

# ATUAÇÃO CRIATIVA DO JUIZ NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Sarah Carolina Galdino da Silva*<sup>1</sup>

*Ricardo Vilarigo Ferreira Pinto*<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de fazer o debate das tendências de atuação criativa dos juízes no Brasil. Aborda-se, inicialmente, o princípio da separação dos poderes, desde sua instituição na Constituição de 1824. Hoje, a teoria tripartite dos poderes está consagrada na atual Constituição Federal, em seu art. 60, § 4º, inciso III, como cláusula pétrea do Estado. Trata-se, também, da evolução do Poder Judiciário nas Constituições brasileiras. Examina-se, assim, a transformação dos juízes como mera boca da lei para criadores do direito. Analisa-se a necessidade de uma Reforma do Judiciário. Neste contexto, discutem-se questões hermenêuticas com vista aplicação do direito em consonância com ideal de uma justiça pautada pela equidade. Para atingir esta finalidade o método principal de abordagem, utilizamos o método analítico e técnica bibliográfica e documental.

## PALAVRAS-CHAVE

Hermenêutica. Montesquieu. Poder Judiciário. Separação dos Poderes.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Advogada, Jornalista. E-mail: sarahgaldino.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Advogado. E-mail: ricardov.ferreirapinto@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca em sua essência um desafio de propor sobre a atuação criativa do juiz no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Como se verifica, o Brasil desde a instauração da República, em 1889, adotou a forma federativa inspirado no constitucionalismo norte-americano.

Com efeito, a Federação brasileira é indissolúvel segundo o princípio já estabelecido na primeira constituição de 1891. O aludido axioma trouxe duas finalidades: a primeira, como a unidade una e indivisível, mas com ações descentralizadoras para concepção de normatização própria, autogoverno e autoadministração.

Com a criação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas respectivas competências típicas e atípicas, o Poder Judiciário, como órgão aplicador da lei (típico) se deparou que, os conflitos sociais, estavam em constante evolução, assim como a própria sociedade, sendo que, as normas legais vigentes não estavam sendo suficientes para dirimir toda composição litigiosa frente a omissão legislativa de acompanhar este quadro evolutivo.

Nesse guisa, o Judiciário começou a interpretar a norma a luz dos princípios constitucionais, fazendo uma atuação de ligação entre o fato e a norma pretendida e os dizeres constitucionais, para buscar uma solução justa aquele caso. Ou seja, elevando função do juiz como órgão julgador, constituindo como elemento principal do Estado de Direito Constitucional.

Todavia, para chegar a esse tipo de interpretação, se faz necessário, primeiramente, passar por uma análise o princípio da separação dos poderes desde a Constituição do Império de 1824 à concepção da separação de poderes de Montesquieu, cujo se pode adiantar que a separação dos poderes foi alimentada por questões históricas, políticas, sociais e culturais, chegando ao patamar de divisão de um poder único, mas relativo de interferências.

Por consequência, há de ressaltar também a transição das funções do Poder Judiciário pelas constituintes até a Constituição Cidadã (1988), bem como a emenda constitucional nº. 45/2004, que estabeleceu como verdadeiro guardião da Constituição e aplicador da lei.

Neste contexto de transformação, o papel do juiz é de extrema importância para pacificação desses conflitos, na busca da solução mais justa. No entanto, aos olhos da sociedade, existe um costume avassalador que o magistrado é uma verdadeira máquina, imparcial, infalível, com a capacidade absoluta de resolver os problemas da sociedade, tão somente com a letra da lei.

Com isso, a falsa ideia de que o órgão jurisdicional é um indivíduo especial dos outros homens na sociedade, tendo a ilusão de um aplicador automático, como uma máquina que recebe a informação, o direito, a prova e sentencia nestas circunstâncias sem valorar outras questões extraprocessuais.

A par disso, a concepção do juiz como mero aplicador da lei não se mostra mais sustentável nos dias atuais, uma vez que, humanamente é impossível sintetizar e positivizar todas as gerações de conflitos, já que novas questões surgem a todo o momento.

Por esta razão, o trabalho versará sobre a origem e conceitos das tripartições dos poderes e suas características atuais, com ênfase no Poder Judiciário, em especial na atividade jurisdicional dos juízes.

A problemática desse quadro é a questão da atuação criativa do juiz, sem usurpar a competência legislativa ou executiva. Esse tipo de hermenêutica jurídica na verdade é uma adequação da norma ao fato, utilizando-se como base os princípios constitucionais para conduzir o magistrado, na busca da justa interpretação da lei, sem recair no conceito de ativismo ou qualquer outra forma de interpretação fora da competência já estabelecidas.

