**O PODER CRIATIVO DO JUDICIÁRIO E OS LIMITES IMPOSTOS À JURISPRUDÊNCIA.**

Eduardo Mariano Quadros Ericeira e João Victor Pereira Silva[[1]](#footnote-1)

Gabriel Cruz[[2]](#footnote-2)

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O desenvolvimento da jurisprudência no Direito; 3 a importância histórica de outras fontes para a completude do direito; 4 Os pontos de vista sobre a criação judicial do direito; 6 Conclusão; 7 Referenciais.

**RESUMO**

O presente trabalho busca entender todo o processo de evolução do Direito, focando principalmente na Jurisprudência, a fim de entender o desenvolvimento de seu papel de criação, bem como as discussões a seu respeito e seu fortalecimento em diversos Estados da sociedade atual, como no Brasil e Inglaterra. A pesquisa busca ainda compreender o papel interpretativo dos Juízes assim como analisa as afirmações de Kelsen sobre um “sistema jurídico dinâmico” e também as criticas feitas por Bulygin a esta teoria.

**Palavras-chave:** Judiciário – Jurisprudência – Criação.

**1 INTRODUÇÃO**

Com este presente trabalho, busca-se entender todo um processo de evolução do direito e a quebra de paradigmas que aconteceu com o tempo (tendo como enfoque principal a jurisprudência) passando pelo código napoleônico após a revolução francesa, com sua concepção de direito posto, absoluto e fechado na lei, que deveria vir sempre do estado mesmo que não tivesse identificação nenhuma com a sociedade e não se adequasse as mudanças que ela sofria, isto é, revelando apenas o modo de pensar dos governantes e o impondo em forma de lei a sociedade, negando os costumes e não bebendo na fonte de qualquer outra forma possível de direito(como os já citados costumes),as teorias da escola da exegese, que temendo o surgimento de um novo direito natural, e consequentemente o caos e a ascensão de direitos paralelos em conflito ao posto pelo estado, tentaram rebater uma forma mais aberta do direito que tentasse preencher as lacunas deixadas pelo ordenamento fechado e o seu fracasso nessa tentativa perante os argumentos da escola livre do direito, será tratada ainda a importância da jurisprudência e o seu peso em diferentes estados, como o Brasil e a Inglaterra, onde no primeiro o juiz apenas interpreta o direito dando clareza a ela, sem poder legalmente cria-lo(garantindo então sua contribuição para a evolução do direito)cabendo essa tarefa de cria-lo exclusivamente ao poder legislativo em decorrência do princípio da separação de poderes, embora hajam casos específicos como em relação ao STF onde é resguardada a força vinculante das jurisprudências advindas daquele tribunal em alguns casos previstos em lei, diferentemente do que ocorre na Inglaterra, onde a jurisprudência assumiu um papel de suma importância para o direito visando torna-lo mais concreto, principalmente por ele tomar os costumes do reino como sua principal fonte do direito, deixando-o muito abstrato e por muitas vezes confuso. Após desta exposição da importância que o poder judiciário ganhou em diferentes níveis dependendo do país em questão, analisaremos os diferentes pontos de vista sobre essa questão, abordando o pensamento de Kelsen com sua teoria pura do direito e o pensamento de outro renomados teórico, Bulygin, que discorda de tanto.

**2 O DESENVOLVIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO**

A escola de exegese surgiu na França, no começo do século XIX um pouco posteriormente a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, a França passava por um período de desordem e caos político, o que acabava por afetar o ordenamento jurídico do país e consequentemente, afetar negativamente a classe social mais favorecida pela revolução, que seria a classe burguesa, para evitar essa desordem e esse caos social e impedir que devido a esses problemas essa classe não se consolidasse como “soberana” no pós-revolução, os burgueses acabaram por patrocinar o chamado Código Napoleônico.

O código Napoleônico começou a ser escrito em 1800, um marco da era da codificação (influenciada pelo pensamento de Montesquieu e Aristóteles da separação dos poderes),esse código,por ter uma técnica refinada e conteúdo moderno e científico para a época,acabou por exercer enorme influência no direito de muitos estados,que acabaram por adota-lo puro ou com poucas alterações,os franceses haviam conseguido um código unificado e de grande valor cultural.

