**O PODER JUDICIÁRIO ENQUANTO INTÉRPRETE AUTÊNTICO: UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO “CRIADORA” DO DIREITO¹**

*Laura Rita Sousa Cardoso²*

*Renara Castelo Branco de Mello³*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 As funções e especificações do Judiciário no processo judicial; 3 Hans Kelsen e o problema da criação judicial do direito; 4 O juiz e sua função enquanto operador do Judiciário e intérprete autêntico: limites e possibilidades; 5 Poder Judiciário x Poder Legislativo: os avanços do Judiciário no Legislativo; 6 Conclusão.

**RESUMO**

A proposta do presente tema é de crucial importância para se entender os mecanismos utilizados pelos poderes para se alcançar uma eficaz interpretação das leis e aplicá-la a um caso concreto. O Poder Judiciário, que não possui em seu rol taxativo de funções típicas a de legislar, pode por muitas vezes ser responsável por tal função. Compreender-se-á a interferência do Judiciário em função típica legislativa no que diz respeito à interpretação autêntica do juiz no exercício de sua função, expondo a necessidade da criação de normas inferiores para uma real interpretação do ordenamento e suas leis. Essa criação de normas inferiores não diz respeito necessariamente a uma intervenção errada do Judiciário em uma esfera que não lhe confere, pois é somente com essa manobra executada pelo juiz que é possível se fazer uma interpretação apurada e colocá-la na prática.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário; O juiz como intérprete autêntico; Normas superiores e inferiores.

**INTRODUÇÃO**

 Cada vez mais se vem discutindo acerca da atividade do Poder Judiciário na produção de normas individuais, que muitas vezes são entendidos como intervenções do Poder Judiciário no Poder Legislativo. Procurar-se-á explicar aqui a necessidade da criação de normas de menor escalão pelo aplicador do Judiciário para que haja conformidade das normas de maior abrangência no caso concreto.

 As normas de escalão superior não podem vincular como afirma Kelsen, sob todos os aspectos, quando é aplicada. Isso significa dizer que muitas vezes ficam margens (grandes ou pequenas) que fazem necessitar de uma livre apreciação daquele que vai aplicar a lei.

 No primeiro momento dessa pesquisa se buscará fazer uma observação sobre o Poder Judiciário e sua função, incluindo sua função enquanto intérprete autêntico do direito. Procuraremos mostrar de que forma se comporta o juiz ao executar essa função, muito questionada por ser para alguns uma interferência da competência do Judiciário no espaço do Poder legislativo.

No segundo momento expor-se-á a concepção de Kelsen acerca do assunto estudado nessa pesquisa: A função do Judiciário e a validade que este autor atribui à função judicial criadora. A individualização da norma, conforme Kelsen necessita da criação de uma norma mais específica para ser aplicada ao caso concreto. A partir da noção inaugurada pela *Teoria Pura do Direito* e por Thomas Bustamante procurar-se-á entender a crítica de Kelsen encima dessa temática inovadora.

No terceiro momento se dará foco na figura do juiz e da aplicação de sua função no Poder Judiciário, buscando enfatizar de forma eficaz a função de interpretação autônoma pelo qual ele é responsável. Por meio de alguns autores como Hans Kelsen e outros autores procurar-se-á compreender a função do juiz e sua importância para o funcionamento do Poder Judiciário.

No quarto momento discutir-se-á acerca da intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo no ato de criação de pequenas normas que estão baseadas em normas maiores (criadas pelo Legislativo), assim como se fará uma análise acerca das funções típicas e atípicas dos poderes.

**1 AS FUNÇÕES E ESPECIFICAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NO PROCESSO JUDICIAL**

Conjeturando que a existência do poder Judiciário se da posteriormente ao surgimento do Direito como mediador da sociedade, é possível pensar naquele como sendo a base de um Direito fortemente desenvolvido. Segundo Kelsen:

“A atividade destinada aos membros do Poder Judiciário trata-se propriamente de decisão, e não de averiguação de qualquer verdade absoluta, porque não cabe o conhecimento e tais verdades, nem sequer no campo do direito e na aplicação de normas. Por isso, é inafastável a dimensão criativa da aplicação do direito”.