A metodologia utilizada no desenvolver do trabalho foi o método analítico, com técnicas documentais e bibliográficas. Após o estudo, o material poderá ser analisado para o levantamento de discussões acadêmicas pertinentes ao tema apresentado.

## **1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: breve análise da experiência brasileira**

Para consolidar a independência do Brasil, em 1824, consagrou-se a Constituição do Império do Brasil, sob forte influência norte-americana e europeia. Adotou-se, em seu corpo, a separação em quatro poderes (art.10). Além dos conhecidos atualmente, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, criou-se o Poder Moderador. Este poder, de acordo com o art. 98, da referida Constituição, era “delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos”.

Desta forma, o Brasil, no período Imperial, foi estruturado com base numa organização atípica do Estado. O poder moderador, exercido pelo Imperador, representava uma experiência *sui generis*. Na prática, o poder moderador dava ao Imperador competência típica de um Estado absolutista.

Somente com o fim do Império, conseqüentemente com a extinção da monarquia, o poder moderador é expurgado do Estado brasileiro. O advento da República, em 1891, permitiu que o Brasil se inserisse no quadro dos países democráticos. A Constituição republicana deu ao Estado Brasileiro uma nova feição. Consagrou-se, então, a teoria tripartite formulada por Montesquieu.

Em 1934, com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, seguiu a tradição sob a ordem de três órgãos da soberania nacional: Legislativo, Executivo e Judiciário. Entretanto, com a instalação do Estado Novo, na Era Vargas, em 1937, desaparece do Estado brasileiro, na prática, o formato tripartite de poderes, conforme delineado por Montesquieu, embora formalmente seja possível identificá-lo. Nos dizeres de Bonavides e Andrade (1991, p. 345): “A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal”. Tratava-se de uma Constituição outorgada.

Com o fim da ditadura da Era Vargas e o início da redemocratização do Brasil, em 1946, é promulgada uma nova Constituição. O artigo 36 dessa Constituição organiza o Estado brasileiro a partir da tripartição dos poderes, harmônicos e independentes entre si mesmos.

Porém a experiência democrática brasileira mal havia chegado a sua maioria, quando, em 1964, o Golpe Militar põe fim e instaura-se um período autoritário. Mesmo assim, a Constituição Federal de 1967 não alterou formalmente a estrutura tripartite consagrada no Estado desde o início da República. Porém o chefe do poder executivo foi dotado de poderes excepcionais, que permitiu editar os atos institucionais, que lhe deram poderes quase absolutos. É bom lembrar que o Executivo governava nesse período por meio de Decreto-lei. O legislativo, representado pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, exercia seus poderes de forma limitada na produção de normas legais.

Assim o Brasil viveu sob o regime da ditadura militar até 1985. Foi uma época extremamente difícil. Os atos institucionais afastavam as liberdades individuais e as garantias fundamentais.

Em 1985, Tancredo Neves é eleito presidente da República pelo Colégio Eleitoral. Porém, não chega a tomar posse, vindo a falecer em 21 de abril do mesmo ano. Seu vice, José Sarney, assume a Presidência. Em 1986, promovem-se as eleições gerais, que elegeram os deputados constituintes. É bom lembrar também que os constituintes também exerciam funções legislativas concomitantes na produção de normas legais. Aliás, essa modalidade mista (constituintes/legislativo) tem recebido severas críticas.

É nesse ambiente que nasce a chamada “Constituição Cidadã”, que foi

promulgada em 5 de outubro de 1988. Com ela, os direitos e garantias fundamentais passam a compor o cotidiano do nosso Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana torna-se um dos esteios do Estado brasileiro. Consagram-se os direitos civis, políticos, econômicos e sociais.

O princípio da separação dos poderes foi inserido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que expressou: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (1988). Ressalte-se que em nosso ordenamento jurídico pátrio, a separação de poderes é cláusula pétrea. Portanto, sua aplicabilidade não pode ser afastada.

Segundo Dallari (2000, p. 30), “embora seja clássica a expressão separação dos poderes, que alguns autores denominam como divisão de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado continua uno e indivisível”.

Assim, temos que o Estado necessita de um controle, de como e quem exercita determinadas funções. Neste contexto, surge o princípio da separação dos poderes ligado aos fundamentos de um Estado de Direito, com vistas ao Constitucionalismo e a proteção do organismo estatal.

Este modelo de sistematização do poder vem sendo defendida desde a Antiguidade e Idade Média por inúmeros escritores. Sua origem atribui-se a Aristóteles em sua obra “Política”. Entretanto, a sistematização, que hoje conhecemos e adotamos, foi formulado por Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”. Entretanto, Montesquieu não empregou explicitamente essa expressão em sua obra.

