

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ: UMA ABORDAGEM NO
ÂMBITO DO BRASIL E DA UNIÃO EUROPEIA**

WALTER SANTIN JUNIOR

Itajaí-SC, março de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O PAPEL CRIATIVO DO JUIZ: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DO BRASIL E DA UNIÃO EUROPEIA

WALTER SANTIN JUNIOR

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e ao Curso de Direito da União Europeia da
Universidade do Minho – UMINHO, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência
Jurídica e Mestre em Direito da União Europeia.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu
Orientadora: Professora Doutora Alessandra Silveira

Itajaí-SC, março de 2019

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de luz que não se apaga.

À minha querida mãe Maria e aos meus irmãos. Devo a eles todos os caminhos percorridos, pavimentados por virtudes, e mesmo nos momentos mais áridos não sucumbimos ao desalinho, mantivemos o enlace e a perseverança por dias melhores.

Ao meu saudoso pai Walter Santin (in memoriam). “Advogado de coração, abnegado ao direito, defensor ferrenho das prerrogativas, honrando a advocacia catarinense. Homem de trabalho, labutou cotidianamente na busca pelo ideal de justiça, e humanamente na justiça social. Em sua marcante passagem nesta vida, nos brindou com notória sabedoria, especialmente com sua maior virtude e conhecida qualidade dos homens de grande honra: a humildade. A saudade deixada afasta os limites da vida. Como disse Guimarães Rosa: ‘As pessoas boas não morrem, ficam encantadas’” – homenagem recebida da OAB/SC.

Ao Juiz de Direito Edson Luiz de Oliveira, pela amizade edificada no Fórum da Comarca de Barra Velha. Discreto, talentoso, comprometido com a judicatura, exemplo de pai e companheiro de todos os momentos.

Ao Doutor Pedro Manoel Abreu, orientador, pela maneira sempre técnica e cordial com que conduziu a relação educativa durante a elaboração deste trabalho. Tenho como inesquecível o discurso proferido por sua Excelência na solenidade que me deu posse, texto que ganhou repercussão nacional ao destacar brilhante mensagem sobre a judicatura e seus desafios, merecendo destaque: “O dever fundamental do juiz cidadão é fazer justiça”, cujo enredo serviu de inspiração para este trabalho e que conduz os meus julgados.

À Doutora Alessandra da Silveira, pela receptividade na saudosa Braga, norte de Portugal, um dos períodos mais marcantes na minha vida acadêmica e pessoal. Professora da Universidade do Minho, referência em temas jurídicos relacionados ao Direito da União Europeia e uma orientadora entusiasta que deu rumo ao presente estudo.

DEDICATÓRIA

À minha amada esposa, Marcela, pedaço de mim, agora integrada por nossa primeira filha, Sofia, razão maior de nossas lutas e conquistas. Tantas e intensas têm sido as recentes alegrias que por vezes gostaríamos que o tempo não passasse tão depressa.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

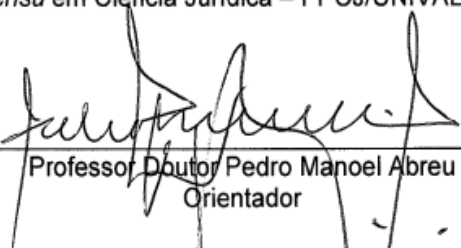
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2019

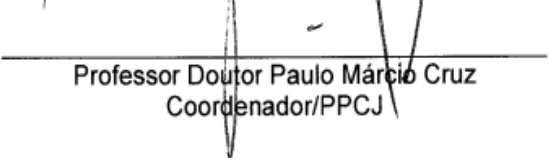
Walter Santin Junior

Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

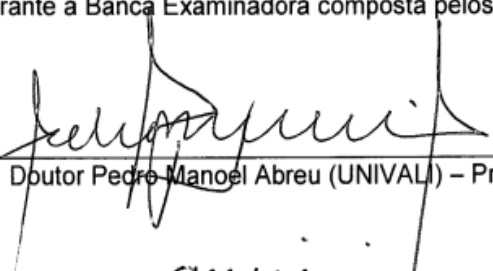


Professor Doutor Pedro Manoel Abreu
Orientador

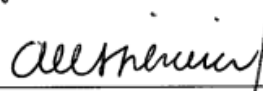


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Pedro Manoel Abreu (UNIVALI) – Presidente



Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (UNIVERSIDADE DO MINHO, PORTUGAL) Membro



Doutor Serafim Pedro Madeira Froufe (UNIVERSIDADE DO MINHO, PORTUGAL) - Membro

Itajaí (SC), 21 de março de 2019.

