



DIREITO E LINGUAGEM: UM BREVE ESTUDO SOBRE A EXPANSÃO E DEBILIDADES DA CRIAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO

Lucas Augusto Martins Bezerra¹

RESUMO

Este artigo apresenta um estudo sobre a expansão e as debilidades da criação jurisdicional do Direito. Aborda-se, nessa perspectiva, os fundamentos teóricos do paradigma moderno da função criadora dos magistrados, a fim de demonstrar que a atividade jurisdicional envolve, invariavelmente, a criação do Direito. Investiga-se, ademais, sobre o fenômeno da expansão da criatividade jurisdicional no mundo, buscando entender os fatores responsáveis por tal movimento. Discute-se, por fim, supostas “debilidades” da criatividade dos juízes na realização do Direito, objetivando-se perquirir, mediante pesquisa bibliográfica, em que medida elas colocam “em xeque” o papel criativo dos magistrados.

Palavras-chave: Criação jurisprudencial do Direito. Expansão. Debilidades.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e bolsista PIBIC - CNPq do grupo de pesquisa Constituição Federal Brasileira e sua Concretização pela Justiça Constitucional (PPGD-UFRN).

Há, ainda, quem sustente, como outrora já se defendeu majoritariamente, que a atividade jurisdicional não compreende, e nem deve compreender, a criação do Direito, pois somente os legisladores teriam competência para fazê-lo. Acontece, no entanto, que a criação jurisprudencial do Direito faz parte da essência do papel do magistrado, uma vez que da atividade interpretativa que este desenvolve, diante dos textos normativos, decorre, necessariamente, uma norma, que liga as palavras “frias” da lei a uma situação concreta, ao dotar de significado um texto a princípio vazio.

Essa concepção em relação à função dos magistrados é relativamente recente, sendo responsável por alterar o antigo e equivocado paradigma, segundo o qual o juiz seria meramente “a boca da lei”, não tendo legitimidade ou competência para criar o Direito, mas somente para aplicá-lo subsuntivamente, mediante uma simples lógica dedutiva.

Cuida-se, em realidade, de um novo paradigma que tem se estabelecido nas últimas décadas na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, em razão, principalmente, do fenômeno da expansão da criatividade judicial, cuja origem remonta, de modo geral, ao surgimento e desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), marcado pelo crescimento das atividades governamentais.

Diante desse contexto, procurar-se-á, neste estudo, apresentar, mediante pesquisa bibliográfica, primeiramente, os fundamentos teóricos do paradigma moderno da função criadora dos magistrados. Abordar-se-á, nesse sentido, a diferença conceitual entre interpretação e aplicação do Direito, bem como a diferença entre texto normativo e norma. Objetiva-se, nesse ponto, demonstrar que a atividade jurisdicional envolve, invariavelmente, a criação do Direito, não havendo de se basear o papel do juiz em uma lógica puramente subjuntiva, isto é, de aplicar “dedutivista” do texto da lei. Logo após, em um segundo momento, tratar-se-á do fenômeno da expansão da criatividade jurisdicional no mundo, buscando entender os fatores responsáveis por tal movimento. Depois, serão discutidas supostas “debilidades” inerentes à criação jurisprudencial do Direito, a fim de se perquirir em que medida elas colocam “em xeque” a ação criativa dos juízes. Finalizar-se-á com as considerações finais.

2 TEXTOS NORMATIVOS E NORMA: O CARÁTER ALOGRÁFICO DO DIREITO E O MÉTODO DA SUA CONCRETIZAÇÃO

Interpretar é determinar ou identificar a significação de algo. Especificamente no âmbito do Direito, este verbo diz respeito à compreensão do significado das normas jurídicas (GRAU, 2003, p. 21). Assim, o ato da interpretação jurídica consiste em explicar, esclarecer ou dar significado a um vocábulo ou expressão do Direito, de modo a reproduzir, por outras palavras, um pensamento anteriormente exteriorizado, no intento de extrair da frase, sentença ou norma tudo que nela se contém (MAXIMILIANO, 1995, p. 1-9).

