

# A PRODUÇÃO DO DIREITO POSITIVO PELAS DECISÕES JUDICIAIS

Jorge Henrique Schaefer Martins \*

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução. 2 – Legitimidade. 3 – Competência. 4 – Interpretação. 5 – Discricionariedade. 6 – Normatização judicial a direitos individuais. 7 – Normatização judicial a direitos difusos ou coletivos. 8 – Conclusão. 9 – Referências bibliográficas.

## 01. INTRODUÇÃO

O Direito Positivo, em análise superficial, é entendido como sendo a consolidação de preceitos em normas jurídicas<sup>1</sup>, as quais teriam o condão de regular as mais diversas atividades havidas no seio da sociedade, esgotando as hipóteses respectivas.

**\* Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca da Capital (Florianópolis/SC) e membro da 1ª Turma de Recursos de Santa Catarina, Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Itajaí – CES IV –, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional de Blumenau - FURB e Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.**

---

<sup>1</sup> “é uma estrutura proposicional enunciativa / de uma forma de organização ou de conduta / que deve ser seguida/ de maneira objetiva e obrigatória. (Apud REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 93.

Contudo, em se buscando conhecer as características das normas, a forma pela qual foram produzidas como a imperfeição de seus textos, verifica-se que a solução simplista não pode, de modo algum, ser abraçada.

Esta constatação determina a efetivação do presente estudo, por intermédio do qual se buscará discutir de que forma o julgador<sup>2</sup> poderá estar contribuindo para a produção da norma<sup>3</sup>, tendo-se em conta sua aplicação para cada caso levado a julgamento.

Será iniciado pela determinação de quem poderá vir a dizer o Direito nos conflitos levados à apreciação judicial, analisando-se a legitimidade<sup>4</sup> e competência<sup>5</sup> respectivas.

Terá continuidade ao buscar definir o que vem a ser a interpretação<sup>6</sup>, em seus mais diversos enfoques, cotejando-a ou integrando-a com o princípio da discricionariedade<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Aqui entendido como o Juiz da causa, que é o profissional do Direito investido legalmente na função jurisdicional, competente para o exame da matéria, possuindo o poder de interpretar o fato e o direito contidos no bojo do processo, com o fito de dar aplicabilidade às normas que a regulam.

<sup>3</sup> Considerada como o Direito Positivo, que é o conjunto de regras legais produzidas pelo Poder Legislativo após o exaurimento do processo legislativo, dispondo sobre assuntos diversos do interesse da sociedade e do Poder constituído.

<sup>4</sup> É o exercício da jurisdição por quem esteja legalmente investido na função e tenha competência material e territorial sobre o tema.

<sup>5</sup> Consiste na atribuição conferida a determinado Juízo (singular ou colegiado), de apreciar determinada causa e sobre ela proferir a decisão respectiva, atendendo ao local do fato, à natureza da causa, às convenções estabelecidas por lei ou entre as próprias partes (foro privilegiado ou de eleição), ou ainda à condição de quem figure na relação processual.'

Em seguida, procurará definir de que forma poderá ocorrer a individualização da norma legal a casos concretos, seja no que respeita aos interesses individuais, como naqueles que se relacionem à coletividade indeterminada.

Na conclusão, pretende-se apresentar o resultado da pesquisa, apontando se é possível atribuir-se ao julgador a função de criação do direito, ante a implementação dos comandos havidos na norma aos casos judicializados.

## 02. LEGITIMIDADE

Em se cuidando da hipótese de produção da norma positiva por meio de decisões judiciais<sup>6</sup>, indispensável que se busque identificar a legitimidade do ente julgador, a condição legal para que o Poder Judiciário por intermédio de um de seus órgãos<sup>9</sup> possa vir a entregar a prestação jurisdicional respectiva.

---

<sup>6</sup> É o esclarecimento, a explicação, a extração do sentido da norma tendo em conta as questões reproduzidas no processo, transferindo a ela o sentido apropriado e consonante com os propósitos de Justiça que devem nortear a decisão.

<sup>7</sup> Aplicação da norma jurídica pelo Juiz, considerando as características do caso concreto, usando do livre convencimento motivado, decorrente da formação de sua convicção.

<sup>8</sup> A decisão judicial é o ato pelo qual a autoridade judiciária manifesta seu posicionamento a respeito de questão jurídica que lhe é submetida à apreciação, contendo força de imposição ante a coercibilidade que lhe é inerente.

<sup>9</sup> A constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu art. 92 serem órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal (inciso I), o Superior Tribunal de Justiça (inciso II), os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais (inciso III), os Tribunais e Juízes do Trabalho (inciso IV), os Tribunais e Juízes Eleitorais (inciso V), os Tribunais e Juízes Militares (inciso VI) e os Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (inciso VII).

Isso implica no reconhecimento da jurisdição, a qual teve surgimento no momento em que o Estado trouxe para si a responsabilidade de dirimir os conflitos, passando a intervir diretamente na vida dos cidadãos, regulando suas relações, como cuidando em estabelecer regramentos para as mais diversas atividades.