ROL DE CATEGORIAS

Criação Judicial

O exercício regular do dever-poder dos juizes de transformar o Direito legislado em Direito interpretado/aplicado, ou seja, a *verba legis* em *sententia legis* – caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material.

Direito Natural

[...] traduz-se na existência de um direito fundado na natureza das coisas e, em último tempo, na vontade divina, no direito justo, denominando-se por concepção jusnaturalista (do jusnaturalismo). O direito natural radica no pensamento grego, entendido como um direito ideal, suprapositivo, integrado por princípios ou regras que curam essencialmente do justo, permitindo aferir da legitimidade do próprio direito positivo¹.

Lógica do Razoável

O *logos* do razoável constitui a lógica que serve o homem, destinada não a explicar, mas a compreender, a penetrar o sentido dos objetos humanos. É uma lógica destinada a realizar operações de valoração e a estabelecer fins e meios para os propósitos humanos. É influenciada pela realidade do meio concreto em que vive o homem².

Positivismo Jurídico

[...] exprime-se por meio de proposições analíticas da lógica e da matemática e de proposições sintéticas relativas ao fundo factual. Assim, por óbvio, revoga o positivismo a distinção entre razão teórica e razão prática em detrimento desta última. Com isso toda a possibilidade de legitimação das proposições normativas é

¹ *Direito Natural* in Artigos de apoio Infopédia. Porto: Porto Editora. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$direito-natural](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$direito-natural). Acesso em: 22 de jan. 2019.

² COELHO. Fernando L. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro. Forense: 1981. p. 155.

afastada, mesmo as oriundas de fatos observáveis, como os provenientes da sensibilidade humana, do mundo da vida³.

Pós-positivismo

[...] é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...]. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito⁴.

Princípios

São normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento⁵.

Teoria da Argumentação Jurídica

[...] partindo do pressuposto do direito como ciência, a teoria da argumentação jurídica postula a racionalidade das decisões judiciais, por intermédio de uma argumentação pertinente, que possibilite o controle dessa racionalidade do discurso. O pressuposto é que as decisões jurídicas sejam corretas no que tange às prescrições da ordem jurídica vigente, com base em uma justificação racional, que envolve a tomada de decisão com base na lei, nos precedentes e na dogmática⁶.

Valores

São escalas de ajustabilidade – em relação ao mundo – dos sentimentos do sujeito,

³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**. Tradução de: Claudio Molz. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 04.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003. p. 336.

⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

⁶ DINIZ, Geilza Fátima Calvacanti. **Teoria da argumentação jurídica e loves knowledge no caso da emancipação do parto do feto anencéfalo**. Revista de Informatização legislativa. Brasília, v. 47, n. 188, p. 257, out./dez. 2010.

numa escala que algo tem valor para alguém, no momento em que influencia a existência de outro, torna-se a representação e ajustabilidade objetiva⁷.

⁷ BORGES, Alexandre Walmott. **Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

SUMÁRIO

RESUMO	p.11
ABSTRACT	p.12
INTRODUÇÃO	p.13
1 O CONTEXTO HISTÓRICO DO POSITIVISMO JURÍDICO	p.17
1.1 O DIREITO NATURAL E O SURGIMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO	p.17
1.2 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO SISTEMA UNITÁRIO DE NORMAS: A TEORIA KELSENIANA DA NORMA FUNDAMENTAL	p.28
1.3 A DERROCADA DO POSITIVISMO JURÍDICO: DIREITO E MORAL	p.35
1.4 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO JURÍDICA E O PÓS-POSITIVISMO	p.40
2 UMA NOVA POSTURA DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	p.48
2.1 A ABERTURA VALORATIVA DO SISTEMA JURÍDICO	p.48
2.2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A SOLUÇÃO JUSTA	p.56
2.2.1 A proposta de Robert Alexy para a fundação racional da decisão jurídica	p.58
2.2.2 A nova retórica e os valores: a lógica jurídica de Chaïm Perelman	p.66
2.3 A LÓGICA DO RAZOÁVEL COMO CERNE INTERPRETATIVO	p.76
3 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA	p.83
3.1 O JUIZ E A REVELAÇÃO DO DIREITO IN CONCRETO	p.83
3.2 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A POSIÇÃO ATIVA DOS JUÍZES DE LUXEMBURGO	p.95
3.3 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA COMO FONTE DE CRIAÇÃO DAS DECISÕES DO TJUE	p.99
3.4 A CRIAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DE CASOS JULGADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	p.113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 128
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p. 131