Como visto acima, o Legislador brasileiro consagrou a Teoria de Tripartição dos Poderes, dentre os Princípios Fundamentais, que regem o nosso Estado Democrático de Direito. Assim, a Constituição Federal separou o Título IV - para dispor sobre a organização dos poderes. Os respectivos órgãos encontram-se nos artigos 44 a 75 (Poder Legislativo), 76 ao 91 (Poder Executivo) e 92 a 135 (Poder Judiciário).

Em suma, são três tipos de poderes pertencentes ao Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Para Montesquieu:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último o ‘poder de julgar’, e o outro chamaremos, simplesmente, o poder executivo do Estado (MONTESQUIEU, 2002, p. 165-166).

Temos que Montesquieu visava a proibição de interferência entre estes mesmos poderes e que nenhum poder poderia se afastar ao controle dos demais. Portanto, a constituição essencial de Montesquieu baseia-se no governo onde os poderes Executivo, o Legislativo e o Judiciário, sejam harmônicos e independentes entre si. Todavia, o Brasil se distanciou destes ditames, flexibilizando-os.

Observa-se que essa divisão de poderes evoluiu. Por meio do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), essa independência entre os poderes foi relativizada. Este sistema é fruto da construção feita pelos países que associaram o Estado Democrático de Direito com a separação de poderes. Isto, no Brasil, é comprovado pelos instrumentos, previstos na Constituição Federal de 1988, de controle recíproco. Dessa forma, a intenção ao adotar este sistema é o de evitar um desequilíbrio, além e excessos e distorções.

Conforme os ensinamentos de Moraes (2009, p. 407):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Note-se que o doutrinador e professor Pedro Lenza (2003, p. 180), ao discorrer acerca da “tripartição de poderes” adotado no Brasil, deu seu entendimento no sentido que “isto porque o poder é uno e indivisível. O poder não se triparte. O poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”.

Nesse sentido, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem funções próprias típicas e atípicas. Dentre as funções típicas, temos que o Executivo tem a função administrativa, de governar, “máquina do Estado”; o Legislativo exerce função normativa e fiscalizatória, de legislar, atuando na criação de leis e cabe ao Judiciário a função jurisdicional, de julgar, produzindo decisões nos casos concretos. Por outro lado, as funções atípicas foram conquistadas ao longo do processo histórico de reinterpretação da conceituação em relação a separação de poderes.

Com isto afastou a separação absoluta, permitindo uma maior interação entre esses poderes. O Judiciário, por exemplo, possui duas funções atípicas, uma de natureza legislativa e outra de caráter executivo. A primeira, caracteriza-se pela independência e poder que o Judiciário possui, de uma forma genérica, em formular

seu regimento interno, ou até mesmo de “legislar”, de forma negativa pelo controle de Constitucionalidade. E a segunda, atribui ao Judiciário a função de administrar seus serviços e servidores.

Nos ensinamentos de Rocha (1995, p. 28), esta independência do Judiciário marca “o traço mais relevante do estatuto do juiz, o elemento essencial à função de julgar, constituindo a pedra angular do chamado Estado de direito”.

Percebe-se, no decorrer deste primeiro tópico, que tratou do princípio da separação dos poderes, que toda teoria construída foi alimentada por um processo histórico, político, filosófico e social e cultural. O que antes, na seara dos poderes, era exclusivo, absoluto, hoje relativizou-se, abrandando-a. Sem que isto, fira-se o princípio constitucional da separação dos poderes, considerado cláusula pétreia, em nosso ordenamento pátrio. O que se propôs, é que cada poder, harmonicamente e de forma independente, possa em sentido secundário, contribuir no desempenho das outras funções. Ressalte-se que na doutrina brasileira, é pacífico esta forma de atuação, já que com os avanços que vivenciamos, não há de se cogitar uma separação absoluta, rígida das funções estatais.

## **2 FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Neste tópico procura-se abordar a evolução do Judiciário nas Constituições brasileiras. Inicialmente, ressalte-se, que a função exercida por cada poder, na teoria tripartite, é funcional. Para Maluf (2006, p. 211), “cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder”. Significa que, mesmo o poder do Estado sendo uno e divisível, a ele, ligam-se diferentes funções.

Isso, somente foi possível, pela adoção do sistema de freios e contrapesos. Nesse contexto, cada poder é responsável por sua função predominante, além da possibilidade de os poderes serem interdependentes.