Ditava as normas e, em consequência, surgia a imprescindibilidade de existência de organismo que viesse a regular os conflitos advindos da ocorrência de fatos nelas tratados, ou de interpretação diferenciada, não restando suficiente a simples existência de ente estatal, mas o estabelecimento de um ente que viesse a privilegiar o equilíbrio, a imparcialidade ou isenção, a prudência e o senso de Justiça<sup>10</sup>.

Com o passar dos tempos ficou claro que havendo vinculação política entre o órgão incumbido de tal função e o poder político, dificilmente se encontrariam aqueles requisitos, tornando-se mister a criação do Poder Judiciário<sup>11</sup>, com autonomia própria para resolver tais pendências.

---

<sup>10</sup> Justiça consiste em “ideal político de liberdade e igualdade relacionado às reivindicações da sociedade e a resposta entregue pela norma, correspondendo ao conhecimento científico sobre o fato e o que por ela é preconizado, sendo constituída de legitimidade ética.” (*Apud* MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 108/109).

<sup>11</sup> “É um dos poderes do Estado instituído na Constituição da República. É o responsável pela tomada de decisões legais. Detém a Jurisdição (Poder) e deve se utilizar da instrumentalidade do Processo (aspectos dinâmicos do Poder), objetivando solucionar os conflitos sociais, a garantia dos direitos, a melhoria do sistema de Justiça e o bem estar social dos indivíduos.” (*Apud* LUZ, Sérgio Roberto Baasch. . O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. 1999, p. 117).

Esta foi a proposta de MONTESQUIEU<sup>12</sup>, ao defender a tese da necessidade de serem as atividades do Estado desenvolvidas por organismos diferenciados e autônomos.

Esta conformação foi acolhida no Brasil, quando se observa haver a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>13</sup> dividido as atribuições estatais de forma diferenciada, competindo ao Judiciário dizer o direito.

Foi a jurisdição definida por SÉRGIO LUZ, como a “função do Estado-Juiz, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do Direito objetivo regente da lide que lhe é apresentada e deve ser solucionada.”<sup>14</sup>

Também foi conceituada como “atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando ou realizando o direito em concreto.”<sup>15</sup>

Como já foi asseverado, exige-se para o seu exercício o estabelecimento da legitimidade daqueles que forem dela encarregados. Está diretamente ligada às regras

---

<sup>12</sup> MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 148.

<sup>13</sup> O art. 2º da Carta Política brasileira define a existência de três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, enquanto no art. 5º, inciso XXXV, dita que não haverá exclusão legal da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça à Direito.

<sup>14</sup> LUZ, Sérgio Roberto Baasch. Op. cit., p. 17.

<sup>15</sup> LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 88, vol. 3, t.1.

constitucionais que determinam a forma de investidura nas funções judiciais<sup>16</sup>, sendo conveniente asseverar que em situações excepcionais, competirá ao Poder Legislativo assumir tal encargo<sup>17</sup>. Vincula-se, também, à competência decorrente da matéria, prerrogativa de foro ou competência territorial.

Nesta conformidade, somente se pode cogitar de jurisdição, quando se der a verificação da legitimidade daquele órgão encarregado de distribuir a Justiça, estando ele

---

<sup>16</sup> Observa-se na Constituição da República Federativa do Brasil, a previsão de ingresso na carreira de juiz por intermédio de concurso de provas e títulos (art. 93, inciso I); de promoção para os tribunais de Segunda Instância pelos critérios alternados de antigüidade e merecimento (art. 93, inciso III), observados os critérios específicos para ingresso nos Tribunais Regionais Federais (art. 107 e incisos) e Tribunais Regionais do Trabalho (art. 111); a investidura por representação do quinto constitucional pelos representantes do Ministério Público e Advocacia (art. 94 *caput*); a composição do Supremo Tribunal Federal por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos, com notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 *caput*); a composição do Superior Tribunal de Justiça por no mínimo trinta e três ministros, com os requisitos dos membros do STF, sendo um terço de juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço de Desembargadores de Tribunais de Justiça e um terço – em partes iguais – dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual ou dos Territórios e Distrito Federal (art. 104, incisos I, II e III); a composição do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, § 1º), do Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais (art. 119 e incisos e 120, § 1º e incisos, respectivamente); dos Tribunais e juízes militares (art. 122, 123 e incisos), além do Tribunal do Júri, competente constitucionalmente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com a organização ditada pela legislação infraconstitucional (art. 5º, inciso XXXVIII e incisos), constituído por sete integrantes do povo, sorteados na sessão de julgamento.

<sup>17</sup> Ao Senado Federal da República compete, privativamente, processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes de idêntica natureza e com eles conexos (art. 52, inciso I), como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, inciso II).

legalmente investido da função e tendo competência para apreciar o caso submetido a julgamento.

