XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRIATIVISMO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO COMO LEGISLADOR POSITIVO

JUDICIAL CREATIVISM: THE ROLE OF THE MAGISTRATE AS A POSITIVE LEGISLATOR

Bruno Pinheiro Caputo
Michelly Pereira Melo

Resumo

O trabalho tem por objetivo o conhecimento dos procedimentos teóricos aplicáveis à criatividade judicial. O desenvolvimento do tema foi realizado através de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Primeiramente, far-se-á uma introdução acerca da importância do presente estudo. Adiante, será conceituada a jurisdição, realçando suas peculiaridades, seus princípios, as implicações jurídicas e os seus limites. Por conseguinte, concluirá de forma a mostrar a ampla aplicação prática do criativismo judicial por inúmeros magistrados, devendo ser dada continuidade aos estudos sobre o tema em razão da sua constante ocorrência no mundo jurídico.

Palavras-chave: Direito processual civil, Criatividade judicial, Poder judiciário, Segurança jurídica, Jurisdição

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this work is the knowledge of the theoretical procedures applicable to judicial creativity. The development of the theme was carried out through doctrinal, legislative and jurisprudential research. Firstly, an introduction will be made on the importance of the present study. In the future, the jurisdiction will be conceptualized, highlighting its peculiarities, its principles, its legal implications and its limits. It will therefore conclude in order to show the wide practical application of judicial creativity by numerous magistrates, and studies on the subject must be continued because of their constant occurrence in the legal world

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure law, Judicial creativity, judiciary, Legal security, Judicature

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre um tema de grande relevância e importância para o Direito hodierno. Em que pese o Poder Judiciário ter o papel de garantir os direitos dos cidadãos, a função criativa da sua função se mostra de enorme relevância, visto a intimidação dos próprios litigantes.

A criatividade judicial torna-se imprescindível à solução dos conflitos onde não resta outra alternativa ao magistrado. Em assim sendo, cabe a este decidir de maneira distinta à prevista pelo ordenamento jurídico vigente, valendo-se de conteúdo valorativo para decidir um determinado litígio.

Dentre a divisão dos papeis do Estado, a principal é a desenvolvida pelo juiz, o qual tem a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto e assim decidir da forma mais equilibrada. Dessa feita, consegue o magistrado uniformizar as condutas humanas a partir de um padrão normativo para melhor resolver os conflitos existentes.

O direito é o instrumento apto a conduzir os sujeitos em uma sociedade para que possam conviver de forma harmoniosa. Para isso, ele cria normas e comandos gerais que têm como escopo prever o máximo de comportamentos possíveis de uma sociedade para decidir consoante os preceitos basilares de um Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, perante as omissões do Poder Legislativo e do Executivo, em se tratando dos atos inconstitucionais e ilegais praticados por eles, compromete-se a rever esses atos e convalidá-los para que não ocorram problemas no momento de sentenciar determinada demanda.

A sociedade vem depositando grande confiança no Judiciário a cada dia que passa. Tal fato não se mostra despretensioso, visto que a inércia e a corrupção são cada vez mais comuns nas esferas legislativa e executiva.

Dessarte, não se mostra um equívoco afirmar que além de passar maior segurança à população quanto às demandas sociais, também tenta diminuir a crise nos demais poderes.

As leis brasileiras estão cada vez mais superficiais e sem qualidade jurídica. A prova disso é a frequência com que o Judiciário declara a inconstitucionalidade de leis e atos normativos aprovados pelo legislador. É em razão dessa insegurança que os juízes devem ter uma função mais atuante quando interpretar normas para solucionar os problemas.

O presente artigo pretende mostrar o que seria a criatividade judicial legítima e necessária à concretização das normas constitucionais em consonância com as necessidades da sociedade que espera por regulamentação de preceitos fundamentais.