Esse código unificado, porém, foi posteriormente criticado por muitos juristas,que o consideraram antidemocrático,e alertaram ao fato de que esse código que foi criado para servir a uma classe,aos ricos,a burguesia francesa.

Porém, as maiores criticas em relação a esse código circularam em torno de sua completude, o código francês ao tentar atender o princípio de separação dos poderes formulado por Montesquieu transformou o juiz na chamada “boca da lei” ao impedir sua interpretação e participação no processo criativo do direito, e depositar uma fé absurda no legislador.

Havia, como podemos perceber, uma tendência chamada de “fetichismo da lei” onde os juízes eram obrigados a se ater exclusivamente ao código, e o direito estatal enquanto produção exclusivamente legislativa deveria regular todos os casos,mas o que o juiz deveria fazer em caso de lacuna da lei a não ser recorrer a outras fontes que não estatais? Entraríamos ai em caso de direito concorrente, e acabaríamos, segundo alguns seguidores da exegese por tirar do estado o monopólio da produção do direito, e, de certa forma, por consequência acabaria sendo ferido o princípio da legalidade.

A escola de exegese, portanto, pode ser definida sucintamente como uma fé enorme no código e na capacidade do legislador,como se ele chegasse até ao ponto de ser um “super –homem” capaz de imaginar todos os casos possíveis e legisla-los,dispensando assim a participação do juiz com sua criatividade,o código encerrava o direito e o seu interprete não deveria sequer pesquisar o direito em qualquer tipo de organização,seja ela social,política ou econômica.Nada havia na sociedade que tivesse escapado da previsão do legislador,é o dogma da completude jurídica,princípio que diz segundo Bobbio que o ordenamento jurídico deve ser completo para fornecer ao juiz uma solução para cada caso sem recorrer a equidade.

Devido a essas falhas,começou então a reação a escola de exegese e ao fetichismo jurídico com a chamada Escola do direito livre,segundo Eugen Ehrlich(um dos maiores representantes dessa reação)em seu livro “A lógica dos juristas” de 1925,o raciocínio do jurista tradicional é fundado em 3 pressupostos:1) a proposição maior de todo raciocínio jurídico deve ser a norma jurídica;2) essa norma deve ser sempre uma lei do estado;3)todas as normas devem formar,no seu conjunto,uma unidade.

Os defensores dessa nova escola afirmam então,que, para preencher as lacunas deixadas por esse ordenamento jurídico que não aceitava lacunas,era necessária a utilização do poder criativo do juiz,se tornava então,cada vez mais evidente,o envelhecimento do código napoleônico,que rapidamente se tornou alvo de crítica,tanto em relação a sua falta de completude quando em relação a sua falta de adequação as evoluções e mudanças de pensamento que aconteceram na sociedade,tais como a revolução industrial e etc.

Esse descompasso entre estado e sociedade encontrava ainda na sociologia, uma base para essa contestação do estado e um de seus mitos que seria o já citado dogma da completude, o direito foi visto então como fenômeno social,e tentar fazer do direito um produto puro do estado era uma loucura e um absurdo,o direito livre,extraído diretamente da sociedade,representava um novo direito natural e segundo essa nova escola,só ele poderia suprimir as lacunas da lei.

Permitir a livre pesquisa do direito(não ligada ao direito estatal)e conceder cidadania ao direito livre representava para aos juristas tradicionais e adeptos da exegese uma permissão ao caos,a desordem e a anarquia e um ferimento grave ao princípio da legalidade,que dizia que todo dizia que todo direito deve vir do estado.