### 03. COMPETÊNCIA

A competência consiste na atribuição conferida a determinado Juízo (singular ou colegiado), de apreciar determinada causa e sobre ela proferir a decisão respectiva, atendendo ao local do fato, à natureza da causa, às convenções estabelecidas por lei ou entre as próprias partes (foro privilegiado ou de eleição), ou ainda à condição de quem figure na relação processual.

É estabelecida inicialmente pela Constituição da República Federativa do Brasil<sup>18</sup>, vindo a ser tratada nos Códigos de Processo Civil<sup>19</sup> e Processo Penal<sup>20</sup>, como nas legislações correlatas atinentes às Justiças Especializadas.

---

<sup>18</sup> Estabelece no art. 102 e incisos a competência do Supremo Tribunal Federal; no art. 105 e incisos, a competência do Superior Tribunal de Justiça; no art. 108 e incisos, a competência dos Tribunais Regionais Federais, no art. 109 e incisos, a competência dos Juízes Federais de Primeira Instância; atribui à legislação ordinária definir a competência do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 111, § 3º, enquanto no art. 114 atribui a competência à Justiça do Trabalho; no art. 121 *caput*, define à Lei Complementar a definição da competência dos Tribunais, Juízes de Direito e Juntas Eleitorais; no art. 124, dispõe sobre a competência da Justiça Militar e, no art. 125, § 1º, estabelece que *A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça*, definindo no § 4º do mesmo dispositivo, a competência da Justiça Militar Estadual. Estabelece nas hipóteses restritas contidas nos incisos I e II do art. 52, a competência do Senado Federal para julgamento de autoridades da República. A competência do Tribunal do Júri, relativa ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, é determinada pelas disposições do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*.

Conveniente salientar-se:

A função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo: através das regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.<sup>21</sup>

Pressupõe esteja a autoridade judiciária investida nas suas funções, observando-se ter ela sob sua atribuição o conhecimento e julgamento de causas havidas no âmbito do território jurisdicional abrangido por sua autoridade.

Fica, igualmente, sujeita à competência relativa à matéria, conforme a organização e divisão judiciárias a qual está sujeito e a unidade judiciária que tem sob sua responsabilidade.

---

<sup>19</sup> O Código de Processo Civil regula a competência de causas cíveis a partir do art. 86 até o art. 124.

<sup>20</sup> A determinação da competência para causas criminais é estabelecida a partir do art. 69 até o art. 91 do Código de Processo Penal .

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 41.

A figura do *juiz natural* foi consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso LIII<sup>22</sup>, o que implica dizer que a questão é fundamental para que se possa cogitar de validade ou invalidade das decisões proferidas.

## 04. INTERPRETAÇÃO

Para a compreensão do que venha a ser a interpretação ou hermenêutica no âmbito das decisões judiciais, é necessária sua explicitação.

Sobre o tema, assim preleciona Lenio Luiz Streck:

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido [...] Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que ‘nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-

---

<sup>22</sup> “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável<sup>23</sup>.

Carlos Maximiliano, por sua vez, afirma que:

“interpretar é explicar, esclarecer; desvendar o sentido do vocábulo; reproduzir, por outras palavras, um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 198 e 227.

<sup>24</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 13.

Compreende-se na tarefa do julgador a obrigatoriedade de desvendar a possibilidade de incidência de uma norma determinada ao caso que lhe foi apresentado. Isto é de todo indispensável, como assevera FERRI<sup>25</sup>:

45. Interpretação da lei penal. – A lei penal, em razão de que às suas normas gerais e impessoais é subordinado o indivíduo que as transgrediu, deve ser, caso por caso, aplicada pelo juiz. E o juiz, para adaptar a lei ao caso particular, deve interpretá-la.

O mais das vezes, a lei é tão clara e precisa, que não precisa de interpretação: mas com frequência sucede que algumas normas de um código penal ou de uma lei especial não sejam assim evidentes ou sejam de todo genéricas – aí é então necessária a obra interpretativa do juiz, que Cícero justamente dizia ser *lex loquens*.

No momento em que se dá a análise do caso concreto, está o juiz obrigado a transferir o comando genérico, abstrato, contido na norma legal à situação em exame, vivificando-a, ou seja, dando-lhe vida e concretude.

É o ápice de sua atuação, a efetiva razão de sua existência no meio jurídico, por se tratar da oportunidade em que pode exercitar o poder que lhe foi conferido, o qual, na concepção de WEBER<sup>26</sup> “é a possibilidade de alguém impor a sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas.”

---

<sup>25</sup> FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. Trad. Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 186.

<sup>26</sup> WEBER, Max *apud* BENDIX, Reinhard. Um perfil intelectual. Brasília: U.N.B., p. 303.

É dado ao juiz, em analisando a situação jurídica em debate e as provas a ela referentes, dizer o direito – como afirmou Cícero, ser a locução da lei -, sendo-lhe assegurado o livre convencimento<sup>27</sup>:

Isso nada mais é que o raciocínio lógico empregado no afã de convencer-se de sua própria argumentação. O Juiz deve sopesar as provas, sobre elas manifestar-se explicitamente, dizendo a razão pela qual as acolhe ou repele, expor o que o persuadiu a decidir.