Na ideia formulada por Montesquieu, caberia ao Judiciário a função de executor das leis. Naquela época, não era factível uma função criativa por parte dos juízes. Para Locke, embora em sua sistematização, não tenha elaborado expressamente sobre o poder Judiciário, como um poder político autônomo, conferiu a ele suma importância. Considerou-o como atividade meio do poder Legislativo.

### **Constituição de 1824**

No Brasil, o poder Judiciário data a Constituição de 1824. Sua vigência foi de 65 anos, considerada a segunda Constituição escrita mais antiga do mundo.

Com características centralizadoras, toda autoridade e poderes eram concentrados na capital do Império. Estes poderes, criados pela Constituição, proporcionavam força ao Estado.

Temos que desde a promulgação da Constituição até o fim do Império, deslocando-se para o 1º Reinado (1822-1831), depois para o período das Regências (1832-1840) e 2º Reinado (1840-1889), de sistema parlamentar, configurando mais uma imposição do Imperador do que um preceito constitucional, buscava-se a centralização do poder. Nota-se que tudo era condicionado ao poder dominante do Imperador.

Quanto ao Judiciário, não configurava um poder independente. As garantias constitucionais não eram respeitadas, ficando a cargo do interesse da Administração.

A Constituição de 1824, atribuiu inúmeras competências a Assembleia Geral. Dentre ela, estava a de elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis. Percebe-se desta forma, que a função de interpretar as leis era tarefa do Executivo e não do Judiciário.

Mesmo com a instalação do Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, a Constituição não delegou o *status* de instância de poder ao Judiciário. Sua dependência era nítida, até porque, o Supremo Tribunal de Justiça não detinha de competência para revisar os julgados dos Tribunais da Relação. Apenas em 1875, passados 47 anos, que foi permitido ao Supremo Tribunal de Justiça julgar as demandas em que concedesse revista.

Por todo o exposto, verifica-se a dependência do poder Judicial ao controle do Imperador. Entretanto, permitia-se a jurisdição voluntária e a tentativa de conciliação como forma de evitar causas desnecessárias.

### **Constituição de 1891**

Com a República, institui-se a forma federativa de Estados (antes Províncias). O regime passou a representativo. Na Constituição de 1891, o poder Judiciário tornou-se um poder independente, sendo assim chamado. As atribuições dos magistrados foram aumentadas e gozavam de garantia constitucional. Criou-se a Justiça Estadual, Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal. Não existia mais a submissão do Judiciário frente ao Executivo, tanto que passou a ter como atributo, julgar o Executivo. Mas, apesar desses avanços, prevalecia os interesses do chefe do Executivo, que era protegido pela força das oligarquias.



### **Constituição de 1934**

No período seguinte, a Constituição de 1934, foi inspirada no ideal liberal da política. Observa-se, por meio de estudos, a necessidade da Intervenção Estatal na sociedade, utilizando-se o direito. Com isto, buscava-se a preservação de garantias, além de evitar as desigualdades. Várias inovações foram realizadas, como por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, ainda se valorizava as presunções em favor do Legislativo. A estrutura do Judiciário nesta época foi ampliada. Criaram-se, a Justiça Eleitoral, Militar e o Tribunal Especial. Entretanto, apesar de representar um marco na história das Constituições, em 1937, veio o golpe a Constituição.

### **Constituição de 1937**

Conhecida também pela expressão “Polaca”, a Constituição de 1937 teve como referência a Constituição Polonesa de 1935. Fruto de um Golpe do Estado foi nossa quarta Constituição e durou aproximadamente oito anos. Mudanças foram feitas. Quanto aos órgãos que faziam parte do Judiciário, não fez menção ao Tribunal de Reclamações e ao Tribunal de Relação. Às garantias dos magistrados permaneceram. Importa dizer que em seu corpo, nada foi dito sobre a Justiça Eleitoral.

### **Constituição de 1946**

A Constituição de 1946 contou com disposições sobre a ordem econômica, à família, à educação e proteção dos trabalhadores. Restaurou-se tendências da Constituição de 1891, além de utilizar as inovações trazidas pela Constituição de 1934. Nesta época as relações federativas estavam em harmonia, equilibradas. A respeito do Judiciário, temos no texto constitucional de 1946 o setor eleitoral, com maior amplitude a competência da Justiça Eleitoral. Temos em 1946, algumas conquistas, como o voto secreto, regime de partidos, representação proporcional, entre outros.

### **Constituição de 1967**

Já, a Constituição de 1967, foi marcada pelo seu autoritarismo, que legitimou seus atos institucionais. Em relação ao Judiciário formou o Conselho Nacional de Magistratura, com atribuições para conhecer as reclamações existentes contra membros dos Tribunais. Ampliou-se as competências dos Tribunais Federais de Recursos.