2 DA JURISDIÇÃO

2.1 Conceito e características principais

Jurisdição é o poder atribuído a terceiro imparcial para, mediante um processo reconhecer, efetivar ou proteger situações jurídicas concretamente deduzidas de modo imperativo e criativo em decisão insuscetível de controle externo, apta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

É um conceito extenso e por isso faz-se imprescindível alguns comentários sobre ele. Dessa feita, pode-se conceituar terceiro imparcial como sendo é aquele estranho à relação processual e que não esteja interessado na causa, assim, o juiz substitui a vontade das partes, pela dele, a fim de resolver o problema.

A jurisdição no Brasil se exerce processualmente, ou seja, é necessário um processo que a legitime. Não existe jurisdição instantânea; ela deve ser precedida de uma atividade dialógica, como possibilidade de contestar, produzir provas e até mesmo recorrer. E não basta que seja um processo, ele deve ser devido, isto é, deve garantir o contraditório e a ampla defesa às partes.

A jurisdição é uma função que trabalha sob um problema concreto. Não existe processo jurisdicional que não se refira a um caso concreto, sendo esse o principal aspecto que a diferencia da legislação. Nesta, o legislador não atua sobre um caso, mas com casos futuros e hipotéticos. O principio da adequação tem relação com a análise do processo com o caso concreto, em que o juiz deve se atentar ao caso para que faça um julgamento seguro.

Reconhecer, efetivar ou proteger são as três finalidades em busca das quais um sujeito procura o Judiciário. Em Portugal é interessante que não se fala em coisa julgada, mas em caso julgado, pois não se julga uma coisa, mas um caso.

A jurisdição é poder, ato de império, é cogente. O juiz, ao julgar, cria, decide um conflito, define sua solução, reconstrói o ordenamento jurídico e encontra limites nessa criatividade através do caso e do direito objetivo.

O magistrado cria uma norma jurídica que vai regular o caso concreto e também cria uma norma jurídica modelo para casos futuros semelhantes àquele. Não é por acaso que hoje existem súmulas, são produtos da atividade jurisdicional, onde o juiz julga um caso e este serve de modelo para reiterados outros que vão à busca do Judiciário.

A jurisdição possui caráter substitutivo, ou seja, ela substitui a vontade das partes pelo que está descrito na lei. Ela constitui uma lide, isto é, há conflito de interesses que devem ser

solucionados a partir de um processo devido que garanta o contraditório e a ampla defesa. O juiz não pode iniciar um processo de ofício, sendo papel exclusivo das partes, porém, depois de iniciada a jurisdição, não será mais considerada inerte.

A decisão jurisdicional é a única decisão de um poder que outro não pode controlar. A decisão de um juiz só pode ser controlada enquanto decisão administrativa, podendo ser contestada por agentes e instituições que atuam nesta seara. A única decisão que se torna definitiva é a jurisdicional, pois ela se torna incontestável pela ocorrência da coisa julgada.

2.2 Princípios da jurisdição

As normas jurídicas se dividem em princípios e regras. Os princípios deixam de estar ao lado da norma e passam a ser espécies dela. Isso quer dizer que, com base em um princípio, é possível postular algo, ou seja, é possível extrair do princípio uma consequência jurídica e, assim, postulá-la.

A jurisdição possui alguns princípios importantes que servem para sua melhor compreensão. São eles o princípio da investidura, o princípio da territorialidade, o princípio da indelegabilidade, o princípio da inafastabilidade e o princípio do juiz natural.

O princípio da investidura é o exercício da jurisdição por quem tenha sido investido devidamente na função jurisdicional. Esse sujeito investido é o juiz, pois ele é o responsável por representar o Estado na busca de uma solução para o caso concreto.

Quando a jurisdição é inescapável, ela caracteriza-se por ser inevitável. Isso quer dizer que há uma vinculação obrigatória entre os sujeitos e o processo, automática, que não depende da vontade das partes. Os sujeitos não possuem escolha, eles devem se sujeitar às decisões tomadas pelo juiz mesmo que eles não concordem com ela.

O segundo princípio ressaltado é o da territorialidade. Segundo esse pressuposto, exige-se que a jurisdição seja exercida sobre um dado território, denominado foro. Ou seja, ele delimita a atuação do sujeito quando atua na concretização do direito.