Não está preso a grilhões, não está obrigado a decidir de maneira previamente indicada. Tem ele o direito e o dever de exercitar sua inteligência, seu raciocínio, e usando de seus conhecimentos jurídicos e sensibilidade, agir como verdadeiro intérprete da causa, aplicando a lei com Justiça e proficiência.<sup>28</sup>

A tarefa interpretativa estará calcada no conhecimento suficiente do direito normatizado, na condição de análise percuciente dos elementos probatórios colacionados ao processo, como do vislumbre do alcance da norma, dos preceitos de Justiça nela embutidos, da utilidade social que advenha de sua aplicação, e da segurança jurídica

---

<sup>27</sup> Estabelecido pelo Código de Processo Civil no art. 131 e, no Código de Processo Penal, em seu art. 157, que pode ser definido como o Poder concedido ao juiz de atuar com o arbítrio condicionado, dando ensejo à utilização de raciocínio lógico para dirimir a lide, considerando os preceitos jurídicos e os objetivos a serem atingidos (Justiça, utilidade social e segurança jurídica), apresentando-o fundamentadamente.

<sup>28</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Prova Criminal. Modalidades. Valoração. Curitiba: Juruá, 1996, p. 110.

que sua implementação venha a gerar. A imposição da vontade à qual se referiu WEBER, não é a própria, personalíssima, mas aquela que açambarca o referidos preceitos.

DOBROWOLSKI<sup>29</sup> preleciona:

O Judiciário, para bem cumprir sua função de intérprete do ordenamento jurídico, em nossa época, precisa, portanto, descortino técnico, capacidade inovadora e atuação constante; a um só tempo, compreensão da conjuntura atual, perspectiva firme do futuro e desvinculamento com herança do passado que não tem mais serventia.

O que se objetiva na interpretação da norma e conseqüente aplicação é a consecução do justo, conceito que foi tratado por Osvaldo Ferreira de Melo<sup>30</sup>:

Creio que seja possível ao político do direito trabalhar com quatro concepções de Justiça, complementares entre si, todas tendo em comum o fato de serem emanadas de idéias formadas no corpo social. Em resumo, podemos mencioná-las assim: 1 – Justiça como ideal político de liberdade e igualdade: A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipações e compartilhamento será considerada injusta. 2 – Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma: Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3 – Justiça

---

<sup>29</sup> DOBROWOLSKI, Silvio. Art. A Constituição e a Escola Judicial in Revista da ESMESC. Curitiba: Juruá, 1995, p. 247. vol. 1.

<sup>30</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 108/109.

como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão: a norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta. 4 – Justiça como legitimidade ética. A norma do direito que conflitar com a norma de moral poderá ser considerada injusta.

A exegese da norma em relação ao caso particular – atinja ela a uma pessoa ou grupo com interesses comuns, como a coletividade indeterminada - deve considerar também os valores.

A respeito do temário, SÉRGIO LUZ<sup>31</sup> afirma:

na produção da norma individual, os valores, fundamentos e conseqüências sociais são uma preocupação constantes, eis que a norma deverá não só corresponder aos anseios da sociedade, como também ser vetor de transformações sociais.

No mesmo sentido, MELO<sup>32</sup> procede a divisão do conceito de valor sob duas óticas, a primeira como a “qualidade que o grupo social atribui a alguém ou a algum fato, montando-se, por tradição, no substrato cultural, uma escala de opiniões. Na vida política é relevante considerar os valores adotados pela sociedade, especialmente tendo-se em vista as metas sociais que o Estado pretende alcançar”. A outra visão observa “diz-se

---

<sup>31</sup> LUZ, Sérgio Roberto Baasch. Op. cit., p. 43.

<sup>32</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 133.

permanente aquele que é inerente à dignidade da pessoa humana; inovável o que substitui o valor desprezado pela ciência ou pela sociedade; renovável o que é suscetível de revisão.”

Ao concluir a análise sobre o tema, novamente conveniente o socorro aos ensinamentos de SÉRGIO LUZ<sup>33</sup>, que conclui:

O valor é sempre bipolar, ou seja, a um valor se contrapõe um desvalor: ao bom, o mau; ao belo, o feio; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em um processo dialético. Através deste mecanismo, surge a dinâmica do Direito, na qual coexistem o Direito e o torto, o lícito e o ilícito. Essa bipolaridade dos valores anima a vida jurídica. O valor não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda. Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível.

A hermenêutica, por conseguinte, não pode deixar de considerar os valores contidos na norma, em contraposição ou justaposição com os valores que interessam à sociedade, e que devem restar estratificados na decisão judicial.

## **05. DISCRICIONARIEDADE**

---

<sup>33</sup> LUZ, Sérgio Roberto Baasch. Op. cit. p. 44.

A discricionariedade deve ser dissecada a ponto de ser possível compreendê-la integralmente, sem que se a confunda com arbitrariedade.

