCI, 2004, p. 265, grifo do autor).

Os recursos extraordinário e especial também se caracterizam como mecanismos que atribuem amplo valor ao precedente judicial, aproximando-se dos ideais do *Common Law*.

Tais recursos estão previstos no art. 102, III, “a” (recurso extraordinário), e no art. 105, III, “a” (recurso especial), da Constituição Federal; visando, como aduz Tucci (2004, p. 266), citando Pontes de Miranda (1971), “precipualemente à assecuração da segurança jurídica, resguardando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais”.

A força dos precedentes judiciais no Brasil é tão intensa que, inclusive, relativizam, até mesmo, institutos contidos em cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, como é o caso da coisa julgada.

Após o trânsito em julgado o pronunciamento judicial produz, em regra, coisa julgada material, tornando insuscetível de rediscussão o objeto da lide que se encerrou, objetivando com isso, a estabilidade e segurança nas relações jurídicas (TUCCI, 2004, p. 284). O “selo da imutabilidade decorrente da coisa julgada é consagrado como garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI), não podendo ser violado nem mesmo pela lei” (TUCCI, 2004, p. 284).

Entretanto, como afirma Tucci (2004, p. 284), o dogma da coisa julgada passou a ser reapreciado e relativizado por alguns juristas, à luz de um valor ínsito à tutela jurisdicional, qual seja, o da justiça das decisões. Tal argumentação, como lembra Tucci

(2004, p. 284), citando Dinamarco (2001), ficou cristalizada na frase: “*não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*” [grifo do autor].

Assim, ante essa nova argumentação, o Supremo Tribunal Federal e, especialmente, o Superior Tribunal de Justiça, “em alguns casos excepcionais, passaram a desconsiderar o caráter absoluto da coisa julgada” (TUCCI, 2004, p. 284), inovando o ordenamento jurídico positivado, criando o direito no sentido “forte”.

Os principais casos que, constantemente, são exemplos de relativização da coisa julgada, concernem à questão da investigação de paternidade, frente ao exame de DNA. A “segurança da prova pericial da paternidade, realizada pelo método de estudo de moléculas do DNA, tem sido reputada como um novo fundamento, a permitir a rediscussão da lide” (TUCCI, 2004, p. 284), haja vista ser um método novo e muito preciso.

A título exemplificativo colhe-se do voto do então relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no bojo do Recurso Especial n. 226.436-PR, no Superior Tribunal de Justiça, o seguinte:

[...] quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, sendo certo que esta Turma, como no REsp 38.451-MG(DJ 22.8.94), tem preconizado ser “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Neste sentido, ainda, os REsp's 16.840-RS(DJ 6.12.93) e 43.467-MG(DJ 18.3.96) e RE 94.311-MG(RTJ 104/295), e a doutrina (**Marco Aurélio S. Viana**, *Da ação de investigação de paternidade*, Del Rey, 1994, p. 34, e **Luis Verruno e Emilio J. C. Haas**, *Manual para la investigación de la filiación*, Ed. Abeledo-Abeledo-Perrot, 1985, p. 192).

[...] todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. A coisa julgada, portanto, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada **modus in rebus**.

[...] como já tive ensejo de assinalar, o fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se. Neste sentido e pautando pela prevalência do princípio da verdade real, que inspira o legislador e o jurista moderno, decidiu esta Turma, no REsp 4.987-RJ(DJ 28.10.91), de que fui relator [...] (BRASIL, STJ, Recurso Especial n. 226.436-PR, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Publicação no DJ: 04/02/2002) [grifo do autor].

Tucci (2004, p. 287), citando o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (2002) em seu aludido voto, enfatiza que a “força dos precedentes judiciais, no jogo do binômio segurança-justiça, transcende o dogma da coisa julgada material, firmando ‘posições que atendem aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum’, em prol da tutela jurisdicional”.

A regra básica na esfera do *Civil Law* é a de que os julgados anteriores não vinculam necessariamente o magistrado, ainda que provenham do mesmo tribunal ou de corte superior (LIMONGI, 1974, p. 175).

Entretanto, com a repetição constante, racional e pacífica dos precedentes judiciais, formando a jurisprudência, tais preceitos podem adquirir valor de comando normativo geral, assumindo caracteres de um verdadeiro *costume judiciário* (LIMONGI, 1974, p. 178, grifo do autor).