O princípio da indelegabilidade impede que o exercício da jurisdição seja delegado. O juiz possui alguns poderes jurisdicionais, tais como o ordinatório, que resulta no poder de movimentar e conduzir o procedimento. Na fase instrutória, permite-se a produção de provas, que se sucede pela fase decisória, na qual um os juízos *a quo* ou *ad quem* têm por finalidade julgar um litígio a eles levado, não podendo delegar a terceiros este poder. Ato contínuo, com o não cumprimento da sentença, tem-se a fase executiva, pela qual se permite a execução das decisões anteriormente proferidas.

A jurisdição possui também como princípio o preceito da inafastabilidade, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988. De acordo com este princípio, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". Resta evidenciado, portanto, que qualquer pessoa tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário para que sua tutela seja satisfeita.

Por último tem-se a princípio do juiz natural está previsto na Constituição em dois momentos, ambos no art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Carta Magna.

Esse é um princípio que, em suma, aduz que todos têm o direito de ter um juiz competente e imparcial, ou seja, um juiz que tenha sua competência e imparcialidade para julgar determinadas por lei.

É por isso que o constituinte veda o tribunal de exceção. Tal vedação visa a proibir que se crie um determinado juízo/tribunal para julgar conduta específica. É nesse sentido que se faz a distribuição de processos, para que as partes não possam escolher o órgão julgador que irá apreciar a sua demanda.

2.3 Da jurisdição constitucional

Há vários riscos que a justiça pode oferecer à democracia, como por exemplo o ativismo judicial, protagonismo judicial, decisionismo e o próprio criativismo judicial.

O controle de constitucionalidade foi um instituto que impulsionou a concretização do direito constitucional, conferindo uma grande capacidade de interpretação por parte do Poder Judiciário.

Mesmo que as decisões jurisdicionais constitucionais contenham um alto grau de criatividade judicial e que contenha uma interpretação criativa do juiz, isso não quer dizer que possa constituir uma ameaça ao instituto da separação dos poderes. O importante é não permitir que as práticas judiciais extrapolem os limites e os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A ideia do criativismo judicial tem ganhado grande importância no mundo jurídico, uma vez que prevê uma maior participação do Poder Judiciário na busca dos valores e objetivos constitucionais. Tal fato acaba por intervir na esfera de atuação dos demais poderes da União.

3 DO CRIATIVISMO JUDICIAL

3.1 Considerações iniciais

O criativismo judicial define quais os poderes de um juiz, por exemplo. Ele se manifesta em duas dimensões, a saber, a dimensão material e a dimensão processual.

Na dimensão material, a criatividade se revela com a proliferação das normas abertas (princípios) e cláusulas gerais, com controle de constitucionalidade, ou seja, são poderes para o julgamento. Já na seara processual, tal inovação se revela no incremento de poderes para o juiz conduzir o processo.

A criatividade judicial se dá quando o juiz confere uma interpretação mais abrangente a uma norma ou até mesmo quando ele soluciona um caso concreto sem se basear em algum texto normativo. Esse fenômeno torna-se muito importante na medida em que a interpretação é feita conforme as exigências sociais impostas em determinado momento histórico.

A primeira concepção que se tem do tema fora proposta por Hans Kelsen (1962), ao defender, em uma das suas inúmeras obras, a ideia de que também compete aos tribunais superiores – ou tribunais de última instância, conforme denominação do próprio jusconsulto – "criar" o direito, mediante normas/súmulas vinculantes a serem utilizadas em casos similares, veja:

> Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente ju- dicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. (KELSEN, 1962, p. 113).

Ao passar do tempo, as sociedades evoluem e dão sentido novo às relações entre os indivíduos. Com o fato de essas mudanças ocorrerem tão rapidamente, o Poder Constituinte não consegue acompanhá-las, não havendo regulamentação a respeito dessas referidas relações.

Para Fredie Didier Jr. (2013),

> A jurisdição é função criativa: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto. É que quando se decide, cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto". (DIDIER JR, 2013, p. 105-108).