Temendo esse caos,muitos permaneceram fieis aos dogmas da completude,e esse problema relacionado ao dogma passou de uma fase dogmática para uma fase crítica,o primeiro argumento lançado negando as lacunas no ordenamento foi do chamado “espaço jurídico vazio”,esse argumento diz basicamente que toda norma representa uma limitação a atividade humana,e o que não é limitado é permitido,então não é que existam lacunas na lei,existem apenas situações onde o direito se mostra indiferente,é quase como se estivesse sendo dito que tal situação não é legislada simplesmente por opção e não por uma falta do legislador ou de uma lacuna do ordenamento.

Porém, como bem sabemos,o direito ao permitir algo, proíbe outra conduta que tenha como alvo o impedimento daquilo que foi permitido pelo direito, então o direito nunca permite sem ao mesmo tempo comandar ou proibir. E quando não é protegida a liberdade,essa mesma não tem apoio na lei,e portanto não é proibido o impedimento do exercício dessa liberdade por parte de terceiros,ou seja,seria licito o uso da força para proibir essa liberdade,algo que é contra o estado de direito e infringe o monopólio da força pelo estado.

O segundo argumento por parte dos positivistas foi o de que as lacunas não existem pelo fato de o direito nunca estar ausente ,uma norma que proíbe e regula um comportamento específico,ao mesmo tempo permite todos os outros comportamentos,tudo é regulado pelo direito, o que está no código é chamado de norma inclusiva e o que não está é chamado de norma geral exclusiva,a norma inclusiva nasce com a exclusiva como se essa fosse a sua sombra,tudo que não é regulado pela norma inclusiva é regulado pela exclusiva.

Porém, nesta teoria também existe um ponto fraco, pois, num ordenamento além de normas particulares inclusivas e norma geral exclusiva(maneira oposta a regulamentada), tem-se a norma geral inclusiva (maneira idêntica a regulamentada); nesta, no caso de lacunas, o juiz deve recorrer a normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas, a lacuna existe então,pois a decisão de qual das duas normas aplicar(geral exclusiva e geral inclusiva)cabe ao juiz,e não existe um critério definido para essa escolha.

Como bem sabemos, atualmente, não são admitidas as ideias da escola de exegese, que acreditava que o código bastava por si mesmo,já que é perceptível que ele não pode assimilar todos os fatos sociais que acabam por abrir todos os tipos de lacunas no texto da lei,por maior que seja o poder de previsibilidade de fatos do legislador isso é comprovadamente impossível.

A vontade do legislador também já não é objeto de pesquisa da hermenêutica atual,o interprete investiga o espírito da lei.E dizer,por outro lado,que toda a produção jurídica deve vir do estado é recusar sua fonte mais autêntica,primaria e genuína,que é o costume.

Já em relação a corrente livre do direito,sua grande virtude foi funcionar como um farol para os aplicadores do direito propugnando pela justiça,porém falharam ao defender a justiça “dentro ou fora da lei”e desprezaram o valor da segurança jurídica,sem o qual a ordem,que é um dos grandes objetivos do direito,não pode ser mantida,já que o direito dependeria demasiadamente da subjetividade do juiz.

A segurança jurídica,porém,não exige,como querem os exegeses,a imobilidade do direito e sua submissão completa ao texto estrito da lei,nem comporta como querem os adeptos da corrente livre a incerteza jurídica e a submissão a mera vontade do juiz e seus caprichos.

**3 A IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DE OUTRAS FONTES PARA A COMPLETUDE DO DIREITO**

Finalmente, após a era da codificação e do rigor absoluto da lei,se reconheceu a importância da interpretação da lei por parte do judiciário e da jurisprudência,que aparece quando,em uma fase continua de trabalho,os tribunais julgam uma série de casos semelhantes e dão a eles uma interpretação da lei conforme suas especificidades,registrando portanto as diferentes hipóteses de incidência da norma jurídica,revelando assim o sentido e o alcance das leis e tornando a ordem jurídica mais clara e acessível ao conhecimento.