Em feliz exposição sobre o tema, assim se manifestou WEBER MARTINS BATISTA<sup>34</sup>:

Como o disse Barbosa Moreira, nem sempre é possível ou conveniente que a lei delimite com nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, descrevendo, exaustivamente, todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

Acontece que “esses conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos”.

Esta relativa liberdade na fixação da premissa caracteriza o que Pietro Novolone chamou, com evidente impropriedade, de “una discrezionalità impropria, che si identifica un operazione ermenêutica. Dove, invece, entriamo nel campo della discrizionalità propria à nel ambito delle sanzione<sup>35</sup>”.

E complementa<sup>36</sup>:

Todo aquele que exerce uma atividade pública, e não apenas os juízes, tem o dever de escolher a solução que melhor se adapte a cada hipótese. A diferença é que, em uns casos, quando se trata de poder vinculado, a norma estabelece o fato

---

<sup>34</sup> BATISTA, Weber Martins. Direito Penal e Direito Processual Penal. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63.

<sup>35</sup> Uma discricionariedade imprópria, que identifica uma operação hermenêutica. Onde, ao inverso, entramos no campo da discricionariedade própria no âmbito da sanção.

<sup>36</sup> BATISTA, Weber Martins. Op. cit. p. 64.

e dá a solução. Noutros, identificado o fato, deixa ao aplicador da norma a escolha de uma entre algumas soluções possíveis.

Esta liberdade, repita-se, que caracteriza o poder discricionário, está situada no campo dos efeitos da norma, nada tem a ver com a liberdade que, mesmo em alguns atos vinculados, pode ser dada ao aplicador para verificar se existente a situação de fato. Liberdade no exame dos pressupostos do fato e liberdade na escolha dos efeitos são coisas diferentes.

Ao juiz compete a apreciação da lide, cotejar os fatos e direitos nela discutidos para poder julgá-la. Nesta condição, é lógico dizer que estará criando o direito no caso específico, fazendo-o de acordo com o seu “livre arbítrio”.

Contudo, na apreciação do livre arbítrio é que ingressa o estudo da discricionariedade. Não tem o julgador a condição de decidir conforme lhe convier, como lhe aprouver. O arbítrio, denominado “livre”, é na verdade regulado, condicionado, ficando adstrito à faculdade que lhe é concedida de decidir consoante seu prudente critério, mediante suficiente motivação.

É o posicionamento de LIEBMAN<sup>37</sup>:

Em um Estado de Direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provocados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o

---

<sup>37</sup> LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia ed autoritá della sentenza. Giufre: Meleno, 1983, p. 319.

caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio.

No seguimento do raciocínio, conveniente a transcrição do pensamento de DALLARI<sup>38</sup>:

Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade *deve* procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação.

Em suma, não há como se negar que a norma construída com base nos objetivos básicos de paz, ordem e bem comum, advindos dos anseios comunitários e transmudados em regramentos legais por meio da atividade legislativa, nem sempre consegue atingir o que foi perseguido.

Ela não representa a vontade do legislador, mas se subordina “à realidade social subjacente, à presença de determinados *fatores* que influenciam fortemente à própria sociedade, definido as suas diversas estruturas.”<sup>39</sup>

Todavia, nem sempre o texto é claro, ou se consegue traduzir as esperanças no texto legal. BECCARIA, no século XVIII, já dizia:

---

<sup>38</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 97.

<sup>39</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 59.

Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que o é, da mesma forma, a obscuridade que arrasta consigo necessariamente a interpretação, e assim igualmente será um grande mal, se as leis são escritas em linguagem estranha ao povo, e colocadas, assim, apenas na dependência de uns poucos, não podendo a maioria dos cidadãos julgar por si mesma qual seria o limite de sua liberdade ou dos demais membros da sociedade; uma língua que faz de um livro solene e público algo particular e doméstico. Quanto maior for o número daqueles que entendem e manuseiam o código sagrado das leis, tanto menos frequentes serão os crimes praticados, pois, não há dúvida alguma, de que a ignorância e a incerteza, com relação às penas, favorecem o calor das paixões.<sup>40</sup>

É claro que o problema advindo da redação legal em língua diversa da utilizada no país não se aplica à realidade brasileira. A língua pátria está presente em todos os textos legais, podendo-se atribuir grande parte desta conquista às críticas contidas na célebre obra do mencionado autor. Mas a imperfeição, a ambigüidade, a falta de previsão de hipóteses possíveis, traduzem a necessidade incontornável de ocorrer a atuação judicial, explicitando, corrigindo, dando-lhe ou negando-lhe vigência ao caso particularizado.

A discricionariedade estará presente nesta tarefa interpretativa e de aplicação, visto depender necessariamente das conclusões a que chegar na análise dos autos, vinculando-se à motivação expressa das razões de seu raciocínio.

Tem ao seu encargo o poder-dever de em se defrontando com as causas submetidas à sua apreciação, dizer o direito, aplicar-lhes as normas compatíveis.