Percebe-se que no sistema jurídico pátrio atual os precedentes dominantes uniformizados, e principalmente os vinculantes, constituem-se como um subsistema normativo dentro do ordenamento positivo, gerando seus próprios comandos, como textos normativos direcionados para os magistrados. O cidadão, a princípio, não se vincula a tais comandos, mas ao demandar em juízo é obrigado a estar atento à jurisprudência dominante para o seu caso, possuindo, assim, certo grau de previsibilidade quanto ao sucesso de tal demanda.

Dessa forma, verifica-se uma vinculação indireta ou mediata entre os comandos normativos dos precedentes e os particulares. Nos casos dos precedentes vinculantes, com efeitos *erga omnes*, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, o particular, bem como a Administração Pública e o Legislativo, são diretamente vinculados ao precedente, devendo respeitar os comandos ali contidos.

É de fato um sistema normativo paralelo, porém vinculado e correlacionado com o ordenamento jurídico e com os demais elementos que devem estar presentes na feitura da decisão judicial.

Coadunando com tal posição acerca do caráter normativo geral e imperativo da jurisprudência dominante, assevera Ráo (1999, p. 272) o seguinte:

Dir-se-á que tais julgados não têm valor de normas universais e obrigatórias, por serem suscetíveis de não aplicação, ou alteração, em casos futuros e idênticos. Mas, na realidade, a jurisprudência, quando se afirma em certo sentido e se revela por modo constante, atua de *fato*, como se fora um direito normativo, porque os juízes *sempre* a aplicam aos novos casos concretos.

A jurisprudência, nas palavras de Rosas (1980), citado por Tucci (2004, p. 278), “é a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, sendo que “a jurisprudência, já consolidada e incorporada aos repertórios jurisprudenciais”, possui a função de “um código norteador das decisões a seguir” (TUCCI, 2004, p. 278).

Por ser a jurisprudência a reiteração de casos análogos, o magistrado, ao produzir a norma judicial individual, escolhendo um precedente judicial para o caso concreto, deve ter em mente o sentido de analogia e igualdade para não cometer injustiças.

Acresce-se que, como alerta Giglio (2007, p. 481), “é nitidamente mais difícil reformar uma Súmula do que reformular uma lei”.

O problema da padronização dos precedentes, principalmente o vinculante, acaba sendo similar à questão do obsoletismo e da desarmonia da lei frente à realidade social. A padronização de precedentes sem revisão embrutece o direito e o distancia da realidade, o transformando em uma abstração genérica, artificial e obsoleta.

A respeito do tema, Giglio (2007, p. 481), em sede de Processo do Trabalho, comenta a necessidade de periódica revisão das súmulas:

Muita vez uma Súmula superada pela evolução do Direito é mantida, artificialmente, para evitar o acúmulo de recursos de revista decorrente de sua reformulação. Essa prática criticável poderá ser evitada se, periodicamente, o próprio Tribunal Superior do Trabalho proceder à revisão de sua Jurisprudência Uniforme, atualizando as Súmulas obsoletas.

A solução levantada pela doutrina para se evitar o obsoletismo do direito jurisprudencial seria a constante revisão da jurisprudência predominante cada vez que se deparar com um caso concreto que contradiz o precedente genérico adotado para tal *case*.

Tucci (2004, p. 277), trazendo escólio de Reale (1994),

Exorta os juristas a zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisprudencial, de modo que os *standards* (decisões padrões) pretorianos sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, por exigência de novos valores socioeconômicos e/ou culturais.

O mesmo autor, citando Dinamarco (1999), explica que a grande vantagem e qualidade do “chamado *direito jurisprudencial* é a sua capacidade de adaptar-se às mutações sociais e econômicas da nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade” (TUCCI, 2004, p. 283).

Assim, percebe-se que o poder de criação forte do direito pelos juízes é ampliado na medida em que o sistema pátrio dá maior valor aos precedentes judiciais, alçando o direito jurisprudencial ao mesmo patamar da lei, muitas vezes acima dela, mitigando o poder absoluto dessa no sistema jurídico pátrio.

5 CONCLUSÃO

Através dos ideais históricos da Escola da Exegese foi atribuída ao legislador, por intermédio do direito positivado (ordenamento jurídico), a importante função de colher da sociedade os seus costumes, morais dominantes e necessidades públicas para que, então, fizesse a devida filtragem e seleção, inserindo tudo (processo legislativo) no sistema normativo.

A lei, portanto, ao final, é quem ditava o que era justo ou injusto, certo ou errado, útil ou inútil, o que é **direito** ou não é. Somente o que era disposto dentro do sistema normativo – codificações, principalmente – efetivamente **existia** e **valia** para a sociedade. A lei deveria ser aplicada diretamente ao caso concreto pelo juiz, esse possuindo, portanto, uma função meramente mecânica de subsunção. Essas questões, ligadas simbioticamente às caracterizações místicas da lei e do legislador, contribuíram bastante para o isolamento do discurso positivado frente ao discurso social.