A jurisprudência,como já deve ter ficado claro,constitui portanto,a definição do direito segundo os tribunais,esta mesma se forma não apenas quando existem lacunas no ordenamento ou defeitos,ela serve também como critério de aplicação do direito e de interpretação de normas,sejam elas claras ou obscuras,ambíguas ou defeituosas podendo ser definida ainda de certa forma como vários modelos de aplicação do direito,a jurisprudência assim como o costume,que requer a repetição de uma conduta pelo povo,requer uma repetição dos tribunais,a pluralidade de prática,uma série de decisões judiciais sobre um assunto em comum,que seguem o mesmo raciocínio,a jurisprudência,porém,se trata ao contrário do costume,de uma elaboração intelectual,deliberativa e reflexiva.

A jurisprudência pode se apresentar sobre três espécies: a secundum legem(segundo a lei),praeter legem(quando não há regra especifica) e contra legem(contra a lei),a secundum legem apenas interpreta uma regra já vigente e definida na ordem jurídica,refletindo seu verdadeiro sentido,a espécie “praeter legem” se desenvolve apenas quando a lei é omissa e com base na analogia ou princípios gerais do direito,os juízes declaram a lei,já a espécie “contra legem”se forma contra a própria lei,normalmente quando esta mesma se revela injusta,cruel ou anacrônica.

Seguindo ainda a linha doutrinaria de A.Torré, podemos distinguir no conceito moderno de jurisprudência duas noções:A jurisprudência em sentido amplo,e a jurisprudência strictu sensu,ou em português,a jurisprudência em sentido estrito,essa primeira se trata somente de uma coletânea de decisões dos tribunais a respeito de algum assunto jurídico,comportando então esse conceito a jurisprudência uniforme que se dá quando as decisões são uniformes,isto é,apresentam um mesmo sentido a respeito do assunto e não entram em conflito entre si e a jurisprudência divergente,que se dá quando não há uniformidade entre as decisões,isto é,houve um entendimento diferente em relação a uma mesma matéria por um certo numero de juízes.

Já a jurisprudência em strictu sensu define a jurisprudência apenas como decisões uniformes,isto é,só aceita como jurisprudência uma parte do entendimento da jurisprudência em sentido amplo,que seria a jurisprudência uniforme.A nota espécifica desse sentido de jurisprudência é a uniformidade no critério de julgamento.

Ainda sobre a jurisprudência,sempre houve uma grande discussão se ela deve ou não deve criar o direito,e ainda sobre a sua força de vinculação,para o sistema anglo-americano a jurisprudência se mostra muito forte,sendo inclusive comum ao fundamentar uma pretensão judicial à pratica de indicar o procedimento seguido e a sentença proferida em casos semelhantes que ocorreram anteriormente a este.

Já nos estados que são adeptos da tradição romano-germânica(que é o caso do nosso país)prevalece o entendimento da jurisprudência apenas como reveladora do direito que já existia anteriormente.

Nesse sitema, que se dá estruturado pela divisão entre os poderes legislativo, judiciário e executivo proposta por Montesquieu, a tarefa do judiciário deve se limitar apenas a interpretação ou integração do direito a ser aplicado.

Ainda segundo esse sistema, se os juízes passassem a criar o direito, existiria um conflito e uma intromissão arbitraria em uma área que compete ao poder legislativo. Os Juízes devem apenas ser apenas guardiões da lei, seu papel é interpreta-la e não cria-la,o que impede que caiamos no mesmo problema que existia no ordenamento francês e na escola de exegese, já que o juiz não é transformado apenas na boca da lei,podendo contribuir assim para a formação do direito com sua interpretação e entendimento do direito,tendo a possibilidade ainda de interpreta-lo de acordo com o momento em que vive a sociedade,mesmo que a lei tenha sido criada em um momento completamente distinto.

É através dessa interpretação que são reveladas as virtudes e as falhas do ordenamento e é de onde se utilizando os métodos de hermenêutica o jurista busca seu real sentido.

Isso pelo menos na teoria, já que na prática,os julgadores podem dissimuladamente introduzir novos preceitos no mundo jurídico,criando a revolta dos fatos contra o direito.O que se da muitas vezes por conta da inércia do legislador,já que não basta que haja ou ótimo interprete quando não há um bom “compositor”como não basta haver um bom compositor se o interprete,isto é,os juízes forem péssimos em sua interpretação da lei.