---

<sup>40</sup> BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José

Resolverá as contradições, a dubiedade, as antinomias, por ser obrigação judicial a declaração do direito, como se deve interpretá-lo e aplicá-lo à situação em exame.

Isto, por ser:

Inafastável a ponderação de que não existe lei que abstraia ou prescindia de interpretação. Estas são apenas esquemas genéricos, meros reprodutores de modelos de conduta incomparavelmente mais pobres em imaginação do que a capacidade humana em se libertar dos esquemas previamente traçados pelo legislador. A lei, por mais cuidada na forma e no fundo, dificilmente se exime à diversidade de entendimento.<sup>41</sup>

No que se refere às lacunas, tenha-se presente que a norma jurídica possui a função de regular ações e comportamentos dos indivíduos, mediante a consagração de proibições, obrigações e permissões.

Todavia, é questionável a sua completude, isto é, que o sistema jurídico seja suficiente por si só para a resolução de todas as situações, pois, “Pode-se relacionar o problema das lacunas com a própria concepção do direito, ressaltando-se como questão fundamental a de se saber se o direito constitui ou não uma ordem ilimitada.”<sup>42</sup>

---

Bushatsky, 1978, pp. 123-124.

<sup>41</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Legalidade Penal. São Paulo: RT, 1994, pp. 64/65.

Conceituando-as, PAULO NADER<sup>43</sup> afirma:

A lacuna se caracteriza não só quando a lei é completamente omissa em relação ao caso, mas é igualmente quando o legislador deixa o assunto a critério do julgador. É possível de se manifestar ainda quando a lei, anormalmente, apresente duas disposições contraditórias, uma anulando a outra (antinomia).

Por outro lado KELSEN<sup>44</sup> defende a inexistência de lacunas, em vista do sistema jurídico formar um todo orgânico, bastante para disciplinar os comportamentos humanos.

Contudo, contrapõe-se a esse entendimento o posicionamento de BOBBIO, referenciado por DINIZ<sup>45</sup> e FERRAZ JÚNIOR<sup>46</sup>, o qual está embasado no entendimento da existência de um sistema jurídico aberto e incompleto, em vista da impossibilidade de esgotamento do Direito, pois se assim o fosse não se constituiria em ciência dinâmica.

---

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 431.

<sup>43</sup> NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 185.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.p.81-83, vol. 1.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 432.

<sup>46</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Localização sistemática. P. 16.

A observação dos fenômenos sociais, a evolução da vida em seus mais variados campos, torna obrigatória a análise de questões não abrangidas pela lei concretizada, o que demonstra a correção do segundo posicionamento apresentado.

Podem ser classificadas como normativas, ontológicas e axiológicas. As normativas são as que ocorrem na ausência da norma; as ontológicas quando apesar de sua existência, não está ela correspondendo aos fatos ou anseios sociais e, por fim, as axiológicas, quando se faz ausente a norma justa.

Está afeta ao juiz a tarefa imprescindível de preenchimento das lacunas, como disposto no art. 126 do CPC, devendo valer-se das proposições da Política Jurídica, pois:

A tarefa de propor correções na legislação vigente ou de descobrir as regras de convivência exigidas pelos chamados novos direitos, não se alcançará pela realimentação dos sistemas jurídicos nas fontes tradicionais com que se reproduz o sistema virtual da Dogmática. O Direito a ser produzido com vistas à legalidade do futuro terá que ... buscar renovar-se nas legítimas fontes das utopias sociais...

A atividade criativa da Política Jurídica será sopro vivificador que deve bafejar os sistemas dogmáticos... A Política Jurídica provocará não apenas normas corrigidas, mas um direito reconceituado para servir às reais necessidades do viver.<sup>47</sup>

Igualmente relevantes na consecução de tal tarefa, a análise da analogia e costumes, sendo necessária para sua exata compreensão, a informação a respeito dos métodos e tipos dogmáticos de interpretação, subdivididos em métodos hermenêuticos e tipos de interpretação.

Quanto aos métodos hermenêuticos, estão fracionados em interpretação gramatical, lógica e sistemática, interpretação histórica, sociológica e evolutiva, e interpretação teleológica e axiológica.

Os tipos de interpretação são informados como sendo interpretação especificadora, interpretação restritiva e interpretação extensiva.

Para que se possa cogitar da resolução do problema atinente às lacunas, há necessidade de interpretação e integração do Direito, o que se faz com a utilização da analogia e costumes.

Pode a analogia ser definida como “a transposição de uma regra, da na lei para a hipótese (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese (B), não regulada na lei, semelhante àquela.”<sup>48</sup> Sua utilização decorre da idéia de que se deva dar tratamento igual a situações semelhantes.

Pode ainda ser entendida como analogia *legis*, quando se parte de um preceito legal existente para aplicação em outro assemelhado, e analogia *juris*, na hipótese de se utilizar preceitos ou princípios em conjunto.

---

<sup>47</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas Atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris – UNIVALI, 1998, pp. 71-72.