Uma das principais causas para a criatividade judicial é o fato de existirem omissões por parte do poder Legislativo e Executivo acerca do cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Assim, há que se ressaltar que compete ao judiciário brasileiro, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, garantir e assegurar a aplicabilidade da Constituição da República, no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade, mas não apenas. Em consonância ao elucidado pelo ora Ministro do STJ, Gilmar Ferreira Mendes (1999), vê-se que exerce o Poder Judiciário não apenas o papel de legislador negativo, mas também o de legislador positivo. *In verbis:*

> Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretenso "legislador negativo", o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de "legislador positivo". É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas. (MENDES, 1999, p. 4).

O papel do Judiciário é exatamente o de analisar os problemas e dar a eles uma solução mais adequada. E à medida que não há normas para solucionar tais casos concretos, o próprio juiz acaba por fazê-las. Dessa feita, pode-se dizer que o juiz, ao julgar um caso concreto ele cria precedentes, que servem para aquele determinado caso e também pode servir para casos futuros que sejam semelhantes.

Tal fato encontra assento na jurisprudência contemporânea, consoante se verá pelos exemplos abaixo dispostos.

A CR/88, em seu art. 5º, inciso LVII, prevê que "ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**" (grifo nosso). Lado outro, em 17 de fevereiro de 2016, o STF, ao negar provimento ao Habeas Corpus (HC) 126292, entendeu pele exequibilidade da prisão após condenação criminal em segunda instância, ou seja, não esgotadas as possibilidades/vias recursais.

Como fundamento, o Relator, Ministro Teori Zavascki, aduziu que a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência, tal qual a lei preceitua, não sendo este, fator impeditivo daquele. Para tanto, valeu-se das Súmulas 716 e 717, ambas do STF, as quais preveem, respectivamente, que "admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo

nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória" e que "não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

Em reanálise da matéria, ocorrida na seção realizada em 05 de outubro de 2016, houve a manutenção do entendimento por seis votos a cinco, havendo apenas uma mudança de voto, a do Ministro Dias Toffoli. Tal entendimento serve como escopo para as atuais decisões acerca do tema, tal qual aquela proferida pelo TJMG, quando do julgamento de um HC que pleiteava a soltura do paciente condenado à prisão após sentença condenatória em segunda instância. Vejamos:

> EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS - SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA - EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA - POSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - PLEITO PARA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARA A ACUSAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO DEBITÁVEL À AUTORIDADE APONTADA COATORA - IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO A ESTE PONTO. 01. Tendo sido mantida a sentença condenatória do paciente em segunda instância, e pendente Agravo de Instrumento nos próprios autos contra a decisão que inadmitiu o processamento do Recurso Especial aviado em seu favor, possível a execução provisória da pena, conforme entendimento atual dos Tribunais Superiores. 02. **Inexistindo qualquer abuso de direito praticado pela autoridade apontada, pelo impetrante, como coatora, não se conhece do pedido para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**.
>
> v .v. Em obediência ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII da CF/88), a liberdade do acusado deve ser a regra geral, razão pela qual a expedição de Mandado de Prisão deve ocorrer após o trânsito em julgado da condenação.
>
> (TJ-MG - HC: 10000171090558000 MG, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 03/04/2018, Data de Publicação: 13/04/2018).

Normalmente essa situação ocorre por causa da ausência do Poder Legislativo em sua função típica, a de elaborar lei. No momento em que há uma omissão tanto pela Constituição quanto pelo legislador ordinário, o juiz se vê em uma situação de criatividade, em que acaba por inovar o ordenamento jurídico construindo normas de caráter geral.

A atividade criativa do juiz se dá quando há uma maior participação do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais. Ela pode se dar de várias formas, como por exemplo, quando há uma aplicação direta da Constituição ou faltam regulamentos por parte

do legislador ordinário, ou na declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

O juiz, quando cria a norma individual, deve fundamentá-la. Esse dever, como já se sabe, está expresso no art. 93, IX, da CR/88. Assim, após formar seu convencimento, o juiz deve exercer sua função criativa de maneira fundamentada, a fim de mostrar às partes e à sociedade que decidiu da melhor forma possível, ou seja, que exerceu bem seu poder de criação.