O Poder Judiciário é composto por Ministros, Desembargadores e Juízes, que uma vez interligados, possuem a função de julgar de acordo com as leis estabelecidas pelo Legislativo e assim manter a pacificação social em determinada sociedade, de acordo com as necessidades desta.

Cabe a este poder, a tarefa de julgar todo e qualquer conflito existente em sociedade de forma isenta e imparcial, de forma a respeitar o que se conhece por Estado Democrático e constitucional, uma vez que a constituição determina em seu texto a igualdade entre todos.

Como já foi afirmado anteriormente, uma das tarefas do Poder Judiciário é a de julgar os conflitos de uma sociedade, utilizando-se do que se conhece por Processo Judicial, que irá transcorrer conduzido pelo Juiz que irá utilizar-se das leis já elaboradas pelo Poder Legislativo e assim confrontar o caso conflitante com as leis já existentes no ordenamento jurídico.

Como sendo um Poder, inevitavelmente, o Judiciário é possuidor de órgãos que funcionam como uma espécie de motor para o seu funcionamento. São eles: Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça, todos formados por juízes.

Dentre outras funções, é importante dissertar sobre a que se conhece por Controle de Constitucionalidade Repressiva, que é realizada quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário e tem o intuito de não permitir que as leis fujam do escalão da Constituição Federal, que acima de tudo, deve ser respeitada. É como afirma Hans Kelsen com base em uma dimensão dinâmica:

 “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma”

Há de se discorrer neste momento sobre cada um dos órgãos que já foram citados no decorrer deste artigo, órgãos estes que compõem o Judiciário:

* ***Supremo Tribunal Federal***: Este é o órgão Maximo da Constituição Federal Brasileira. Ele é o guardião da Constituição e por conta disso, é quem assegura o respeito por parte das Normas Constitucionais à Constituição.
* ***Superior Tribunal de Justiça***: Esta abaixo do STF, porém é de suma importância para o Judiciário, haja vista que é o responsável por realizar uma visão uniforme da legislação Brasileira.
* ***Tribunal Regional Federal***: Formam a segunda instancia da Justiça Federal e é responsável por julgar ações provenientes dos estados formadores do território brasileiro.

Juntos e com subdivisões implícitas, estes órgãos movimentam o Judiciário Brasileiro e assim cumprem com a sua principal função que a de zeladores da sociedade.

**2 HANS KELSEN E O PROBLEMA DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO**

Em sua obra *Teoria Pura do Direito* Hans Kelsen faz uma análise quanto à interpretação das normas do ordenamento jurídico a um determinado caso concreto. Ele assinala que o processo de interpretação feito encima de uma norma para resolver um determinado caso faz com que ocorra quase que naturalmente a criação de outras normas de escalão inferior, chegando assim a uma eficaz interpretação da lei que já existia para solucionar a questão.

 Segundo Kelsen, as normas de escalão superior e de escalão inferior possuem uma relação de vinculação, haja vista que essas primeiras regulam o processo de criação e surgimento dessas últimas. As normas de escalão superior regulam não só o ao de criação das normas de escalão inferior, mas também, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar, como preceitua Kelsen.

 Partindo dessas premissas, Bustamante destaca acerca da teoria pura de Hans Kelsen:

“Quando Kelsen sustenta a concepção de que a função judicial envolve necessariamente a criação de normas individuais, o fundamento dessa tese se encontra na asserção mais geral de que a unidade da ordem jurídica (a conexão de dependência entre as normas jurídicas que pertencem a esse sistema jurídico) provém do fato de a norma individual buscar seu fundamento de validade em alguma outra de nível superior.”