Oportuno mencionar que as demandas em que a União fosse parte, incluindo as entidades autárquicas e empresas públicas, ficavam a cargo da Justiça

Federal, exceto no caso de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça Militar.

Além dessas modificações, alterou as composições nos Tribunais Superiores Eleitorais e nos Regionais Eleitorais. Criou-se, a Seção VIII, destinada a Justiça do Trabalho, intitulando “Dos Juízes e Tribunais do Trabalho”. Outro fato importante diz respeito que, somente seriam cabíveis de recursos para o Supremo Tribunal Federal, as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, contrárias a Constituição. Em 1969, a Emenda Constitucional nº 1, alterou inúmeros artigos da Constituição de 1967.

### **Constituição Federal de 1988**

Sob o ideal democrático, de um sistema de governo com cunho mais participativo, surge a Constituição Federal de 1988, constituindo o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Fruto de um longo processo histórico, de regimes autoritários, onde não existiam garantias e direitos ou se existissem eram suprimidos, nasce com o estímulo ao exercício da cidadania. Priorizou-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e os direitos fundamentais. Consagrou-se as cláusulas pétreas como forma de proteger a forma federativa e o Estado Democrático de Direito, evitando emendas que pudessem abolir o regime federativo, os direitos e garantias individuais, entre outros.

Assumiu o poder Judiciário o papel de poder político, com influências no governo para o destino da nação. Observa-se que trouxe à tona a importância deste poder em nossa sociedade. Alterou-se a estrutura do Judiciário, que passou a contar com cinco Tribunais Regionais Federais, bem como com a criação do Supremo Tribunal de Justiça. Exigiu-se do Judiciário maior transparência, eficiência, celeridade, publicidade, economia processual, entre outros. Mas o que se percebe é uma ‘crise’ instaurada, pela falta de acompanhar as rápidas mudanças desta sociedade. Conforme Moreira (2004, p. 65) discorrendo sobre o Judiciário, no cenário atual de concretizador de direitos:

Mais precisamente no que respeita ao Poder Judiciário, pode-se inclusive afirmar que a nova ordem constitucional acabou colaborando, em certa medida, com o agravamento de uma situação de crise – compreendida enquanto atuação deficitária – que, de alguma forma, já vinha mesmo sendo desenhada há algum tempo e que ainda encontra-se pendente de um devido equacionamento tanto no que respeita à sua função instrumental, na composição formal dos conflitos, como no tocante a sua relevância político-institucional, enquanto poder do Estado.

Por todo o exposto, verifica-se a evolução do Judiciário na história

política constitucional brasileira. Antes, desprovido de valor, o poder Judiciário, servia para obedecer às normas. Era o mais frágil dos Poderes. Em um regime legalista, de submissão a Lei, nasceu nos séculos XVII e XVIII, na história do social do liberalismo, uma nova percepção. No século XX, com o movimento de constitucionalismo democrático, pôde-se perceber as transformações ocorridas nas relações entre os Poderes dentro do Estado. Nesta época, o lema era dignidade humana/solidariedade social. Baseado na retórica jurídica, e com a evolução das instituições político-jurídico-sociais, abriu-se margem aos tribunais e seus juízes.

Bonavides (2007. p. 587), acerca do juiz social juntamente com direitos fundamentais e o constitucionalismo do século XX, discorreu:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, neste espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Na Constituição de 1824, o chamado Poder Judicial não dispunha de independência. Suas funções eram suprimidas e havia submissão em relação ao Poder Executivo. Tanto que o Supremo Tribunal de Justiça não era considerado como uma instância de poder na época. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário evoluiu como poder da União. Consagrou-se a Justiça Federal e a Estadual, além de instituir o Supremo Tribunal Federal. Após este período, iniciou-se a possibilidade de um Estado social e democrático com a Constituição de 1934. Houve a expansão do Judiciário como a ampliação das garantias sociais e democráticas. Mas, com o golpe de 1937, estes ideais sociais e democráticos não passaram de um sono. A próxima Constituição de 1937, denominada “Polaca”, não possibilitou a evolução do Judiciário, suprimindo sua estrutura, extinguindo Tribunais. Além de estar diretamente submisso ao Executivo. No período seguinte, foi promulgada a Constituição de 1946. Marcado pela passagem do parlamentarismo, utilizado como um escape de um golpe de Estado. Pretendia-se com isto, a limitação das atribuições do Congresso e a expansão das funções do Executivo, como uma forma de controlar o Estado. Mesmo com a instabilidade política, vivenciada na época, percebe-se a expansão do quadro estrutural do Judiciário. Na Constituição de 1967, temos o início do novo sistema tributário. Houve no poder Judiciário apenas modificações a respeito da Justiça Eleitoral e na Justiça do Trabalho. No período seguinte e que