Posteriormente, com o juspositivismo kelseniano – instaurando-se o paradigma juspositivista atual – a questão se agrava. Nesse momento, o sistema normativo, ante a criação da Teoria Pura do Direito, ganha contornos assustadores, dotando-se de uma feição auto-suficiente, ou seja, um sistema independente da realidade social, adotando vida própria e se alimentando de suas próprias normas válidas e conceitos abstratos criados em seu bojo.

Um sistema normativo estático, isolado, autônomo à realidade social – ante os conceitos atribuídos à lei e ao legislador – somados às profundas mudanças na sociedade e no papel do Estado Moderno; enfim, todos esses fatores elencados, contribuíram para que o direito positivado não conseguisse acolher com precisão os anseios do discurso social, gerando uma fatal desarmonia entre esses dois pólos, fazendo nascer as anomalias no seio de um paradigma secular.

Diversos ideais e métodos oriundos do Positivismo Jurídico exegético-kelseniano constituem até hoje as bases do ensinamento do direito ocidental. No campo da hermenêutica, conceitos como a **vontade do legislador**, o **espírito das leis**, **métodos hermenêuticos (interpretação gramatical, lógica, sistemática, histórica, sociológica, evolutiva, teleológica e axiológica)** e **tipos de interpretação (especificadora, restritiva e extensiva)**, são técnicas dogmáticas de interpretação, criadas pela Escola da Exegese e absorvidas pelo Paradigma Juspositivista, através da Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, para atingir a almejada **“interpretação verdadeira”**, submissa à lei.

Identificada a origem e as causas da Crise do Direito, tendo esta como sintoma principal a desvinculação do direito positivo do discurso social, este trabalho dedicou-se à busca de soluções para a aludida Crise do Paradigma Juspositivista.

O ator principal desse cenário de mudança paradigmática e de aplicação das soluções propostas foi o juiz. Cumpre ao juiz, como agente intermediário entre as demandas da sociedade e o arcabouço jurídico positivado (papel constitucionalmente dado ao legislador, porém, na prática, por diversas razões esse não o cumpre), fazer uma correta filtragem entre a justiça social (fruta pura da sociedade) e o direito positivo (instrumento provedor da justiça) para a perfeita harmonia entre esses dois discursos.

Entretanto, para que a superação da Crise do Direito, através dos atores/juízes, ocorra, devem-se alterar alguns dogmas e conceitos congelados pelo Paradigma Juspositivista e pela doutrina da hermenêutica jurídica criada pela Escola da Exegese e adotados pela Dogmática Jurídica atual (conceitos de lei, normas, legislador juiz, interpretação/aplicação do direito), haja vista que as idéias propostas como possíveis soluções são completamente antagônicas às concepções dessas correntes paradigmáticas.

Através da idéia de lei como guia em potência para a produção de normas jurídicas pelo intérprete, proposta pela nova hermenêutica, o ordenamento jurídico, ou melhor, o Direito Positivado, pode ser mais flexível, ajustável, adaptável e atualizado em relação às realidades sociais.

A lei, na concepção positivista, demonstra-se onisciente, estática, dificilmente mutável, só podendo ser alterada pelo Poder Legislativo. O positivismo, ainda, fixou o dogma do culto à lei, o qual qualquer operador do direito, intérpretes e juízes principalmente, devem ser fiéis ao seu cumprimento, jamais manipulando seu sentido literal, somente praticando a aplicação do Direito através de um falso silogismo jurídico, o que gera uma resistência à evolução do Direito ao contexto social.

A lei necessariamente é genérica e abstrata, distante da realidade, não podendo ser ela própria a Justiça, ou um fim em si mesmo, como ficou consagrado pelo Juspositivismo kelseniano-exegético, mas sim, um instrumento para a consecução da Justiça.

A partir da nova concepção de lei, como um guia e “elemento orgânico” para a produção de normas jurídicas pelo intérprete, fica evidenciado que o papel de atualização do Direito dá-se através das normas jurídicas extraídas da lei. Essas normas é que são flexíveis e atualizam o Direito através de sua aplicação aos diversos casos concretos. Os enunciados normativos, contidos no texto legal, não são aplicados diretamente ao caso, como queria prelecionar a doutrina positivista; é, sim, o intérprete que através destes textos produz a norma

jurídica, utilizando como matéria prima os fatos concretos do caso, o ideal temporal de justiça, suas convicções, equidade, razoabilidade, princípios do direito etc.