Aplicar o Direito, por seu turno, consiste em associar uma situação prática a uma norma jurídica adequada, de forma a submeter as prescrições da lei a uma relação da vida real, fazendo-se “encaixar” um dispositivo adaptável a uma determinada situação concreta. Em outros termos, aplicar o Direito significa “descobrir os modos e os meios de amparar juridicamente um interesse humano” (MAXIMILIANO, 1995, p. 6).

Trata-se, com efeito, de conceitos já bem delimitados teoricamente, razão pela qual não geram, nessa perspectiva, muitos problemas. Na prática, no entanto, observa-se justamente o oposto. Isso porque, como aponta Tércio Sampaio (2001, p. 251), o legislador, para disciplinar a conduta humana, se utiliza de normas jurídicas compostas por palavras e signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Para tal, recorrem as palavras advindas da linguagem cotidiana, atribuindo-lhes um sentido técnico, adequado à obtenção da disciplina. Esse sentido técnico, contudo, não é absolutamente independente, uma vez que fica ligado, de algum modo, ao sentido comum. Emergem, por conseguinte, na prática, naturais dúvidas derivadas da “tensão” entre ambos os sentidos.

Há de se notar, nessa lógica, que uma língua é um repertório de símbolos inter-relacionados em uma estrutura, que pode ser compreendida como um sistema de símbolos e relações (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 254). Assim, para entender corretamente o que alguém diz ao formular uma determinada frase ou expressão, é preciso “estar de posse de um instrumento que nos permita decifrar a palavra em seu contexto” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 254). Todavia, mesmo estando de posse desse instrumento, ou mesmo que a letra da lei seja a mais técnica e detalhada possível, sempre haverá algum espaço para variações e nuances que permitam um mínimo de criatividade ao intérprete ou ao operador do direito.

É que, conforme preleciona Mauro Cappelletti (2008, p. 15), a ambiguidade é um elemento inevitável da linguagem humana e a complexidade desta “encontra-se na própria natureza das relações humanas que a lei deseja regular”. Bem por isso, a maior penetração da lei em esferas mais vastas e complexas da vida humana tem produzido, nos últimos tempos, um aumento significativo do papel criativo dos juízes (CAPPELLETTI, 2008, p. 15).

Deve-se notar, demais disso, que a referida polissemia e ambiguidade das normas jurídicas tornou-se um fenômeno característico das sociedades contemporâneas em razão de sua utilização como uma estratégia política do legislador. Isto é, como uma estratégia pragmática, conscientemente adotada, para dar conta de uma complexidade crescente de situações e comportamentos humanos.

O legislador se utiliza, nesse sentido, de termos abertos, como “bem comum” e “justo equilíbrio”, como uma forma de regular interesses bastante diversificados em uma mesma norma ou de conciliar mudança e permanência em um dado texto legal (FARIA, 2002, p. 132). Desse modo, os intérpretes são levados a definir o sentido e o conteúdo dos termos a partir das singularidades dos casos concretos.

Logo, a função da polissemia “é ajudar a lei a permanecer estável ao mesmo tempo em que também permite a sua adaptação, por meio da interpretação judicial, às novas circunstâncias e singularidades de uma sociedade complexa” (FARIA, 2002, p. 133). Ela decorre, assim, não somente de um comportamento por vezes errático do legislador diante do desafio de tipificar situações cada vez mais particulares e específicas, mas também de uma política conscientemente adotada por ele diante de relações sociais mais complexas.

Posto isto sobre a ambiguidade dos termos das normas jurídicas, é importante salientar que não existe justificativa para a afirmação de que lei clara não carece de interpretação, como outrora já se defendeu majoritariamente. Essa antiga concepção, consubstanciada no famoso brocardo *in claris cessat interpretatio* (lei clara não carece de interpretação), não apresenta nenhum valor científico ante as ideias triunfantes da atualidade, uma vez superada a ideia de que “os magistrados de uma nação não são mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados” (MONTESQUIEU, 1996, p. 245).