<sup>48</sup> LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calauste Gulbedian, 1983.

No que respeita aos costumes, existe controvérsia a respeito de serem ou não fonte do Direito, por se entendê-los como instrumentos que permitem sua interpretação e integração.

Estão identificadas três espécies de costumes<sup>49</sup>: *Secundum legem*, que estão previstos no texto escrito; *proeter legem*, que tem o condão de substituir a lei nos casos por ela não tratados e, *contra legem*, quando se colocam em contraposição à previsão legal.

As antinomias, de outra parte, decorrem da impossibilidade do legislador vir a conhecer todo o universo jurídico-legal, o que está a permitir a elaboração legislativa de normas antinômicas, decorrentes da característica de a dinamicidade do Direito, como da própria estrutura do sistema jurídico que, além de estar em constante desenvolvimento, caracteriza-se por ser aberto e prospectivo.

Observando-se a teoria tridimensional proposta por Miguel Reale, verifica-se estar o sistema jurídico construído a partir de três subsistemas: normativo, fático e valorativo.

Sendo o sistema normativo aberto, viável a ocorrência de incongruências e lacunas, observando-se a antinomia na hipótese de conflito, posto que a “Antinomia representa um conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular.”<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Heremênutica e Aplicação do Direito. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 191.

<sup>50</sup> ROBERT, Paul *Apud* DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

Indispensável para sua configuração, serem ambas as normas jurídicas e válidas, ambas tenham vigência e eficácia, sejam emanadas de autoridades legislativamente competentes no mesmo âmbito normativo, tenham comandos operadores opostos e que os sujeitos a quem se destinem, fiquem em posição insustentável.

Classificam-se quanto ao critério de solução: antinomia aparente e antinomia real; quanto ao conteúdo: antinomia própria e antinomia imprópria, que pode ser de princípios, valorativa e teleológica; quanto ao âmbito: antinomia de direito interno, de direito internacional e de direito interno-internacional, como no que tange à extensão da contradição: total-total, total-parcial e parcial-parcial.

A solução das antinomias de primeiro grau resolvem-se pelos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade, e as de segundo grau com a utilização dos critérios hierárquico-cronológico, especialidade e cronológico e hierárquico e de especialidade.

À falta de um critério suficiente para solucionar a antinomia de segundo grau, sugere-se a utilização do valor *justum*, fundado na aplicação da norma mais justa, com a utilização dos preceitos da Política Jurídica.

Os princípios gerais de Direito constituem-se em uma idéia de fundamento, origem, começo, razão, condição e causa; gerais dentro da idéia de distinção entre o gênero e a espécie e a oposição entre pluralidade e singularidade; Direito com o caráter de juridicidade, o que está conforme e reto.

Apresentam duas funções: na elaboração das leis e na aplicação do Direito pelo preenchimento das suas lacunas.

No caminho percorrido para a elaboração legislativa, verifica-se a irradiações de princípios, dos quais o legislador extrai o que interessa à sociedade.

Na resolução das lacunas, aponta ao aplicador do Direito os princípios e valores que informaram a produção da lei, revelando-os na interpretação respectiva.

Para que possam ser localizados, necessário se faz o uso do método indutivo, buscando-se seus preceitos no instituto que aborda a matéria ou em vários institutos afins, no ramo jurídico como um todo, no Direito Público ou Privado, no Direito Positivo, ou no Direito em sua plenitude.

Conveniente salientar a existência de diferenças entre regras e princípios, pois “Tanto os princípios como as regras têm em comum o caráter normativo, sendo ambos espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.”<sup>51</sup>

Por fim, sobre o assunto conclui DINIZ<sup>52</sup>:

Em caso de lacuna, o juiz deverá constatar, na própria legislação, se há semelhança entre fatos diferentes, fazendo juízo de valor de que esta semelhança se sobrepõe às diferenças. E se não encontrar casos análogos, deve recorrer ao costume e ao princípio geral de direito; não podendo contar com essa alternativas, é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da *equidade*, [...], entendida em seu sentido latíssimo, qual seja, ele seria o princípio universal da ordem normativa, a razão prática extensível a toda humana (religiosa, moral, social e

---

<sup>51</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. P. 16.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., pp. 363-364.

jurídica), configurando-se como uma suprema regra de justiça a que os homens devem obedecer.

Repisa-se, assim, que o simples comando normativo sobre determinada situação não permite em todas as ocasiões a resolução do problema. A lei é uma abstração, cuida de uma hipótese, sendo ela em determinados casos bastante ampla. Exatamente aí residem as dificuldades em sua implementação, por determinar o tratamento igual à pessoas e situações desiguais, permitindo aos desavisados a conclusão de que abstraia do juiz o caráter de discricionariedade que lhe é atribuído.

Assim não o é. A norma ganha vida quando existem conflitos de interesses, posto necessitar ser implementada. A consecução da Justiça não se restringe ao estabelecimento de um regramento, mas a sua aplicação individualizada.