RESUMO

Esta Dissertação, que se insere em duas Linhas de Pesquisas: Constitucionalismo e Produção do Direito e Direito da União Europeia, tem o propósito de alertar para a compreensão do ordenamento jurídico não como um sistema fechado, atrofiado e insuscetível de análises valorativas, mas sim como uma ciência com abertura semântica da qual juiz se serve para ser o artífice laborioso da norma emergente. A história revelou que às formuladas caducas e estéreis do positivismo foram insuficientes para acompanhar o dinamismo da vida em sociedade, além de ineficazes na materialização da justiça terrena. Nessa medida, o juiz não deve recluir-se em assumir um papel ativo e autônomo para completar a obra do legislador, no exercício de adequação da norma à realidade social como ela se apresenta no exato momento em que é provocado a proferir sua decisão. Para tanto, se as circunstâncias do caso exigir, deve o juiz abandonar a ideia de neutralidade axiológica na aplicação do Direito e empregar diversas técnicas argumentativas, calcado em critérios e sob o manto da razoabilidade como baliza interpretativa, na indagação da vontade do legislador. O assunto abordado, portanto, pretende desafiar os limites da judicatura ao refletir sobre a preocupação de evitar que a letra fria e impositiva de disposição normativa impeça a construção da justiça e, para essa percepção, pretende-se estudar legislação e doutrina tematizadas neste sentido, além de revelar a criação judicial a partir de precedentes da jurisprudência brasileira e europeia.

Palavras-chave: Positivismo, Pós-positivismo, Valores e Criação Judicial

ABSTRACT

This dissertation is part of two lines of research: Constitutionalism and Law Production and European Union Law. It aims to alert to the understanding of the legal system not as a closed, atrophied and unsusceptible system of value analysis, but as a science, with a semantic opening, in which the judge serves to be the handcrafter of the emerging norm. History has revealed that the outmoded and sterile formulations of positivism were insufficient to keep up with the dynamism of society life, as well as ineffective in the materialization of earthly justice. To that extent, a judge should not be afraid to assume an active and autonomous role in completing the work of the legislator, in the exercise of adaptation of the legislation to the social reality, as it presents itself at the very moment when he/she is provoked to make his/her decision. To do so, if the circumstances of the case require, the judge should abandon the idea of axiological neutrality in the application of the law and employ various argumentative techniques, based on criteria and under the mantle of reasonableness as an interpretative mark, inquiring as to the will of the legislator. Therefore, the subject addressed in this article is intended to challenge the limits of the judiciary by reflecting on the concern to avoid the *letra fria* (follow the inflexible rules of law) and the imposition of normative dispositions from impeding the construction of justice. For this perception, we intend to study the legislation and doctrine on this theme, in addition to revealing the judicial creation based on precedents of Brazilian and European jurisprudence.

Keywords: Positivism, Post-positivism, Values and Judicial Creation

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – Portugal, em programa de dupla titulação.

De sua vez, o seu objetivo científico é analisar a possibilidade de o juiz atuar como criador do sistema jurídico, haja vista que a dinâmica da vida em sociedade muitas vezes não está acompanhada pelo contingenciamento da norma, exigindo que o juiz assuma uma postura ativa na leitura do ordenamento jurídico, a saber, substanciada por sua dimensão mais humana e compromissada com os valores.

Nessa medida, a aplicação do Direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. Logo, somente na aplicação ao caso concreto a lei se torna Direito real.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

O apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezanove e que, por sua vez, resultou da aplicação degenerativa de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”⁸.

