

A OBRA DE CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS. LIMITES

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA
Desembargadora TJ/RJ

A idéia da divisão das funções do Estado, no sistema de tripartição dos Poderes, com a atribuição, a um deles da missão de julgar, mesmo antes de sua idealização por Montesquieu, em sua obra clássica **L'Esprit des Loix**, já fora preconizada por Aristóteles no Livro VI da Política quando se assinalou que “nenhum governo pode viver e florescer sem ter, como parte de seu sistema de administração dos negócios civis, alguma força humana permanente, investida de autoridade acatada e suprema, sempre em condições de exercê-la pronta e eficientemente, em caso de necessidade, quando reclamada, de modo regular, tendo caráter permanente”, *apud* J. Cretella Jr., **Elementos de Direito Constitucional**, p. 148.

O poder de julgar, que aos Juízes é atribuído, é, sem dúvida, um poder político, que se exterioriza no processo, através do *dicere ius*, quando o magistrado – cumprindo dever constitucional, em nome do Estado exercido – distribui justiça.

Ao reconhecer-se que o poder pelo Juiz desenvolvido, quando do julgamento das causas, guarda conotação política, está-se naturalmente utilizando a palavra política, em seu sentido mais elevado, afastada a idéia da política-partidária, cuja prática é vedada ao Juiz, pela *Lex Fundamentalis* (art. 95, parágrafo único, III).

A natureza política de tal poder, faz-se mais nitidamente presente, quando o juiz precisa decidir questões que envolvam interesse público ou direitos sociais, sobrelevando a grandeza de tal poder quando o magistrado é chamado a dizer da constitucionalidade das leis, missão da mais alta relevância, que aos Juízes é reservada, dentro do sistema de *checks and balances*.

Quando ainda não concebido o sistema da tripartição dos Poderes - em período em que os Juízes não eram vistos como membros integrantes de um

dos Poderes - quando do cumprimento da missão de julgar, não exerciam os juízes um poder político, eis que, na definição de Montesquieu, nada mais eram do que: “*la bouche inanimé qui prononçait les paroles de la loi*” (**L’Esprit des Lois**).

A missão que era então aos Juízes confiada, tinha limites angustos, na medida em que eram chamados simplesmente a *dizer a lei* que incidia no caso concreto. Deles o que se esperava eram as *virtudes passivas*, qualidades até hoje festejadas, que como lembra Cappelletti se traduzem no comportamento no processo revestido sempre de imparcialidade, independência, neutralidade e equidistância dos interesses das partes e do tratamento destas na linha da mais absoluta igualdade, tudo, na verdade, guardando mais direta conotação com a natureza jurisdicional da atividade do juiz (Mauro Cappelletti – **Dei poteri del giudice**, p. 70, 74, 76, 111).

Com a doutrina do juspositivismo – nascida em oposição às idéias então firmadas, em torno dos valores eternos e universais do *legal* e do *justo*, pela escola do jusnaturalismo, nasceu a figura do juiz, operador do direito chamado a aplicar as leis de acordo com seus rigorosos termos.

Seguindo tal vertente – como lembrou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em erudito estudo jurídico, publicado *in Revista Cidadania e Justiça*, Ano 3, n. 6, 1º Semestre, 1999, p.79 – “A Clássica Escola da Exegese desenvolvida na França, levou ao máximo rigor o valor abstrato da lei (*toute la loi mais rien que la loi*), lançando os fundamentos do dogmatismo positivista, que se desenvolveu, até sua plenitude, e se tornaria hegemônico até o final deste século”.

Com o evolver dos tempos, os rígidos princípios do positivismo jurídico, experimentaram expressivas transformações, que – e é ainda o douto Diogo de Figueiredo Moreira Neto quem registra, em seu estudo jurídico já citado – informaram o nascimento de uma nova escola de pensamento, absolutamente distanciada da hermética doutrina francesa, de que constitui exemplo o modelo inglês, segundo o qual “o juiz aplica a lei que descobre no direito”, não mais se limitando “a aplicar o direito que se expressa na lei” (*Ib. id.*, p. 80).