É de se corroborar, por conseguinte, a posição de António Castanheira Neves (2003, p. 6), que defende que a exigência da interpretação, ou a sua necessária mediação em toda a problemática realização concreta do Direito, “devia fazer com que se considerasse já hoje obsoleta a tese da interpretação desde que a fonte interpretada se exprima num texto claro e inequívoco”. Isso porque, tal como pontuado por ele, cuida-se de tese em absoluto inadmissível, “porque é impossível, mesmo a nível linguístico, porque é errada a nível exegético, sobretudo porque é inaceitável a nível normativo” (NEVES, 2003, p. 15).

Segundo (NEVES, 2003, p. 16), esse jurista tal tese só seria possível a nível linguístico se pudessem ser verificados os seguintes pressupostos: (i) que os termos das fontes jurídicas fossem termos de linguagem comum; (ii) que esses termos da linguagem comum tivessem um sentido usual e um só; (iii) e que a utilização desses mesmos termos em um contexto jurídico

deixasse intocado o seu sentido comum. Esses pressupostos, no entanto, efetivamente não se verificam, o que demonstra a impossibilidade a nível semântico da tese *in claris cessat interpretatio* (lei clara não carece de interpretação).

Esclarecido esse ponto, passa-se a analisar, desde já, o sentido atual para o problema da interpretação jurídica. Releve-se, nessa ótica, que a interpretação jurídica vem passando, nos últimos tempos, por uma mudança de perspectiva, de modo a deixar de ser concebida estritamente como interpretação da lei, para ser entendida como o próprio ato de realização do Direito, vez que a leitura-interpretação jurídica culmina sempre em uma “concretização” (NEVES, 2003, p. 11). Concebe-se, nessa lógica, o intérprete como o intermediário entre o texto e a realidade, sendo o Direito o todo do objeto interpretado e a lei apenas uma parte dele (COUTURE, 1994, p. 1). Assim, ensina Maximiliano (1995, p. 12) que:

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito. (MAIMILIANO, 1995, p. 12).

Em realidade, o que se interpreta são os textos normativos, resultando dessa interpretação as normas jurídicas, de forma que texto e norma não se confundem, sendo esta um produto da interpretação daquele (GRAU, 2003, p. 23). Dito de outro modo, o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso, “as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem, eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem” (GRAU, 2003, p. 23). Sendo assim, os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Sucede disso que a norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do Direito (GRAU, 2003, p. 25).

Nesse sentido, leciona Friedrich Müller (2009, p. 245), por meio da sua Teoria Estruturante do Direito, que o texto normativo, isto é, o preceito jurídico, é uma matéria que precisa ser “trabalhada”. Isso acontece em três estágios. No primeiro, denominado de estágio do “programa da norma”, parte-se do texto da norma, com a aplicação dos recursos hermenêuticos disponíveis, sendo estes consistentes em métodos tradicionais de interpretação e princípios constitucionais. Ao final desse estágio, tem-se a primeira parte integrante da norma jurídica. No segundo estágio, relativo ao “âmbito da norma”, considera-se os dados reais coletados no caso concreto, bem como as circunstâncias específicas dos contextos da vida

humana, tratadas como “objeto” da lei. Por último, no terceiro estágio, que é o da “norma de decisão”, realiza-se a junção dos elementos integrantes dos dois estágios anteriores, distanciando o texto da norma propriamente dita.

Por tudo isso, afirma-se que o direito é alográfico. Isso porque, o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador (GRAU, 2003, p. 26). Em verdade, a completude do texto somente é atingida “quando o sentido por ele expressado é reproduzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Entretanto, o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a própria norma” (GRAU, 2003, p. 26).