A lei não está pronta quando abandona as mãos do legislador, ou seja, compete ao juiz sempre revivê-la no momento da sua efetiva aplicação. Não deve ele, por isso mesmo, recear de assumir o protagonismo da criação judicial, seja por meio de argumentação jurídica racional, ou mesmo, com uma judicatura permeada em razoabilidade, na hipótese de um legislativo que se revelar inerte, conservador ou tacanho.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

Nesse sentido, e ciente de que não há espaço para arbitrariedade e autoritarismo judicial, cabe ao juiz, fundamentalmente, proteger e beneficiar a pessoa humana, além de procurar assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma breve reflexão sobre o Direito Natural e sua importância, como lei divina, para reger a vida em sociedade dentro do contexto em que estabelecido. Contudo, na medida em que não se tinha como conceber uma regra que fosse universal e imutável, proposta essa do Direito Natural, alguns opositores, como Thomas Hobbes, Charles de Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, rebelaram-se contra essa doutrina. Aliás, foi com base nas teorias desenvolvidas por tais pensadores que a ideia de justiça começou a ter conteúdo.

Depois, com o amadurecimento do positivismo jurídico, foram desenvolvidas algumas teorias, como a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que passou a compreender o Direito como fato e não como valor, dentro de uma análise de sua estrutura piramidal, de modo a repelir toda análise valorativa que o Direito Natural recomendava. Esse modelo, fechado e unitário, separado da moral e do conceito de justiça, porém, a partir do cenário de bestialidade proporcionada pelo fascismo e o nazismo na Europa Continental, entrou em colapso e foi paulatinamente desidratado.

O Capítulo 2 trata da importância de uma abertura do sistema jurídico para que os valores, notadamente canalizados pelos princípios, passem a ser ponderados e efetivados pelos juízes, de sorte a viabilizar a busca de parâmetros de justiça. Procurou-se aqui assentar que o Direito deve ser pensado e valorado em conformidade com as dinâmicas da vida em sociedade, não apenas no momento da elaboração da norma pelo legislador, mas também e essencialmente na sua aplicação pelo juiz no caso concreto.

Era preciso introduzir novas bases teóricas, alcunhadas de pós-positivistas, tendentes a neutralizar e corrigir os problemas do positivismo ortodoxo e, nesse viés, a grande mudança está centrada na elevação dos princípios ao patamar de normas jurídicas e com um inegável compromisso axiológico. Assim, um novo pensamento jusfilosófico passou a entrar em cena com uma pretensão de correção do sistema jurídico, de modo a sanar, sobretudo, a falta de influência valorativa que degenerou o positivismo.

O legado de intolerância deixado pelo período pós-guerra exigiu uma nova postura dos juízes na interpretação do Direito, máxime para assumirem um protagonismo que o positivismo clássico sempre refutou, porém, com critérios, a fim de que a fenda aberta no sistema não seja vencida por discursos jurídicos irracionais. Neste ponto, a teoria da argumentação jurídica foi importante para se estabelecer alguns requisitos de validade na atuação argumentativa dos juízes, na procura de uma solução que seja não apenas de acordo com a norma, como também equitativa, razoável e aceitável.

O Capítulo 3 dedica-se ao tema central que consiste no papel criativo dos juízes, partindo-se, primeiro e brevemente, sobre a questão das dinâmicas sociais que o legislador não consegue acompanhar. Disso decorre, naturalmente, um certo constrangimento para que os juízes, provocados a uma decisão, sejam os criadores da norma individual e passem complementar ou até mesmo a suprir a letargia do legislador. Destacou-se, primordialmente, que a atuação dos juízes deve ser exatamente essa de preencher a lacuna legislativa, como aconteceu em casos emblemáticos extraídos tanto da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia como no âmbito do Brasil, a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o papel criativo dos juízes.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o Método Indutivo;

na fase de Tratamento dos Dados será o Método Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa será empregado também o Método Indutivo. Salienta-se que durante a Pesquisa foram também tidas como base as Técnicas de Categoria da Pesquisa Bibliográfica e do Referente.

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados no texto ou em rodapé quando mencionadas pela primeira vez⁹.

Convém registrar que o trabalho renuncia à pretensão de completude em razão dos extremados aspectos e questionamentos que o tema escolhido suscita. O propósito é contribuir, de alguma forma, para uma discussão mais reflexiva sobre o papel cada vez mais engenhoso dos juízes na aplicação da norma, diante da impossibilidade de o legislativo colmatar todos os acontecimentos inerentes à vida em sociedade.

⁹ Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.31-60.