perdura até os dias atuais, surgiu um novo período. A Constituição Federal de 1988, com a instituição do Estado Constitucional e Democrático, possibilitou força ativa ao Poder Judiciário. Dispôs em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, o Estado permitiu que o Poder Judiciário assumisse o papel de poder político no Estado. Entretanto, o Judiciário carece em alguns pontos. A uma enorme necessidade de o Judiciário adaptar-se à nova realidade. Apesar da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a estrutura do Poder Judiciário brasileiro enfrenta desafios na hodierna sociedade. A sociedade clama por um Judiciário menos burocrata, de decisões mais céleres e eficazes. Abre-se nesta nova perspectiva, a necessidade de uma atuação mais criativa do Judiciário, que será estudada no próximo tópico.

### 3 ATUAÇÃO CRIATIVA DO JUIZ

O mundo nunca foi ou será o mesmo. Os fatos ocorridos ontem são histórias, o passado do indivíduo que deixou suas raízes marcadas nesse período de vida. Nesta transformação, a sociedade também tem evoluído através do tempo em todos os sentidos, isto é, evoluir é uma necessidade do ser humano. Com advento, a grande maioria das instituições que formam a espinha dorsal do Estado de Direito também se encontram nesse quadro de otimização. Não obstante, o Poder Judiciário como guardião de direitos não pode se abster de acompanhar essas mudanças envolvendo conflitos de relações humanas e, conseqüentemente não evoluir em suas decisões.

O pragmático aplicador da lei encontra-se encurralado frente à fase do constitucionalismo, iniciada no século XX, consolidando a normatividade e hegemônica dos princípios constitucionais em relação às regras. Isto quer dizer que, o interprete ao representar o Estado na tutela jurisdicional, ao analisar o caso concreto deve aplicar a norma, mas pautando-se sempre pela hermenêutica constitucional (consolidada pela Constituição – tirado). Assim o poder jurisdicional, evidencia-se na norma constitucional como o ápice normativo e supremo das normas infraconstitucionais.

No Brasil, como parte integradora do texto constitucional, tem por função tutelar, guardar, proteger pelo respeito à Constituição. Leal (2007, p. 47), expõe a situação da seguinte forma:

Respeitadas as variáveis de um ou outro modelo de Estado, pode-se afirmar que surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que implica um compromisso com a mudança estrutural das relações de forma mantidas na sociedade.

Frente a insuficiência de técnicas que se instala por não atenderem as mais complexas disputas, a atual sociedade clama por uma interpretação mais criativa dos juízes. Esta interpretação que se espera, com panorama mais amplo à norma legal, não pode vir desacompanhada do texto expresso. Diante disso, a flexibilização necessita estar estritamente ligada aos princípios constitucionais e preceitos legais. A ideia de criação, por parte dos juízes, é aceita tanto numa visão prática como teórica. Para Moussallem (2001, p. 161) “como toda aplicação do direito é criação do direito e vice-versa, não resta outra saída senão afirmarmos que os juízes criam direito”. E complementa: “o Poder Judiciário jamais cria norma abstrata, pois é condição para sua atuação, além da provocação (princípio da inércia), a ocorrência do descumprimento do disposto no consequente da norma primária” (Moussallem, 2001, p. 162).

Neste novo processo hermenêutico de interpretação constitucional, é inaceitável colocar em risco a lógica da separação dos poderes e principalmente de um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário, ao utilizar a criatividade, não pode se afastar dos deveres democráticos. Seu papel de fiscalizador, de outros poderes, é fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais.

Mostra-se ser incompatível com a realidade o juiz mera boca da lei. Quando um litígio se instaura, para que haja uma adequada efetividade jurisdicional, necessita haver um processo interpretativo da demanda. O juiz, precisa estar antenado as mudanças do mundo moderno. Deve valorar em sua função criativa aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais, entre outros.

Como argumentado em linhas anteriores, o Estado Democrático e Constitucional de Direito caracterize-se por ser direito e garantidor. Nessa guisa, o juiz como representante do órgão jurisdicional deve aplicar e assegurar esses direitos e garantias. No transcurso de atuação, julgar as leis sobrepostas em estrita observância legal à Constituição, assim como legitimar a independência do Poder Judiciário aos demais poderes. Esta independência ou declaração de legitimidade não advém como forma de afrontas o Executivo e o Legislativo, mas sim demonstrar a efetividade da separação dos poderes, cujo final do controle jurisdicional é a garantir os fundamentos<sup>1</sup> e os objetivos<sup>2</sup> da República Federativa do Brasil.