O juiz moderno nenhuma identificação guarda mais com o modelo antigo do magistrado visto por Montesquieu como “*des êtres inanimés qui n’en peuvent moderer ni la force ni la rigueur*” (**L’Esprit des Lois**, Livre XI, Chap. XVIII).

O juiz dos tempos atuais, não é mais o frio aplicador das leis, que antes as tinha como “letra morta”, mas que as vê agora “como tecido vivo capaz de reações novas ante a provocação de situações supervenientes” (Milton Campos – *apud* – José Afonso da Silva – **Poder Constituinte e Poder Popular**, p. 293).

As leis, que ao juiz cabe aplicar, têm seu alinhamento feito em “autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da norma que a suspende.” (Prof. Goffredo da Silva Teles, *apud* Celso Ribeiro Bastos – **Curso de Direito Constitucional**, p. 389).

Quando uma lei é clara, dispensada é a sua interpretação: *interpretatio cessat in claris*. Nesse caso, já advertia Montesquieu, ao juiz cumpre simplesmente aplicá-la, do contrário necessária será a sua interpretação para a “*recherche de son esprit*”. (Obra citada, *Livre VIII, Chap. III*).

Na verdade, não raras são as hipóteses em que a lei exige do juiz interpretação, para a investigação do seu comando.

A interpretação das leis é obra que se confere ao juiz, quando da sua missão de julgar.

Tal interpretação deve ser feita, antes de tudo, com a investigação da conformidade da lei ou da norma legal com a Lei Maior do país, recomendando Carlos Maximiliano que o juiz procure buscar sempre, dentro da lei, “a interpretação que conduza à melhor consequência para a coletividade”.

Ao interpretar as leis, muitas vezes o juiz precisa fazê-lo *cum grano salis*, de modo a dar à hipótese submetida a julgamento uma solução, ao mesmo tempo, legal e justa. Na interpretação de uma norma, porém, como adverte o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “não pode o juiz, em regra modificá-la para aplicá-la ao caso concreto como se fosse livre o direito, embora possa adaptá-la à realidade”. *Apud* “Decisão Judicial” – estudo jurídico publicado in **Revista da EMERJ**, v. 3 nº 11 – Ano 2000 – p. 24/42.

Os conceitos do legal e do justo, embora distintos, têm de comum a conformidade, vale dizer, o respeito que ambos guardam com a ordem jurídica. *Legal* significa conformidade com a lei; *Justo* nem sempre se confunde com o que se identifica com o *jurídico*, estando antes ligado à idéia de *Justiça*, por Ulpiano definida como “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*”.

A busca do legal e do justo tem sido um constante desafio para o juiz, e há dele exigir, em hipóteses especialíssimas, uma verdadeira obra de construção do direito, através da interpretação das leis.

Assim, pode ocorrer, por exemplo, no processo civil, como registra José Carlos Barbosa Moreira, em que a atividade judicante se desenvolve de forma criativa, o que ocorre quando o juiz faz “opções de caráter valorativo e (no sentido lato do termo) político” (*Apud Temas de Direito Processual*, 1ª série, p. 9).

A obra de criação do Direito é mais frequentemente exigida do juiz, quando do exame de *quaestio iuris* a ser solvida à luz do direito substantivo, ou seja, à luz daquelas regras jurídicas disciplinadoras de relações concretas de direito, o que há de acontecer quando, aparentemente, o texto legal não seja claro (incerteza ou ambigüidade) ou seja mesmo omissa (lacuna da lei), a deixar dúvida a respeito da abrangência na roupagem da lei, da hipótese submetida a julgamento no processo.

É que o juiz não pode se eximir da obrigação de julgar, mesmo nos casos de lacuna, incerteza ou ambigüidade da lei, ou seja, naquelas hipóteses em que no *ius positum* não encontre solução para a hipótese submetida a julgamento (artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil e 126 do Código de Processo Civil).

Em casos tais, o julgamento é feito de forma construtiva, recorrendo o juiz à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O uso da analogia pode ser ao juiz excepcionalmente permitido, como adverte Carvalho Santos, quando a matéria está disciplinada em lei que, todavia, não prevê o caso singular submetido a julgamento, nessa hipótese, tendo plena aplicação o brocardo: “*ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est legis dispositio*”. Se a hipótese, porém, for de lacuna da lei, pontifica o douto Carvalho Santos, deve o magistrado solver a *quaestio iuris* à luz dos princípios gerais de direito (Código Civil Brasileiro Interpretado, v. I, p.104, 108).