Dessa forma, o Direito se distancia das artes autográficas, como pintura e romance, em que o autor contribui sozinho para a realização da obra; e se aproxima, por outro lado, das artes alográficas, como música e teatro, em que a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete (GRAU, 2003, p. 26). Nessa perspectiva, a interpretação das artes autográficas importa apenas compreensão, que independe da mediação de um intérprete, enquanto a interpretação das artes alográficas importa compreensão mais reprodução, necessitando, por conseguinte, de um intérprete. Neste caso, “o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende mediante a (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete” (GRAU, 2003, p. 26).

3 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DA CRIATIVIDADE JURISDICIONAL

O crescimento da criação jurisdicional do Direito para ramos anteriormente não explorados não constitui um movimento isolado, nem recente. Tem-se notado que tal expansão vem acontecendo em diversos países, que observam seu Poder Judiciário lidar com assuntos antes adstritos somente aos outros Poderes do Estado. Com efeito, sobreleva-se a necessidade de analisar quais fatores são responsáveis pela referida ampliação no exercício da atividade jurisdicional. Nesse sentido, far-se-á, primeiramente, uma análise em relação aos Estados Unidos, tendo por base a obra de Donald L. Horowitz (1977). Depois, abordar-se-á o estudo comparativo de Mauro Cappelletti (1993), abarcando os países das famílias do *common law* e *civil law* (lei comum e lei civil). Finalizar-se-á, assim, com uma contextualização diante do cenário brasileiro.

3.1 ANÁLISE DA EXPANSÃO DA CRIATIVIDADE JURISDICIONAL SOB A ÓTICA DE DONALD L. HOROWITZ

Consoante Donald L. Horowitz (1977), o fenômeno do crescimento da atividade jurisdicional se faz presente desde meados do século XX nos Estados Unidos. Segundo ele, os seguintes fatores são os responsáveis por potencializarem e sustentarem a criatividade dos juízes norte-americanos para a construção do Direito: (i) Primeiro, a existência de uma Constituição escrita, que demanda interpretação; (ii) Segundo, a separação de Poderes do Estado; (iii) Terceiro, a desconfiança da população americana diante da maioria do Parlamento; (iv) Quarto, a existência e ampliação de uma forte corrente dos direitos naturais; (v) e, quinto, uma tradição de *common law* (lei comum), transportada apenas de forma parcial, antes da personificação do direito natural no Parlamento. (HOROWITZ, 1977, p. 2).

Consigna esse autor que as cortes americanas sempre foram relativamente mais “abertas” a novas situações e buscaram novas atribuições mais frequentemente. Isso teria encorajado várias pessoas a apresentarem os mais diversos problemas aos tribunais nacionais. Tal fato poderia justificar o porquê de o judiciário americano ter tido historicamente tanta responsabilidade pela elaboração de políticas públicas, relacionadas a temas antes considerados impróprios para o Poder Judiciário, como a administração da assistência social, das prisões e dos hospitais (HOROWITZ, 1977, p. 3-4). Ainda segundo o referido autor, desse cenário decorreu a subordinação do caso individual às questões relacionadas à elaboração judicial de políticas públicas, além do aumento da responsabilidade dos juízes (HOROWITZ, 1977, p. 4).

Para Horowitz (1977, p. 5), a atuação do Poder Judiciário americano, muitas vezes, se deu em razão de um “convite” realizado pelo Parlamento ou legisladores estaduais para tratar de questões não comuns à esfera judicial. Ele assinala, nesse sentido, que o crescimento da atuação jurisdicional na criação do Direito foi potencializado pela atividade legislativa ou burocrática, sendo lógico se afirmar que o fenômeno da expansão da atividade judicial decorreu, principalmente, do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Significa dizer, em outros termos, que a expansão da atividade criativa dos juízes se deu concomitantemente ao crescimento da atividade governamental (HOROWITZ, 1977, p. 5).

Importante notar, entretanto, que, para Donald (1977, p. 7), o crescimento do Estado não seria a única causa do fenômeno da expansão da criatividade jurisdicional nos EUA, uma vez que parte significativa desse fenômeno teria ocorrido independentemente da burocracia ou do Parlamento. Em muitos casos, inclusive, tal movimento criativo se deu contra as políticas públicas já estabelecidas, tendo os juízes de solucionar situações insatisfatórias não resolvidas pelos órgãos da Administração Pública.