Nesse sentido, entende Fredie Didider Jr. (2009):

> O princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado Liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais. (DIDIER JR., 2009, p. 286).

A criatividade judicial possui duas dimensões. Quando decide, o juiz cria a norma jurídica individualizada do caso (exposta no dispositivo da decisão) e cria a norma jurídica geral do caso (contida na fundamentação da decisão).

A norma jurídica individual não é apenas a aplicação da norma abstrata ao caso concreto. O juiz tem uma postura mais ativa, que deve interpretar a norma a partir de uma concepção constitucional, atentando-se aos detalhes do caso concreto.

Quando exerce jurisdição, o juiz também cria a norma geral do caso concreto, e é exatamente por isso que podemos usar essa decisão em outro caso diferente, porém semelhante. Essas normas são chamadas de precedentes judiciais, que será destrinchado mais à frente.

Assim, ao julgar, o juiz atinge as partes e a comunidade. Quando a comunidade é atingida, há o chamado precedente judicial (*ratio decidendi*), que são normas jurídicas gerais construídas a partir de um raciocínio que pode servir de diretriz para demandas semelhantes.

Até mesmo o próprio legislador encampa a ideia de criatividade ao elaborar normas contendo cláusulas gerais ou conceitos juridicamente indeterminados. Ou seja, o legislador, está consciente de que não consegue prever todos os casos possíveis da realidade e, por isso, divide essa função com o Poder Judiciário, que de maneira cooperativa e sempre observando os princípios da boa-fé e da proporcionalidade, deve criar a norma que de fato irá regular a situação no caso concreto.

As cláusulas gerais, que são textos normativos abertos e indeterminados, presentes principalmente nas sociedades contemporâneas, conduzem o juiz no momento de interpretar o

caso concreto conforme os padrões de conduta aceitos naquela sociedade no momento em que se realiza o processo hermenêutico.

Segundo Humberto Ávila (2006),

> É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do interprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o interprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstancias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. (ÁVILA, 2013, p. 37).

Há que se destacar ainda que a discricionariedade do juiz encontra dois limites. Há a limitação dada pelos enunciados normativos, que são, por exemplo, as leis, a Constituição, regulamentos, dentre outros e também se limita ao caso concreto que lhe foi atribuído. É por este motivo que o juiz não pode decidir fora do que foi pedido ou com objeto diferente daquele contido na peça vestibular (decisões *extra* ou *ultra petita*).

3.2 A criatividade judicial e o Poder Judiciário

Devido às varias transformações ocorridas principalmente nos países ocidentais, tem-se observado uma grande relevância dada à função jurisdicional e ao mesmo tempo uma desigualdade em relação aos demais Poderes.

Isso ocorre porque, no art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, resta evidenciado que o Poder Judiciário é o órgão responsável não só para proteger os direitos desrespeitados por outras esferas, mas também pelo fato dele ser o garantidor dos valores sociais consagrados pelo referido diploma legal.

A grande maioria dos Estados democráticos se organiza através da separação dos Poderes. As funções de legislar (criar as leis), administrar (efetivar o Direito) e julgar (aplicar o Direito em situações de conflito) são atribuídas a diferentes órgãos independentes entre si e especializados. É por isso que o Legislativo, Executivo e o Judiciário realizam um controle reciproco para evitar conflito de decisões que podem prejudicar na proteção dos direitos fundamentais.

Ao atuarem em suas esferas esses três poderes têm o papel de interpretar a Constituição, respeitando os valores nela contidos e atendendo à sua finalidade. Em caso de haver divergência entre essas esferas, cabe ao Judiciário proferir a última palavra e dando uma

solução final para o caso. Mas isso não quer dizer que todo e qualquer conflito deverá ser resolvido, obrigatoriamente, pelo Poder Judiciário.