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

<sup>2</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Posto isso, tendem-se em mente que, o judiciário nos dias atuais não pode se propor como mero aplicador frio e secundário da lei. A atuação deve ser ativa no sentido de contribuir com a efetivação e concretização dos direitos fundamentais e sociais do cidadão na demanda judicial.

O agente político (juiz) deve estar interligado com os acontecimentos no mundo externo, principalmente sobre os aspectos sociais e econômicos da sociedade que jurisdiciona para valorar suas decisões. Com efeito, moderar o isolamento do gabinete e cumprimento de meta de processos exigidos pelo Tribunal, pois, nem sempre o aplicador da técnica fria e seca mostra-se a verdade justa a qual se deseja o fim do direito.

Na oportunidade dada, cabe ao juiz exercer, primeiramente, a atividade recriadora do direito mediante a hermenêutica constitucional a norma legal, bem como adaptar esse dispositivo a situação da realidade social do caso em questão, na tentativa de buscar a justiça ao considerar a paz social como o fim do direito. Essa assertiva se mantém, pois, toda criação de normas e dispositivos são agregados de convicções sociais, políticas, filosóficas, éticas, religiosas e outras circunstâncias que formam o legislador constituinte, ou seja, não existe norma neutra, logo o juiz na concepção de aplicador da lei pode ser considerado um órgão julgador parcial, visto que também é dotado de concepções jurídicas e políticas (GOMES, 1997).

Nesse tempo, dificilmente será encontrado sentenças que não estejam fundamentadas com determinadas interpretações sobre a norma debatida, contrariando frontalmente a máxima “in claris cessat interpretativo”<sup>3</sup>, que quando a lei for clara, esta não precisa de interpretação para ser sobreposta, isto é, a norma é autoexplicativa na resolução daquele litígio, no entanto, na nossa atual realidade brasileira esse tipo de fórmula é totalmente impraticável, frente a conste evolução dos conflitos da sociedade que são enfrentados como as relações de consumo, com o meio ambiente, interesses difusos e outras questões de colisões de direitos fundamentais.

Além disso, como sustentar a inexistência da interpretação criativa se existe copiosas leis que divergem sobre o mesmo assunto. Sobre essa conjuntura, Erasmo faz uma passagem crítica e irônica sobre o exacerbado ninho de leis, ao dizer que os juristas: “entrelaçam quinhentas ou seiscentas leis umas com as outras, sem se importar se elas têm ou não relação com os assuntos de que tratam” (2009, apud, SCARIOT, 2015, p. 10). Frente essa irônica afirmativa, retira-se uma concepção lógica de que o juiz entrelaçado pelas teias das leis legislativas deve nesse caso, de

---

<sup>3</sup> Na clareza, cessa a interpretação (tradução livre).

forma criativa, se inventariar dentro desse maranhado, a norma que irá trazer a justa e eficaz solução para aplicação do direito.

Nota-se assim que, a manifestação do jurisdicionado deveria seguir sempre um novo exame do texto legal em face do fato concreto, isto quer dizer que, acesso jurisdicional ou provocação, uma nova interpretação será apresentado pelo juiz ou Tribunal, em suas respectivas decisões. Todavia, esse tipo de criação do magistrado tem a única e exclusiva finalidade de buscar a paz social dos conflitos.

Em razão disso, ao analisarmos o direito na perspectiva do juiz, deve-se compreender que suas decisões devem ser pautadas pelas consequências que podem ocasionar naquele indivíduo, em face dos valores da daquela sociedade, sendo que, esse tipo de deliberação a prudência como um dos seus nortes.

Nesse sentido, a Dra. Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, Juíza de Direito do Distrito Federal, afirma que: “a prudência pressupõe a existência de múltiplas soluções para uma mesma questão, portanto, cada problema deve ser tratado segundo suas características peculiares, para que seja valorizada a pluralidade e, assim, garantida a democracia” (2009, p. 18).

Ainda sobre essa atuação jurisdicional, a magistrada assevera:

[...] a vida real não se amolda à forma do direito positivo não só em razão da complexidade com que se apresenta, mas também por ser dinâmica, sendo pouco plausível que o legislador consiga prever todas as hipóteses de conflitos surgidos na vida social, não existindo, em consequência, uma única solução para o problema apreciado (2009, p. 18).