Assim, o conceito de ordenamento jurídico (conjunto de leis) positivista, antes algo mais auto-suficiente, rígido, estático e distante da realidade social, agora começa a perecer frente à nova doutrina hermenêutica.

Ademais, para que o juiz prossiga nesse *munus* que lhe cabe (como ator principal nesse cenário de superação paradigmática), deve entender, em primeiro lugar, o seu papel no Estado Democrático de Direito, como um agente ativo de poder, não vinculado cegamente ao comando legal – haja vista que a legislação, como discurso positivo simbólico-instrumental para a consecução da justiça, às vezes, é injusta, ou falha nessa instrumentalização – sendo, portanto, ele mesmo um instrumento que liga os dois discursos a fim de viabilizar a efetivação da justiça.

Nesse patamar, o juiz possui liberdade para **criar o direito**, pois é intérprete da lei, e ao ser intérprete, ele é o **criador** das normas jurídicas, essas resultantes de um processo hermenêutico de leitura/aplicação de enunciados normativos (símbolos). É o juiz, portanto, que dá a efetividade final do discurso positivo (direito positivado), praticando um ato de inovação no sistema normativo vigente, conforme cada caso concreto que ele veio a utilizar como matéria prima para a consecução de sua decisão (norma jurídica concreta). É através dessa função criadora do direito pelo juiz que o Direito Positivo pode ser atualizado e adaptado às realidades sociais com a aplicação das normas jurídicas produzidas.

Sendo assim, cumpre-se fortalecer perante toda a Ciência do Direito e a sociedade, a idéia de que o juiz é um produtor legítimo de direito, assim como o legislador. E que, mesmo em igualdade hierárquica com esse, o juiz, atualmente, se apresenta mais eficaz, flexível e atualizado do que o legislador.

O juiz, ao contrário do legislador, é um ser “humanizado”, presente, temporal, atual e suas normas jurídicas, produzidas pelas suas decisões, são, também, ao contrário das leis (instrumentos legisladores), atualizadas, adaptadas ao contexto social, concretas, produto dos fatos misturados ao direito e flexíveis.

Destarte, o juiz por ser juiz já dá causa à criação do direito; entretanto, há situações e motivos que o fazem ir além de uma mera criação formal do direito. Nessas situações, o juiz efetiva uma criação que alguns chamam de “criação **forte** do direito”. Nesses casos, o juiz é muito mais ativo do que costuma ser, atuando para suprir lacunas legislativas e governamentais, corrigir a legislação, atualizá-la, buscando atingir, de forma mais efetiva a Justiça.

Diversas são as causas que levam a esse fenômeno de criação **forte** do direito pelos juízes, como, por exemplo: a mudança de atitude e de natureza do Estado Moderno no pós-Segunda Guerra Mundial; a legislação desse Estado do Bem-Estar Social que passou a regular todas as situações da vida civil, gerando um grande *boom* legislativo, uma “orgia de leis”; o advento da jurisdição constitucional; as diversas antinomias, lacunas e cláusulas gerais no ordenamento; a forte influência dos ideais do *Common Law* no direito pátrio. Essas aludidas causas apresentam-se como reações naturais a mudanças históricas, decorrentes da atividade do Estado, outras, por sua vez, aparecem como sintomas da Crise Paradigmática do Juspositivismo, mencionada no 2º Capítulo deste trabalho, demonstrando fissuras e anomalias dentro do próprio sistema positivo jurídico.

Importante, ainda, destacar que todas essas causas geram, naturalmente, como conseqüência, um maior ativismo judicial. O papel assumido pelo Judiciário é resultado de um trabalho muitas vezes inconsciente, sem predeterminação dos magistrados, como causa e efeito, ação e reação às anomalias no sistema. Esse poder acaba assumindo tal papel criativo/ativo do direito pelo simples fato de sua posição intermediária no processo de criação e aplicação do direito.