 É com base nessa afirmativa que se pode entender que a criação de normas específicas não se configura em um desencontro com o ordenamento, mas sim, uma afirmação de sua validade, haja vista que essas normas se baseiam nas normas gerais estabelecidas pelo direito e têm sua validade nelas. Não há que se falar em normas individuais sem que haja, primeiro, uma norma geral que regule a criação das normas inferiores.

 Fica constatado assim, nas palavras de Thomas Bustamante, que não é possível aplicar um preceito geral sem criar uma nova norma que a individualiza. As sentenças judiciais não apresentam caráter declaratório e sim constitutivo. A apreciação da Constituição é apenas o início da decisão judicial, que através da legislação e os costumes para depois chegar à decisão judicial. “O estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estádio intermediário do processo”.

Thomas Bustamante, que se preocupa em demonstrar a crítica de Kelsen do problema da criação judicial do direito, diz que essa “etapa intermediária” é necessária justamente pela impossibilidade de se deduzir diretamente de uma norma geral a solução para os casos concretos. O processo de individualização do direito é, por conseguinte, um processo sem interrupções em que o direito se “recria em cada momento”.

**3 O JUIZ E SUA FUNÇÃO ENQUANTO OPERADOR DO JUDICIÁRIO E INTÉRPRETE AUTÊNTICO: LIMITES E POSSIBILIDADES**

Partindo da noção de normas de diferentes escalões que regulam as atividades de interpretação da lei, é de fácil compreensão destacar que a figura do juiz atua no âmbito de criação das normas de escalão inferiores, pois ele representa a mediação entre o ordenamento – resguardando a Constituição – e aplicação dessas regras gerais aos casos concretos apresentados a ele. Dessa forma, preceitua Kelsen:

“(...) A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.” (KELSEN, 1999. P. 246)

Essa observação feita por Kelsen explica nitidamente a função executada pelo juiz. Ele primeiramente se baseia em uma lei (norma de escalão superior) que ampare a questão, como no exemplo um comando emitido por A para que B prenda o súdito C, ficando a critério de B uma interpretação mais aprofundada de como realizará a ordem de prisão, quando e onde. B equivaleria ao juiz, que determinará pela sua particular análise a forma que ele executará essa lei. Houve escolha por parte do juiz para executar tal ação da forma que ele julgou melhor, pois ficaram presentes margens para uma livre apreciação, que o legislador não se preocupou em prever. São essas margens deixadas pelo legislador que permitem ao juiz estabelecer uma livre apreciação do caso, processo esse que dá luz à normas inferiores e mais específicas discutidas anteriormente e que dão subsídios para uma interpretação eficaz ao caso concreto.

Seguindo ainda a análise do juiz como mediador da lei e aplicação desta em conformidade com o caso apresentado em juízo, Luiz Carlos Mendes assinala em seu artigo que trata sobre a interpretação autêntica do juiz:

“Na concepção de Kelsen, o "intérprete autêntico" segue sim parâmetros de conduta, entretanto, se há, por exemplo, uma variável de pena para uma mesma conduta ilícita, cabe ao juiz decidir qual a mais adequada, pois o que foi anteriormente previsto não consegue e certamente nunca conseguirá estabelecer uma pena exata para um caso concreto, haja vista os acontecimentos do mundo são sempre singulares e imprevisíveis.”

 É possível notar o fato citado acima quando se está diante do Código Penal brasileiro, observando os crimes e suas respectivas penas. Sem exceção, todos os crimes citados pelo código apresentam uma pena mínima e uma pena máxima, que será apreciada e aplicada pelo juiz dentro das condições apresentadas a ele, sempre sendo proporcional a pena à infração cometida pelo indivíduo. Esses casos requerem a apreciação do juiz que julgará dentro dos limites da lei o que ele achar razoável para solucionar o caso.