Os constitucionalistas têm discutido sobre a "capacidade institucional", que tem por objetivo dizer qual Poder está preparado para proferir a melhor decisão sobre determinado caso. Nem sempre o juízo será o melhor órgão para decidir, visto que pode faltar a ele alguma aptidão técnica ou faltar a ele alguma informação que seja específica. Apesar de ser o Poder Judiciário o responsável pela decisão final, ele não pode deixar de levar em conta o entendimento do Legislativo e do Executivo, utilizando de poderes discricionários, mas dotados de razoabilidade.

O processo decisório envolve duas fases distintas, a da descoberta e a da justificação. O momento da descoberta é uma fase de especulação subjetiva, em que se desenvolve na consciência do juiz através de sua intuição. Assim, o juiz irá formular hipóteses possíveis para a solução do caso concreto a partir de uma reflexão intelectual complexa.

Uma vez descoberta a solução para o caso, o juiz passa para a fase de justificação, na qual ele terá que convencer as partes, advogados e até mesmo a sociedade de que a sua decisão é a melhor possível. Para tanto, deve fundamentar e atacar todos os pontos a ele trazidos em sede de sentença.

Duas das principais características das decisões judiciais são a obrigatoriedade de fundamentação e sua imparcialidade. A expectativa é de que o juiz decida de forma clara e objetiva com base nos valores aceitos pela sociedade e que também leve em conta os interesses das partes, pois são os principais interessados na solução do conflito.

Para que o magistrado decida de forma objetiva e imparcial, deve-se observar alguns requisitos indispensáveis à resolução do litígio. É recomendado a ele ouvir todos os interessados para que seja garantido o contraditório e a ampla defesa e levar em consideração os argumentos apresentados pelos sujeitos que poderão ser afetados com tal. A fundamentação do juiz deve ser objetiva e ter relação com os fatos do processo, existindo a possibilidade de revisão por uma instância superior.

O mais importante é que os juízes tenham consciência de que o ordenamento jurídico nem sempre é suficiente para solucionar todos os conflitos. O juiz sempre precisará de algo além dos singelos textos normativos para decidir da melhor forma possível.

É de fácil percepção que o juiz se vale principalmente de princípios éticos para embasar uma decisão sua. Não se pode dizer que a ética é própria de cada pessoa, como se fosse uma questão de intimidade, e que o juiz só poderia decidir com base em normas jurídicas

expressas no ordenamento jurídico. Na verdade, o juiz deve se valer de todos os mecanismos possíveis para dar uma melhor decisão ao caso concreto.

3.3 Da segurança jurídica e sua relação com a criatividade judicial

A insegurança vivida pelo ser humano atinge a própria sociedade, fazendo com que aquele buque incessantemente por segurança. Ela ultrapassa a esfera individual do homem e acaba por impedir que uma sociedade se desenvolva corretamente por falta de estabilidade.

Por este motivo, mostra-se evidente que o ordenamento jurídico é responsável por regular as relações entre as pessoas e assim dando a elas maior garantia. O Direito deve evoluir juntamente com a sociedade, pois a cada dia que passa novas relações e novos fatos surgem, exigindo que as regras que os orientam, estejam em conformidade com os princípios e normas vigentes.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, afirma que:

> O Estado precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades. (MARINONI, 2012, p. 560).

A segurança jurídica se caracteriza por proporcionar o conhecimento antecipado das consequências de uma relação para que as partes não sejam surpreendidas com decisões indesejáveis. O princípio da segurança jurídica deve também garantir que os fatos consumados não serão modificados, seja por meio da irretroatividade das leis, do direito adquirido ou da coisa julgada.

O Estado Democrático de Direito, sustenta-se por dois fundamentos basilares, quais sejam, a certeza e segurança jurídicas, na medida em que não pode existir um Estado de Direito que não respeite às regras do ordenamento jurídico. São esses os dois pilares básicos que dão confiança e credibilidade ao Estado.

A segurança jurídica é um princípio constitucionalmente garantido, pois encontra-se lastreado no art. 5º, XXXVI, da CR/88 e, ao dizer que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", a própria Constituição garante que nenhum ato normativo do Estado irá atingir os que já foram consolidados.