Quanto a sua força vinculatoria,há também uma distinção dependendo do sistema adotado por cada país,na Inglaterra por exemplo,a jurisprudência é obrigatória para tornar o sistema mais concreto,pois lá eles optam por um sistema onde não é dada tanta importância a documentação escrita e a fonte vigente,costumes gerais do reino,era muito incerta e as vezes contraditória,já em nosso país,a súmula é vinculante segundo o art.103-A da Constituição Federal se tratar de interpretação de matéria constitucional aprovada por dois membros da suprema corte brasileira,isto é,do Supremo Tribunal Federal(STF),se tornando então obrigatória para todos os outros órgãos do poder judiciário,além do Supremo Tribunal Federal,tem competência para a proposta de criação,mudança ou extinção de súmulas vinculantes todos os que têm legitimidade para propor uma ação direta de inconstitucionalidade,como o próprio presidente da república e a mesa do senado federal.

**4 – OS PONTOS DE VISTA SOBRE A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO**

Kelsen trata do assunto da criação judicial definindo um sistema jurídico dinâmico, ou seja, aquele que através de uma norma superior, permite a criação de outras normas individuais.

“A norma geral, que liga a um determinado fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se in concreto existe um fato que a norma geral determina in abstrato; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção que é igualmente determinado in abstracto pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral.”(KELSEN, 2003 p.256)[[3]](#footnote-3)

De acordo com o seu pensamento, entende-se que há uma norma, superior, geral e abstrata, dessa forma existindo somente no papel e prevendo os fatos e as sanções a partir de seu texto, no entanto é necessária que exista a criação de uma outra norma, esta classificada como individual, que, como o próprio nome já denuncia, individualiza a norma geral, sendo gora possível aplica-la a um caso concreto, com suas particularidades, dando-se dessa maneira o surgimento da criação judicial, através da norma individual.

Esse sistema jurídico dinâmico no qual é criada a norma individual, oque acontece é um processo onde a criação, a partir da norma geral, funciona como dedução de uma solução para o caso em tela.

Para o Autor, essa dedução ocorre uma vez que a norma geral funciona apenas como um modelo para que seja feita sua individualização. Importante ressaltar, que não há negação ou distanciamento dessa primeira norma que serve de modelo com a norma já individualizada, haverá sempre a presença da primeira na aplicação e execução do caso.

Cabe ressaltar por ultimo, no que diz respeito as definições de Kelsen, que há a criação da norma individual, porém não é admitida, senão quando já existindo lei no ordenamento que contemple e possibilite tal feito, da criação de uma norma geral. Isso acabaria significando que o Juiz admite para si as funções do legislador.

Bulygin tece consideráveis criticas a este esquema de criação de normas individuais definido por Kelsen. Para ele, não há criação de normas individuais e sim simplesmente a aplicação das normas gerais. O Juiz no caso descrito por Kelsen não estaria efetuando um processo de criação judicial, uma vez que, segundo Bulygin, isso não passa de deduções lógicas feitas a partir do texto legal, da norma geral, logo, não pode ser considerada uma “criação” uma vez que para tanto deveria ser algo totalmente novo e diferente da primeira, não sendo apenas mera consequência. Basicamente

REFERENCIAIS:

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas. A **criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemológica na teoria pura do direito**.Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia V.38-n. 2.2010, p. 685-706. Disponível em:< http://www.seer.ufu.br/index. Php/revistafadir/article/view/18518/9922>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011.
FERRO, Marcelo Roberto. **A jurisprudência como forma de expressão do direito**. Revista dos Tribunais Online. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol.1, p.237, Julho/2011.

KELSEN, H.. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

NADLER,Paulo.**Introdução ao estudo do direito.**34.ed.Rio de Janeiro:Forense,2012.

1. Alunos do 3° Período do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco [↑](#footnote-ref-1)
2. Professor Especialista [↑](#footnote-ref-2)
3. KELSEN, H.. Teoria Pura do Direito, Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. [↑](#footnote-ref-3)