Imperioso salientar que tal ativismo judicial não pode, jamais, ser confundido com arbitrariedade judicial, ou mesmo, ditadura do Judiciário, como querem alguns. Pois mesmo nesses atos, o intérprete/juiz está vinculado ao ordenamento jurídico, bem como a diversas questões extralegais, mesmo que não siga o texto normativo imposto como guia, sob pena de exercer de forma afrontosa o dever judicial que lhe é imposto, fragmentando os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

O magistrado jamais pode se prender somente ao texto normativo contido na lei, dentro do ordenamento positivado, haja vista esse ser incompleto e, às vezes, falho. **É o direito**, ou seja, todos os fatos concretos do caso, a equidade, o sentimento coletivo atual de justiça, os costumes, os valores do juiz (costumes) e do ordenamento jurídico (princípios gerais do direito), bem como os textos normativos similares ao caso (analogia), **que completará o sistema jurídico e o próprio direito – numa situação autocatalisadora – e irá dirimir o caso *sub judice*.**

Devido a tal linha de raciocínio exposta neste trabalho, cumpre criticar a redação e a existência, por conseqüência, dos arts. 4º da LICC; 126, 2ª parte; e 127, esses dois últimos do Código de Processo Civil Brasileiro, haja vista que tais dispositivos somente autorizam o magistrado a aplicar a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito, bem como a equidade, quando a lei for omissa, ou quando ela o autorizar.

Ora, tais disposições são contrárias à obtenção do direito mais justo ao caso concreto, sendo antagônicas, até mesmo, à própria noção idéia de direito. Os aludidos comandos normativos são decorrentes do ranço cultural do positivismo jurídico de matriz exegética, (criticado no Capítulo 3 deste trabalho), ainda do século XVIII (resultado dos ideais da Revolução Francesa), apresentando-se contrários ao Direito Contemporâneo.

O magistrado, como já insistentemente foi demonstrado neste trabalho, deve estar sempre munido de todos esses elementos (a lei, a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito, a equidade, os fatos concretos do caso, suas convicções pessoais etc.) quando do julgamento da lide, para, somente assim, obter uma norma jurídica individualizada mais justa, atualizada e adaptável ao problema trazido.

Portanto, os comandos normativos trazidos à crítica não podem prevalecer, devido ao obsolescimento que carregam, pois colocam as ditas “matérias-primas”, que o juiz deve sempre se utilizar para a criação da norma jurídica individual, em caráter subsidiário, dependente de autorização legal para cada caso.

Esses mesmos institutos (elementos, matérias-primas) devem ser utilizados, também, no feitio das leis pelo legislador: eles são como “compostos orgânicos” inerentes à própria estrutura dessas, do sistema jurídico e do próprio direito. Assim, defende-se que a equidade, assim como os demais elementos citados da norma judicial individualizada, são fontes diretas imediatas do direito, fazendo parte da estrutura e do conceito de direito, inclusive de lei.

Por óbvio, precisa-se preparar o juiz, alterar o modelo de ensino jurídico vigente, dando uma melhor preparação aos magistrados, advogados, professores e demais operadores jurídicos. Uma educação jurídica focada em diversas ciências sociais, menos focada no direito positivado. Permitir a introdução de soluções e estudos de outras ciências sociais no mundo da Ciência do Direito, trabalhando-se o direito positivado em cima e a partir desses estudos e soluções científicas. Assim, o direito positivo será menos auto-suficiente e menos distante da realidade e das mutações sociais, tendo mais coesão, progresso e harmonia com o discurso social, e com atores capacitados para tal função.

A harmonização entre o direito positivo e a sociedade pode, assim, ser atingida, e, conseqüentemente, a justiça e o equilíbrio social mais perto de ser alcançados, graças ao poder vinculado de criação do direito pelo Judiciário e as soluções adotadas neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 8, São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2009.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2009.
- BRASIL. Lei nº 5.869, e 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jul. 2009.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 226.436-PR**. Partes: Recorrente: Júlio César Moreira. Recorrido: Ivanir Otávio Becker. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 12 de agosto de 1999. DJ: 4 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199900714989&pv=010000000000&tp=51>>.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Reimpressão. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELLUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMTE, Augusto. **Reorganizar a sociedade**. Tradução: Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GALVÃO, Paulo Braga; FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Interpretação Judicial e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos Fundamentais** - Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 709-731.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESPANHA, António Manuel B. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia.** Mem Martins: Europa-América, 1998.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais do novo código civil brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 351-379.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo judicial.** Disponível em: <http://74.125.45.132/search?q=cache:VEhff8Lh5GgJ:bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16980/1/Ativismo_Judicial.pdf+conceito+de+ativismo+judicial&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 27 jul. 2009.

LIMONGI, França R. **O direito, a lei e a jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

LLOYD, Dennis. **A idéia de lei.** Tradução: Álvaro Cabral, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ, Valdemar P. da. **As imperfeições legislativas e suas conseqüências: o problema da insegurança jurídica.** Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. O Direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.