Fredie Diddier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que:

> Sucede que não é apenas em relação ao passado que se mostra necessário garantir a estabilidade. O individuo, uma vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro individuo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhes são postas para análise sejam levadas em consideração pelo individuo para moldar a sua conduta presente. Isso se verifica ainda mais quando se observa a importância que os precedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa garantir certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz. (DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2013, p. 446 e 447).

Diante do que foi dito até o momento, percebe-se que o princípio da segurança jurídica garante a estabilização das relações jurídicas, tanto em relação à atividade legislativa quanto à aplicação e interpretação das normas jurídicas. Ou seja, é uma estabilização necessária para que as pessoas não sejam surpreendidas com as mudanças repentinas ocorridas no ordenamento jurídico.

Portanto, tal estabilização advém dos atos formais e materiais do Estado – atos esses oriundos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. É a partir da boa-fé dos cidadãos que surge para o Estado um dever de coerência no momento de decidir uma relação jurídica, por isso é indispensável uma correta, uniforme e coerente decisão ao interpretar e aplicar uma lei.

4 LIMITES À FUNÇÃO CRIATIVA DO JUIZ

A função criativa do juiz tornou-se uma questão indiscutível no contexto atual, principalmente no momento de exercer sua função primária, que é a de julgar. Todos os textos devem ser interpretados para então serem aplicados ao caso concreto, no sentido de que a produção e criação do direito pelos juízes são resultados de sua atividade interpretativa.

Para o mesmo pleito podem existir inúmeras soluções, e é por este motivo que o julgador tem a necessidade de escolher a melhor para aquele caso determinado. Tal escolha se dá apenas a partir da interpretação do texto constitucional e dos princípios jurídicos.

A melhor forma de controlar essa atuação produtiva, criativa do Poder Judiciário, é através da motivação da sua decisão, pois é ela que legitima o exercício da jurisdição. O juiz, por meio da motivação, deve comprovar que age conforme o sistema jurídico e assim escolher a melhor solução para o caso concreto.

Quando uma decisão é dada nos exatos termos do sistema jurídico, está respeitando o princípio da segurança jurídica, levando-se em consideração que uma decisão não pode causar surpresa aos sujeitos envolvidos, devendo ser previsível.

Com o surgimento das cláusulas abertas, ampliou ainda mais a atuação criativa e interpretativa do juiz e ao mesmo tempo exigiu-se uma fundamentação mais consistente, com argumentos que convençam as partes de que aquela foi uma decisão legítima.

Em assim sendo, a melhor forma de controlar essa atuação do Judiciário sem caracterizar o arbítrio foi feita pela obrigação do dever de motivação das decisões previsto no art. 93, IX, Constituição Federal.

Referente à motivação das decisões, Daniel Amorim Assumpção Neves (2016) pontua que:

> Segundo o art. 93, IX, da CF, todas as decisões proferidas em processo judicial ou administrativo devem ser motivadas, sendo obrigatória aos julgadores a tarefa de exteriorização das razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas nas decisões. Neves (NEVES, 2016, p. 125).

A motivação passou a ser um artificio de legitimação do Poder Judiciário e ao mesmo tempo de concretização do direito e assim o juiz demonstra que decidiu da melhor forma e que julgou de maneira correta, e a motivação passa a ter maior importância nas decisões do juiz.

O que não é admitido na função criativa do magistrado é a sua atuação arbitrária, desprovida de limites e de fundamentação. Assim, é possível sustentar que o exercício da discricionariedade judicial encontra limite também na doutrina, sendo ela fundamental para a própria efetivação dos direitos no caso concreto.

A doutrina também possui a função de pensar além, de estudar os casos e destinar soluções a eles, servindo de espaço para a politização da esfera pública. Ela é o fruto dos estudiosos e pensadores do Direito e indispensável para a interpretação do julgador. Por isso, ao desprezar o texto doutrinário, está se dispensando também um grande conhecimento jurídico, que pode servir na fundamentação de uma decisão.