Outro fator apontado por Horowitz (1977, p. 10) para a expansão da atividade jurisdicional nos EUA foi o desenvolvimento de uma doutrina majoritária que contribuiu para a mudança no caráter das questões trazidas aos tribunais, ao abranger abrangendo temáticas até então inéditas para o Poder Judiciário. Também contribuiu para tal fenômeno a própria característica da sociedade americana de judicializar tudo, desde reivindicações salariais, até conflitos comunitários.

3.2 ANÁLISE DA EXPANSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL SOB A ÓTICA DE MAURO CAPPELLETTI

Preleciona Mauro Cappelletti (1993, p. 32), que o fenômeno da intensificação da criatividade da função jurisdicional decorreu de um movimento amplo por ele denominado de “revolta contra o formalismo”, que, na Alemanha, ocorreu contra o formalismo científico e conceitual, na França, voltou-se contra o positivismo jurídico, e nos países de *common law* (lei comum) se deu contra o formalismo do *case method* (método de casos). Tal revolta, segundo Cappelletti (1993, p. 32-33), teria acentuado o caráter fictício da concepção mecânica da atividade jurisdicional que tinha o magistrado como a inanimada boca da lei, concepção que passou a ser entendida cada vez mais como equivocada.

Essa mudança de perspectiva em relação ao papel do juiz aconteceu no contexto do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, que se originou em um Estado legislativo, sendo transformado, posteriormente, em um Estado administrativo ou burocrático. Nessa lógica, a atividade do legislador teria alcançado, inicialmente, a área da política social (trabalho, saúde e segurança social), indo para a economia e alcançando, por fim, a extensão do Poder Público (CAPPELLETTI, 1993, p. 34-40).

Outro aspecto relevante apontado por Cappelletti (1993, p. 40-42) para o desenvolvimento da atividade criativa dos juízes diz respeito à legislação, com finalidade social elaborada no âmbito do Estado de Bem-Estar Social, que diferentemente da legislação tradicional, calcada nas funções tradicionais de proteção e repressão, passou a se basear em princípios de cunho mais social, buscando prescrever programas futuros, de execução gradual, e não apenas apontar o certo e o errado, o justo e o injusto. Desse modo, a magistratura passou a ter de controlar a efetivação de regras que cada vez mais consubstanciavam programas sociais. Segundo o autor, isso teria aumentado o grau de discricionariedade e criatividade dos juízes, sendo esta a principal causa, a seu ver, da expansão do ativismo judicial (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-42).

3.3 EXPANSÃO DA CRIATIVIDADE JURISDICIONAL NO BRASIL

Aduz Ricardo Schneider Rodrigues (2018, p. 383), que o movimento de expansão da criatividade jurisdicional no Brasil foi retardado por diversos aspectos, dentre eles o fato de não ter se estabelecido no país um efetivo Estado de Bem-Estar Social, nos moldes observados nos países desenvolvidos. Não há dúvida, entretanto, que esse fenômeno alcançou o Poder Judiciário brasileiro, que passou a tratar de temas antes reservados exclusivamente aos Poderes Executivo ou Legislativo, a exemplo das questões sobre a administração do sistema prisional e o fornecimento de medicamentos, que passaram a ser abarcadas por decisões das cortes nacionais, notadamente as superiores.

Tal fenômeno expansivo também fica claro diante da interpretação dada pelos principais tribunais do país a diversos dispositivos constitucionais e legais, em sentido contrário ao que a literalidade da norma suporia, a exemplo dos casos da descriminalização do aborto ou da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que passou a abranger o matrimônio. Nesse contexto, sustenta Luís Roberto Barroso (2014, p. 34-36) que, ao menos no âmbito constitucional, o movimento de expansão da criatividade jurisdicional do Direito no Brasil deve-se, primeiro, à superação do formalismo jurídico cujo pensamento tradicional seria alimentado por duas ficções: (i) a de que o Direito seria, em sua essência, um reflexo da razão de uma justiça imanente; (ii) e a de que a interpretação do Direito fundamentar-se-ia exclusivamente em uma lógica dedutivista ou de subsunção.