Tais princípios gerais de direito, acrescentamos, são: a doutrina; a jurisprudência – através da qual, de certa forma, os Tribunais também constroem o direito – a ciência jurídica moderna, a concepção jurídica dominante, só excepcionalmente sendo permitido ao juiz julgar por equidade, como autorizado no artigo 127 do Código de Processo Civil, nas hipóteses especialíssimas de que constituem exemplos, as decisões proferidas nos processos de jurisdição voluntária e do juízo arbitral (artigos 1075, IV e 1109 do Código de Processo Civil).

A busca pelo juiz de uma solução exata para a causa, pode, em certos casos, exigir, uma obra de criação do Direito, via da interpretação da lei. Tal

obra criadora, contudo, está sujeita a limites que não podem ser transpostos com a criação, propriamente, de um direito novo, com incursão em matéria que constitua o próprio fundo do direito, pena da transmutação do juiz em legislador positivo (*law maker*).

O poder criador do Direito, pelo juiz, no processo, adverte Mauro Cappelletti, não pode ser exercido de forma discricionária, de modo a desbordar para o arbítrio (Obra citada, p. 32). Há que se ter presente, insista-se, trazendo à colação magistério de Lopes da Costa, que: “O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da lei. É necessário que ele demonstre a conformidade entre umas e outra”. (**Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 3, p. 25/27).

A figura do juiz “criador do Direito” encontra inspiração em doutrina moderna de que constituem exemplos as escolas: americanas da *sociological jurisprudence* e do *legal realism*; alemãs do *Interessenjurisprudenz* e do *Freirechtsschule* e francesa do *Méthode de la libre recherche scientifique* de François Geny, representativas de verdadeira reação ao formalismo científico e conceitual; de clara oposição à idéia de que o juiz, no exercício da função jurisdicional, deve se limitar a declarar o direito que incide, através de obra mecânica de interpretação das leis, feita com a utilização de mera lógica dedutiva. (*Apud* Cappelletti, ob. cit., p. 37).

Essas escolas, sublinha Cappelletti – de posições muito avançadas, acrescentamos – vêem a figura do juiz “criador do direito” cercada de grande responsabilidade política, sempre presente quando ele é chamado a proferir decisão que não esteja inspirada nas doutrinas tradicionais (*Ib. id.*, p. 37).

Em casos tais, embora ao juiz seja permitida verdadeira obra de criação do Direito, não se lhe há de assegurar, para tal, liberdade absoluta, de modo a permitir que de tudo resulte a criação de um direito novo – para a qual não tem o juiz competência institucional – capaz de conduzir a distorções perversas - como registra Lord Devlin, em sua obra **Judges and Law Makers** - próprias de um Estado Totalitário, quadro absolutamente inimaginável na vigência de um Estado Democrático de Direito (*apud*. Cappelletti, ob cit. p. 38).

A interpretação construtiva de texto legal, deve ser vista, portanto, como medida excepcional, destinada a adaptar a lei a situações nela não expressamente previstas, sendo oportuno lembrar que ela é possível mesmo quando em discussão norma constitucional.

Como exemplo mais expressivo de tal interpretação construtiva, pode ser lembrado a que se fez, em outros tempos, por inspiração de Rui Barbosa e de Pedro Lessa, do dispositivo que, na Carta Política brasileira de 1891, instituiu o *habeas corpus*, de modo a permitir que, tal instrumento de garantia, fosse utilizado para aplicação aos casos de violação de direitos.

Por atos de autoridade, revestidos de ilegalidade ou abuso de poder, para os quais não existia, ainda, criado, o mandado de segurança.

Ainda como exemplo de obra criadora do direito pelo juiz, pode ser lembrado o reconhecimento – mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º) e das Leis 8.971/94 e 9.278/96 – das uniões de fato como potencialmente geradoras de direitos e obrigações.