**4 PODER JUDICIÁRIO x PODER LEGISLATIVO: OS AVANÇOS DO JUDICIÁRIO NO LEGISLATIVO**

 Há quem conteste a pequena existência de uma intervenção do poder Judiciário no Poder Legislativo. Intervenção esta que se no âmbito de pequenas leis que são criadas pelo juiz para que se aplique uma lei mais solida a um caso concreto e especifico, extinguindo uma pequena parte do caráter de generalidade e obscuridade das leis.

Como já foi citado e detalhado aqui neste artigo anteriormente, uma das funções do Judiciário é a de controlador de Constitucionalidade das leis, o que já lhes dar competência suficiente para que este execute também esta pequena tarefa ‘’legislativa’’, é como explica o nosso ex- Presidente do STF, Gilmar Mendes:

Há inevitavelmente uma interferência. O controle de legitimidade de atos de outro poder e o controle de Constitucionalidade de leis pelo Judiciário é legitimo (MENDES; MARTINS. 2001)

É extremamente necessário que se de ao Judiciário esta autonomia para que as leis não se tornem vagas, haja vista que sempre irão ocorrer casos que não estarão explícitos no nosso texto Jurídico a lei que deverá ser aplicada e então cabe ao interprete do Judiciário ‘’criar’’ pequenas leis para que estas sejam aplicadas de forma mais aprumada a cada caso concreto.

É importante frisar que o nosso próprio texto Constitucional assegura e delega ao juiz a capacidade de interpretação da lei em caso de lacunas deixadas pelo Legislativo, o que é abundantemente importante para um sistema democrático de governo, como o vigorante no Brasil.

Pode ser considerado relativamente impossível que os Legisladores consigam transcrever leis que abranjam todos os casos concretos de leis, uma vez que estes podem possuir semelhanças, mas quase idênticos. Seria totalmente inconstitucional que os juízes julgassem por meio da semelhança dos casos, pois detalhes podem mudar toda a decisão de uma sentença.

Não obstante, é necessário que haja um controle também sobre o Judiciário, para que este não passe a abusar da utilização da equidade, e os interpretes deste, apenas a utilizem em casos de necessidade, extinguindo assim a possibilidade de banalização da equidade Constitucional.

**5 CONCLUSÃO**

Sabendo que o Direito Constitucional é uma área bastante presente em nosso cotidiano, foi de relevante importância explorá-lo de forma acadêmica para que este resultasse em artigo cientifico. Após inúmeras pesquisas realizadas para que fosse feito o levantamento deste artigo, pudemos entender melhor sobre o poder Judiciário e seus conseguintes.

Mais adiante, exploramos um pouco mais sobre a figura do juiz como interprete autêntico do Direito e a visão de um grande pensador jurista chamado Hans Kelsen, que através de seus pensamentos, conseguimos expor aqui também a necessidade constante de interferência do Judiciário no Legislativo, haja vista que o processo de criação de normas sempre há que deixar margens para interpretação por parte do juiz que irá julgar um caso concreto.

Por fim, como forma de corroborar com o que já havia sido brevemente explorado, constatamos com base no pensamento de Kelsen a intervenção do poder Judiciário no poder Legislativo, de forma a aquele ‘’criar’’ pequenas leis que permitam uma maior interpretação e aplicação aos fatos trazidos a juízo.

A pesquisa realizada se mostrou de extrema importância, pois pudemos entender de forma mais detalhada o porquê da intervenção do Judiciário no Legislativo ser de tamanha necessidade nos processos judiciais e sua fundamentação baseada em alguns autores.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. **A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemológica na teoria pura do direito.** Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia V. 38 – n. 2. 2010, p. 685-706. Disponível em:< http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18518/9922>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Trad. de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2001.

PRAZERES, Luiz Carlos Mendes. **Neoconstitucionalismo e a nova interpretação constitucional: O papel do juiz como intérprete autêntico em Kelsen.** Disponível em:< http://www.webartigos.com/artigos/neoconstitucionalismo-e-a-nova-interpretacao-constitucional-o-papel-do-juiz-como-interprete-autentico-em-kelsen/45469/>