Segundo Barroso (2014, p. 36), essas concepções foram ultrapassadas pela constatação de que o Direito muitas vezes corresponde apenas à representação de interesses dominantes em um dado momento e lugar e que em diversas situações ele não apresentará uma resposta pré-pronta, mas, na verdade, construída, de maneira argumentativa, por meio da utilização de elementos externos ao sistema jurídico.

O segundo fator apontado por Barroso (2014, p. 42) em relação ao fenômeno da expansão da criatividade jurisdicional no Brasil, diz respeito ao advento de uma nova cultura jurídica, notadamente a pós-positivista, que propugna que a separação entre direito e moral, além dos outros domínios do conhecimento, deveria ser superada diante do reconhecimento de que o Direito nem sempre caberia integralmente na norma jurídica e que a justiça poderia estar além dela, consubstanciada em outros elementos da vida real.

O último fator assinalado por Barroso (2014, p. 43) atine à ascensão do direito público, que marcou uma mudança paradigmática em relação a um modelo anterior calcado nas

categorias do direito privado. Isso deu maior centralidade à Constituição Federal (CF) na ordem jurídica, de modo que se passou a entender, desde então, que a interpretação das normas deve ser feita à luz dos princípios e valores constitucionais. A Constituição Federal, com efeito, passou de um estágio de pouca importância para atingir seu apogeu, trazendo um maior respeito às suas normas, a despeito da volatilidade destas (BARROSO, 2014, p. 43).

4 FRAGILIDADES DA CRIAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO

Para Mauro Cappelletti (1993, p. 83), a criação jurisdicional do Direito apresenta quatro grandes “debilidades”. Primeiramente, é mais difícil para um cidadão comum ter acesso às informações do direito jurisprudencial do que às do direito legislativo, principalmente quando este encontra-se codificado. Isso porque o direito judiciário é casuístico, descontínuo e em grande medida dependente da sorte de determinados casos concretos. Além disso, os “repertórios” do direito judiciário são usualmente mais numerosos e volumosos, sendo mais difícil consultá-los do que os códigos e as coleções de leis oficialmente publicadas (CAPPELLETTI, 1993, p. 83-84).

Pontua o autor, no entanto, que o direito legislativo também não é completo, nem facilmente acessível a todos, não consistindo em essa uma “debilidade” muito gravosa. No mais, os ordenamentos jurídicos têm sabido atenuar tal problema, por meio de regras e mecanismos de vários gêneros, como o princípio do vínculo aos precedentes, a assistência jurídica gratuita aos mecanismos privilegiados, bem como eficientes sistemas computadorizados de decisões judiciais (CAPPELLETTI, 1993, p. 84 - 85).

Em segundo lugar, se atribui normalmente eficácia retroativa às decisões judiciais, mesmo quando criativas, de modo que essa “nova doutrina” é também aplicada a fatos e situações ocorridas anteriormente, e isso entraria em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade (CAPPELLETTI, 1993, p. 85). O autor Cappelletti (1993, p. 86) obtempera, entretanto, que embora exista esse defeito, há um benefício potencial presente, dada a possibilidade de se dar maior peso à equidade e à “justiça do caso concreto”. Ele aduz, nesse sentido, que as consequências negativas de tal falta de “previsibilidade” poderiam ser contornadas pela própria adaptação realizada pelos juízes em cada caso concreto, de forma a evitar injustiças às partes envolvidas no processo. (CAPPELLETTI, 1993, p. 86).