A interpretação construtiva, muitas vezes se faz necessária, quando se está diante de texto vetusto de lei, que já não se identifique com a realidade dos novos tempos, *exempli causa* podendo ser citada a norma do artigo 566 do Código Comercial, que – como lembrou o Ministro Eduardo Ribeiro, quando do julgamento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 127/961-RJ – instituiu como meio de prova, do contrato de fretamento, a carta partida, documento que, originariamente, segundo o costume, depois de elaborado era rasgado ao meio, sendo entregue uma parte a cada um dos contratantes, meio esse de prova, inimaginável de ser atualmente exigido, como então concebido, tudo justificando que, sobre a referida norma, se fizesse uma interpretação construtiva, sabido que, modernamente, os contratos de transporte, dos quais os contratos de fretamento constituem espécie, podem ser celebrados por telefone, telégrafo ou fax, sendo possível a demonstração de sua existência, por todos os meios de prova em direito permitidos. (*Apud* “Decisão Judicial” estudo jurídico, publicado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, na **Revista da EMERJ**, v.3, nº 11 – 2000, p. 24/42).

O trabalho de integração, à norma jurídica, de caso concreto, nela não expressamente previsto, exige do juiz, repita-se, verdadeira obra de criação do direito que, naturalmente, nasce impregnada de seu subjetivismo e consciência jurídica.

Dita obra, contudo, insista-se, há de se fazer sem desbordamentos, que caracterizem o arbítrio, por oportuna merecendo ser lembrada a advertência do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, feita em seu estudo jurídico retrocitado, de que, ao juiz é vedado julgar ultrapassando os limites da lei,

“como se fosse livre o direito, ou como se estivéssemos sob o regime da *equity*” (*Ib. Idem*, p .35).

No processo civil, há hipóteses especialíssimas em que o poder criador do direito pelo Juiz, assume especial papel, para a adaptação ao texto legal, de um caso concreto nele não expressamente previsto.

Como exemplo, pode ser citado, o inciso I do art. 155 do Código de Processo Civil, que em sua generalidade, recomenda que o ato processual seja realizado em segredo de justiça, quando o exigir o interesse público, destarte devolvendo ao Juiz a obra de definição, através de correta interpretação, do que se deve entender por interesse público, capaz de ser incluído no figurino da lei.

Outro exemplo pode ser buscado no art. 525, § 2º do C.P.C., que formula a exigência da instrução, desde logo, da petição do agravo de instrumento, com a prova do recolhimento do preparo do recurso, dispositivo que, por construção jurisprudencial, tem sido interpretado de forma razoável, em harmonia com o *caput* do art. 522, do mesmo Código, de modo a permitir que se extraia o entendimento de que, enquanto não houver ainda fluído o prazo para interposição do recurso, o recolhimento do preparo há de ser sempre reconhecido como oportuno.

No processo penal, a força criadora do direito pelo Juiz, também, muitas vezes se faz presente, para, via da aplicação do critério da razoabilidade e da proporcionalidade, na interpretação de uma lei aparentemente rígida, chegar-se a uma decisão justa.

Como exemplo de hipótese em que a interpretação construtiva de um texto legal, pelo juiz, em um processo penal, pode ser importante, cita Sergio Demoro Hamilton - em seu bem lançado estudo jurídico “As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a antofagia do direito” – publicado na **Revista do Ministério Público** nº 11 - 2000, p. 253/266 – a que pode ser dada ao art. 233, parágrafo único do C.P.P., de modo a admitir-se sua aplicação, não apenas *pro reo*, mas também *pro societate*, idéia que aplaudimos inteiramente, por razões que podem ser assim resumidas.

Como é sabido, o art. 233 do C.P.P., tem como insuscetíveis de serem utilizadas em juízo, como provas, as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo, admite, excepcionalmente, que as cartas, assim obtidas, possam ser utilizadas pelo réu em juízo

em sua defesa, independentemente do consentimento de seu signatário, destarte permitindo que sirvam como meio de prova, *pro reo*.

Se assim é, não será, então, válido – através de uma interpretação construtiva do texto do parágrafo único do art. 233 do C.P.P., feita *cum grano salis* – a aplicação *pro societate* do princípio, na norma legal consagrado, levando em conta os valores sociais em conflito?