A sociedade vive em constantes mudanças e na medida em que ela evolui, o Direito também deve evoluir. É aqui que insurge o papel da doutrina, o de suprimir ideias antigas a partir novas ideias. É indispensável que o juiz se valha da ciência jurídica, pois é a partir dela que ele irá adquirir conhecimentos mais profundos para decidir com segurança uma pendência jurídica.

É através da confrontação intelectual, do debate, que se mostra possível encontrar a solução mais equilibrada para determinado caso. Ela é responsável pela sistematização do Direito, das normas do ordenamento jurídico, para que este seja facilmente compreendido.

Portanto, uma decisão sem fundamentação e que não adote um entendimento doutrinário possui um vício que deve ser sanado, pois traz muitas consequências aos sujeitos da relação. Tem-se, por exemplo, a dificuldade da parte em recorrer, impedimento à revisão da decisão, desrespeito ao texto constitucional e risco à imparcialidade do juiz, mostrando-se nula uma decisão sem motivação.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é certo afirmar que a criatividade judicial tem se mostrado imprescindível por pressão da própria sociedade. Ela se pauta em critérios que não os previstos pelo ordenamento jurídico, aumentando a liberdade do juiz para julgar um caso concreto. Mesmo que a Constituição traga em seu texto uma solução, em alguns casos o juiz precisará optar por conceitos valorativos que melhor se adequarem ao problema.

Apesar de a discricionariedade do juiz ser ampla, ela fica limitada a sempre se pautar nos conceitos fundamentais previstos pelo *Códex* constitucional, tendo em vista que a Carta Magna é dotada de supremacia, devendo ser adotada por todos os Poderes, principalmente o Judiciário, no momento em que julga uma situação fática.

Em um Estado Democrático de Direito, as sociedades contemporâneas são classificadas como complexas em suas relações sociais, por vários motivos, como por exemplo, o avanço da tecnologia e do capitalismo.

O Poder Judiciário passa a possuir importante papel na manutenção das relações sociais, ao passo em que as demandas judiciais se mostram de maior relevância e dificuldade jurídica, como o conflito entre direitos fundamentais, conflito este que exige técnicas jurídicas complexas para a solução desses casos.

A intervenção do Judiciário não pode causar estranheza, pois ele tem como papel primordial legitimar o titular do poder, qual seja, o povo. Assim, quando provocado pelas partes, ele apenas cumpre o seu dever de jurisdição imposto pela Constituição Federal.

Quando o Poder Legislativo e o Executivo se omitem em algumas questões, resta ao Poder Judiciário suprir tal omissão para que a sociedade não fique sem uma resposta. Além de

buscar as garantias dos indivíduos os magistrados têm o papel de construir uma ordem jurídica mais justa, mas sem comprometer a independência e autonomia dos demais poderes.

A criatividade judicial é um fenômeno crescente nas sociedades contemporâneas, pois impõe ao poder jurisdicional a intervenção na esfera privada, a fim de promover um equilíbrio nas relações sociais. O juiz decide juntamente com a população, observando os preceitos fundamentais para atender à demanda do povo.

Assim, a função criativa do juiz vem para aperfeiçoar a jurisdição e ao mesmo tempo traça limites à atuação do juiz para que ela não se torne um autoritarismo, fator intolerável pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais.** Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/. Acesso em: 13 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil v. 1.** 15. ed**.** Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. v.2** 11. ed. Salvador: Jus povium, 2009.

DIDIER JR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno.; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil v. 2**. 8. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de MACHADO, João Baptista. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *in* MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes:** Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**: Algumas Notas. Revista Jurídica Virtual. Ano 01. v. 01, mai. 1999. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14968-14969-1-PB.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **HC: 10000171090558000 MG.** Relator: Min. Fortuna Grion. Data de Julgamento: 03/04/2018. Data de publicação: DJe 13/04/2018.

Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566630655/habeas-corpus-criminal-hc-10000171090558000-mg/inteiro-teor-566630708. Acesso em: 07 dez. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8.ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016.