Em terceiro lugar, a magistratura é incompetente institucionalmente para agir como força criadora do Direito, por não dispor de instrumentos e recursos necessários para tal. Os

juízes, nesse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigação requerida para uma obra criativa, que não pode se limitar às leis e aos precedentes e que envolve problemas complexos, bem como dados sociais e de ordem econômica e política (CAPPELLETTI, 1993, p. 87).

Não obstante, assevera Cappelletti (1993, p. 88 - 89) que em muitos casos e domínios da vida jurídica, os conhecimentos, instrumentos e recursos dos juízes mostram-se perfeitamente adequados para funções de razoável criatividade judiciária. De todo modo, segundo ele, essa “enfermidade” pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos, perícias, a intervenção de terceiros no processo e o emprego de “expertos” como membros “laicos” de órgãos judicantes.

No mais, a última e mais importante “debilidade” apontada por Mauro Cappelletti (1993, p. 92) concerne ao alegado caráter não majoritário e antidemocrático da criatividade judiciária. Isso porque, em um sistema democrático, assegura-se, obviamente, a independência dos juízes, e esses não são obrigados a prestar contas das suas decisões ao povo ou a maioria destes e aos seus representantes. Sob tal ótica, pensadores como Lord Devlin (1962, p. 302 *apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 92) criticam firmemente a criação jurisprudencial do Direito. Segundo este:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada em uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho ao estado totalitário (DEVLIN, 1962, p. 302 *apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 92).

De fato, um judiciário inicialmente dedicado à liberdade dos cidadãos pode terminar se transformando em um instrumento de tirania, se privado, por longo tempo, de legitimação democrática. Nesse diapasão, consigna Koopmans (1983, p. 173) que a democracia e direitos do homem são estreitamente conexos, de modo que a proteção de um às expensas do outro corre sempre o risco de ser contraproducente, razão pela qual, se deseja a preservação da democracia, os tribunais devem assumir a sua parte na tarefa.

Mauro Cappelletti (1993, p. 94-95), todavia, apresenta alguns fortes argumentos que refutam, em certa medida, a tese do caráter antidemocrático da criação jurisdicional do Direito. Ele aduz, primeiramente, que nem os próprios poderes “políticos” (Legislativo e Executivo) têm a capacidade de alcançar o consenso dos governados, ou, pelo menos, a sua maioria. Eles

não constituem, por conseguinte, um perfeito paradigma de democracia representativa, assim como também não o constitui o Poder Judiciário, uma vez que não resulta deles a enunciação da vontade da maioria, mas, sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. Isso, no entanto, não retira a legitimação democrática dessas esferas de poder do Estado.

Complementando tal argumento, Mauro Cappelletti (1993, p. 99) ressalta, em segundo lugar, que o Poder Judiciário pode dar importante contribuição à representação geral do sistema. É que grupos minoritários ou vulneráveis, que, por um lado, podem não ter acesso ao “political process” (processo político), por outro, podem ter acesso ao “judicial process” (processo jurídico). Tais grupos, com efeito, podem encontrar, no âmbito jurídico, amparo político que não conseguiriam achar em outro lugar, como nas casas legislativas. Nesse sentido, grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável por parte das Cortes, do que de organismos que olham além do indivíduo, considerando, em primeiro plano, apenas a força política que ele pode trazer à arena.

Um terceiro ponto ressaltado por Cappelletti (1993, p. 100) é que o processo jurisdicional é o mais participativo de todos os processos da atividade pública. Isso porque, no campo legislativo, o “sentimento de participação” pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis. Diferentemente, no contexto do judiciário, desenvolve-se uma conexão direta com as partes interessadas, que, por seu turno, têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo. Nessa perspectiva, a produção judiciária do Direito tem o potencial de ser altamente democrática, pois a função dos juízes se debruça frequentemente sobre a realidade da vida social, sendo eles chamados a decidir sobre casos envolvendo pessoas reais, situações concretas e problemas atuais da vida. Isso proporciona maior sensibilidade às necessidades da população e às aspirações sociais (CAPPELLETTI, 1993, p. 105).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consigne-se, à guisa de conclusão, que o ato de interpretação do magistrado diante da “letra” da lei implica, necessariamente, a criação jurisdicional do Direito. Isso porque, o texto normativo, por si só, nada diz, uma vez que é o intérprete que lhe dará significado, a partir de suas percepções defronte às circunstâncias envolvidas em cada caso concreto. Com efeito, compete ao magistrado “realizar” ou “concretizar” o Direito, pois é ele o responsável por ligar o texto frio da lei à realidade social. Nesse sentido, é certo se dizer que a criatividade