Pensamos que sim, sem embargo da norma, em princípio intransigente, do inciso LVI do art. 5º da C.F. de 1988, que veda a utilização no processo penal de provas obtidas por meios ilícitos.

Em abono de nosso entendimento, lembramos os comentários feitos por Ada Pellegrini Grinover *in As nulidades no Processo Penal*, p. 134, ao discorrer sobre o critério da proporcionalidade, trazendo à colação decisões proferidas por tribunais da então Alemanha Federal que, “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes” *apud* Sergio Demoro Hamilton, p. 259.

A interpretação da lei, à luz do princípio da proporcionalidade, levando em conta os valores sociais em conflito, exige do juiz muita cautela, para que a carga de subjetivismo, posta quando de tal interpretação, não desborde para o arbítrio.

A advertência vale, especialmente, para aqueles casos em que, como lembra José Carlos Barbosa Moreira, seja necessária uma perfeita interpretação da lei, com a correta investigação de seu exato sentido, importante quando, por exemplo, estiverem sendo objeto de discussão, “conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, o de “mulher honesta”, ou de “interesse público”. (“A Constituição e as provas ilicitamente obtidas” – estudo jurídico publicado *in Revista do Ministério Público*, n. 4 - 1996 – p. 101/114).

Em casos tais, o texto legal, pode ser objeto de interpretação construtiva, feita sem excessos ou extravasamentos, guardados os limites da lógica do razoável, excluída toda e qualquer possibilidade de nascimento, como fruto de tal interpretação, de um direito novo que seria, então, um “direito alternativo”, capaz de comprometer todo um ordenamento jurídico, pondo em risco a segurança das partes no processo.

A idéia da solução dos conflitos, no processo judicial, através da aplicação da doutrina do *Freirecht* (*direito livre* ou *direito alternativo*), tem angariado adeptos, nos últimos tempos.

A adoção de tal doutrina, todavia – como bem assinalou o douto advogado, e emérito jurista, Renato Ribeiro, em precioso estudo jurídico publicado - põe em cheque o próprio ordenamento jurídico e o direito das partes no processo, na medida em que garante ao juiz decidir: “como lhe aprouver”, fundado “na sua inspiração pessoal”, apartado do direito positivo vigente, o que soa absurdo. (“Direito Alternativo” – *apud* **Revista de Direito do TJ/RJ**, n. 31, p. 21/29).

De tudo que foi exposto, é possível, então, formular-se a seguinte síntese conclusiva.

O juiz, como agente da soberania estatal, exerce um Poder Político, que se exterioriza, através do *dicere ius*, sempre feito com a avaliação do legal e do justo, sendo judiciosa a observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto de que: “parece hoje fora de dúvida que o Poder Judiciário, em sua milenar evolução, realmente transcendeu o seu papel clássico e adquiriu uma função política, cabendo-lhe não apenas aplicar a norma ao caso concreto, como adaptá-la, integrar a ordem jurídica, e, até mesmo, examiná-la diante de padrões principiológicos de assento constitucional, o que exige a superação da tradicional lógica do racional e a adoção, sempre que necessário, da lógica do razoável, sem a qual, no ensinamento de Recasens Siches, *uma lei* jamais cobra plenitude de sentido”. (**Revista Cidadania e Justiça**, Ano 3, n. 6, 1º Semestre/1999, p. 79).

Ao cumprir o dever constitucional, de distribuir justiça, se e quando necessário – ante a lacuna, incerteza ou ambigüidade do texto legal – do juiz pode ser exigida verdadeira obra de criação do direito, para a integração, a determinada norma jurídica, de caso concreto nela não previsto.

Tal obra de criação não pode, porém, insista-se, desbordar para o arbítrio, estando antes sujeita a limites, que não podem ser transpostos para alcançar o fundo do direito, na norma legal contido, em clara violação ao princípio da tripartição dos Poderes, com a transmutação do juiz em legislador positivo, via da criação de um direito alternativo, capaz de carrear insegurança para o direito das partes no processo e o comprometimento de todo um ordenamento jurídico. ◆