Por estes motivos, o juiz não pode atuar vinculado tão somente à letra da lei. O magistrado não é um operador de direito, como uma máquina que análise o fato e julga conforme a norma positivada determina, ou, deixa de aplicar quanto esta é omissa a não prever tal resolução. Os processos são conflitos entre partes, sendo o direito individual e fundamental no embate e no centro dessa discussão o juiz que deve analisar e julgar. Dessa forma, o magistrado deve-se abster da literalidade fria da lei, conciliar com os princípios constitucionais, a ponderação e a razoabilidade para buscar a verdade real e o justo, conforme a realidade da vivenciada pela sociedade.

Consequentemente, o direito precisa estar densamente ligado ao sendo de justiça, ao passo que, o direito tem que dizer o direito de cada indivíduo, para construção de um ordenamento jurídico aliado ao processo judicial democrático, com findo observância irrestrita aos direitos fundamentais (CAMARGO, 2010, p. 97).

Posto isso, é necessário que os juízes e tribunais sejam justo e coerente em

suas decisões, sempre se pautando pelos princípios constitucionais à luz da dignidade da pessoa humana, quando a norma que versa sobre o direito do litigante seja omissa e inadequada à realidade social contemporânea. Esta arguição se torna necessário, uma vez que, não se pode condescender um Poder Judiciário ineficiente e desacreditado, que não busca a verdade real ao instrumentalizar a efetivação dos direitos.

Sobre essa capacidade decisória, vale transcrever as palavras de Chaim Perelman:

Os juristas bem sabem que existe uma relação inversa e complementar entre a clareza, a precisão das normas e o poder de apreciação dos juízes que as devem aplicar. Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao juiz, maior também a flexibilidade da norma, adaptável, pelo juiz, às circunstâncias e situações menos previsíveis. É quando dispõe de um grande poder de apreciação que o juiz tem condições de interpretar os termos da lei de modo que as consequências legais que deles tira concorde com seus sendo de equidade (1996, apud, CAMARGO, 2010, p. 98).

Ao ensejo disso, cumpre reiterar que a atuação do juiz, enquanto interprete da norma positiva, tem a discricionariedade para adequar no caso concreto, bem como o poder de afastar aquela que contrária os fatos. Entretanto, deve-se ressaltar que, essa atuação não confere a liberdade incondicional ao magistrado atuar. A proposta é de tornar o direito mais adequado a realidade social, apoiado em vertentes de hombridade, valorações do bem individual e do bem coletivo, na busca de justiça do direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, desde sua formação, o princípio da separação de poderes em corrente tripartite sempre foi previsto em nossas constituições, tanto no período do império quanto na república. Com a divisão dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), acreditou-se na uniformidade e independência entre eles, preservando-se o princípio da unidade da República.

Quanto ao Poder Judiciário, evidenciou-se um descompasso entre a dinâmica social e a prestação jurisdicional. O quadro se agrava quando se leva na devida conta a incapacidade do legislativo de produzir normas legais compatíveis com a própria dinâmica dos valores e anseios da sociedade. Com isto, o Judiciário, premido pela demanda imediata da sociedade, tem se tornado criativo, dando-se a



ideia de estar extrapolando suas funções predominantes.

Por esse motivo, em face da atual realidade brasileira e a crise constitucional vivenciada, é preciso pensar num magistrado humano e consciente. Um agente sintonizado com as preocupações da sociedade, que jurisdiciona.

Assim, o juiz deve exercer a atividade criativa do direito com vistas ao âmbito que atua. Não se trata de um juiz ativista ou justiceiro, que se utiliza da força da caneta para impor suas convicções e achismos jurídicos, mas, sim, aquele agente que, percebendo as prioridades e objetivos constitucionais, consegue deliberar seus processos com base nos princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais inerentes a ela.

Por derradeiro, é necessário esclarecer novamente que, esse tipo de atuação, não deve ultrapassar os limites da hermenêutica. O presente trabalho propugna pela aplicação da jurisdição constitucional. A atuação do magistrado deve sempre estar fundamentada nos preceitos e objetivos da norma suprema, como forma de ser aceita pelo próprio sistema jurídico. Assim espera uma atuação responsável e afinada com os princípios constitucionais.

---

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. 15.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiro, 2007.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. 2ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DALLARI, D. de A. **Elementos de teoria geral do estado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ERASMO, Desidério. **Elogio da Loucura**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: LP&M, 2009.

GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder judiciário no Brasil**: crise de eficiência. Curitiba: Juruá, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moisés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermatina Galvão. São Paulo: Martins Fonseca, 1996.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do Juiz**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:revista>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCARIOT, Juliane. Hermenêutica jurídica: A função criativa do juiz. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8360](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360)>. Acesso em: 21 nov. 2015.