jurisdicional do Direito é intrínseca à função do magistrado, não devendo este ser considerado apenas a “boca da lei”, como outrora equivocadamente já foi.

Em verdade, tal concepção do juiz como elemento integrador do texto normativo e a realidade social tem se estabelecido nas últimas décadas nos principais ordenamentos jurídicos do mundo, inclusive no brasileiro, dando “espaço” para a criação jurisdicional mais “livre” por parte dos magistrados, que entendem de modo cada vez mais claro o seu papel de intermediador. Essa mudança de perspectiva tem relação, na sua origem, de modo geral, com o surgimento e desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), que proporcionou um crescimento da atividade governamental, inclusive da produção legislativa sobre temáticas inéditas. Isso levou, por consequência, o Poder Judiciário a lidar com múltiplos assuntos até então incomuns e que, muitas vezes, ficavam subordinados somente às outras esferas de poder do Estado. Potencializou-se, desse modo, a criação jurisdicional do Direito, ainda mais em um contexto de produção de normas jurídicas mais “abertas” capazes de abranger uma realidade social mais complexa.

O fenômeno da expansão da criatividade jurisdicional trouxe consigo, no entanto, algumas supostas “debilidades”, conforme apresentou Cappelletti (1977, p. 122). Dentre elas, cita-se: (i) maior dificuldade de acesso do cidadão comum às informações do direito jurisprudencial, em comparação com o direito legislativo; (ii) geração de conflito com os valores da certeza e da previsibilidade, em razão da eficácia retroativa às decisões judiciais; (iii) incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do Direito; (iv) e o caráter não majoritário e antidemocrático da criatividade judiciária.

Portanto, como se viu no desenvolvimento do presente estudo, essas “debilidades” ou não são tão graves ou não se sustentam minimamente, a exemplo da elencada no item “iv” anterior. É de suma importância, portanto, considerar as ponderações realizadas por Mauro Cappelletti (1993) em relação às “debilidades” da criação jurisdicional do Direito, sob pena de se taxar, em qualquer circunstância, a ação criativa do magistrado como inadequada ou inconveniente, pois isso descaracterizaria a essência de sua função: produzir normas a partir da interpretação dos textos normativos; ser o “concretizador” do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

COUTURE, Eduardo Jean. **Interpretação das leis processuais**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HOROWITZ, Donald. Lewes. **The Courts and Social Policy**. Washington: The Brookings Institution, 1977.

KOOPMANS, Tim. **Legislature and Judiciary**: present trends in new perspectives. Londres: Book, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, António. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A expansão da atividade jurisdicional: limites à interpretação na teoria da argumentação jurídica de Alexy. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, jun. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20121-1657>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LAW AND LANGUAGE: BRIEF STUDY ON THE EXPANSION AND DEBILITIES OF JURISDICTIONAL CREATION OF LAW

ABSTRACT

This article presents a study on the expansion and weaknesses of the jurisprudential creation of Law. In this perspective, the theoretical foundations of the modern paradigm of the creative function of the magistrates are approached, to demonstrate that the judicial activity invariably involves the creation of the Law. Furthermore, it investigates the phenomenon of the expansion of jurisdictional creativity in the world, seeking to understand the factors responsible for such movement. Finally, it is discussing the supposed “weaknesses” of the judges' creativity in the realization of the Law, mediate bibliographical research, aiming to investigate the extent to which they put “the check” on the creative role of the magistrates.

Keywords: Jurisprudential creation of law. Expansion. Weaknesses.