Para fazê-lo, e bem, deverá o juiz conhecer as leis, os conflitos nelas existentes, as falhas e imperfeições, socorrendo-se dos preceitos analógicos, dos costumes e princípios gerais do Direito, aliando-os às diretrizes que sustentam a Política Jurídica, a fim de que possa decidir com Justiça e correção.

## 06. NORMATIZAÇÃO JUDICIAL A DIREITOS INDIVIDUAIS

A confrontação de interesses individuais, de qualquer ordem, obriga à consideração do que está positivado na norma, verificando-se os seus propósitos, os valores nos quais está fundamentada, o sentido de Justiça nela embutido.

Isto se dá, pois “o direito opera por comandos abstratos. A realização desses comandos efetua-se através da atividade decisória judicial que, concretizando o imperativo abstratamente posto, cria a norma individual.”<sup>53</sup>

Considerando-se o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, no qual o juiz assume feição moderna, fica submisso somente à norma condizente com a Constituição, tornando-se verdadeiramente “centro de produção normativa.”<sup>54</sup>

Como já foi salientado, a aplicação da norma decorrente de sua interpretação e adequação ao caso concreto, é inegavelmente a particularização direcionada à situação em análise. Torna a norma jurídica sólida e atuante, não obstante a um único processo e às partes nele envolvidas.

Não há dúvida de que esta realização implica em forma de criação do direito, de produção da norma individual referente à ação específica:

---

<sup>53</sup> CAMPILONGO, Celso. Art. A legitimação democrática da jurisdição, in Estado de São Paulo, 25.01.97, p. A2.

<sup>54</sup> LUZ, Sérgio Roberto Baasch. Op. cit. p. 38.

Conforme salientado pelo douto publicista Alípio Silveira, em estudo versando sobre a aplicação das leis pelo Judiciário, deparam-se conceitos, como o de Hauriou, de haverem os tribunais conquistado “o direito de interpretar as leis pelos princípios”; o de Del Vecchio, para o qual o juiz, no momento da interpretação da lei, “nunca ou quase nunca, é passivo em face dela”; e os do nosso Ruy, ao traçar a força da Jurisprudência: “Ninguém ignora, hoje em dia, que a Jurisprudência modifica incessantemente as leis do Direito Privado. Toda codificação, apenas decretada, entra, sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais.”<sup>55</sup>

O que se disse a respeito da Justiça Penal, serve também para o contexto geral das atuações do Poder Judiciário:

A função do juiz penal moderno, por conseguinte, não se limita à condução e decisão das ações penais que tem ao seu encargo. Avança em direção à busca de efetivas soluções, inserindo-se no espaço sociopolítico como agente de transformação...<sup>56</sup>

As considerações feitas por SÉRGIO LUZ a respeito, merecem transcrição:

---

<sup>55</sup> MARREY, Adriano. Apresentação da obra Teoria e Prática do Júri. MARREY, Adriano et alli. 6 ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 7/8.

<sup>56</sup> MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Art. Direito Penal e Solução da Criminalidade in Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, março/2000, p. 41, vol. 269.

A assunção do papel de agente político pelo Juiz é fundamental no sentido de assegurar a legitimação de suas decisões. A proximidade e o contato direto entre cidadãos e representantes do Poder Judiciária tornam conhecidas as decisões destes, facultando aos jurisdicionados maior acesso à Justiça.<sup>57</sup>

E finaliza, citando FERNANDO RUIVO<sup>58</sup>:

*Essa proximidade e participação, segundo Fernando Ruivo, “além de legitimar o processo de tomada de decisão do aparelho judicial, vêm, assim, também legitimar globalmente toda a sociedade”.*

O comando normativo serve como norte para a prolação da decisão judicial, devendo o juiz considerá-lo ao apreciar a questão submetida a julgamento. Nesta condição, competir-lhe-á verificar se a lei posta, ao ser implementada ao caso em exame, estará de acordo com as evoluções da sociedade, com aquilo que se tem como objetivo atual, se ela atende aos propósitos de consecução da paz social, do bem comum, dos interesses e valores que devem ser realmente considerados.

E em assim o fazendo, estará determinando uma lei específica para aquela situação, individualizando a norma genérica, traçando-lhe uma característica particular, que obrigará aos envolvidos no processo.

---

<sup>57</sup> LUZ, Sérgio Roberto Baasch. Op. cit. p. 36.

## 07. NORMATIZAÇÃO JUDICIAL A DIREITOS DIFUSOS OU COLETIVOS

A dinâmica do Direito trouxe à lume os denominados direitos difusos ou coletivos, que se distinguem dos direitos individuais em face de representarem pretensões que atingem à coletividade, ou a uma coletividade determinada.

Difere pelo aspecto de que os direitos individuais relacionam-se à pretensão de um indivíduo, um grupo ou de mais de um grupo de indivíduos que residem na lide, sendo identificados e conhecidos. Isto quer dizer que apesar de poder haver a composição de um grupo, têm seus integrantes algo em comum, denominando-se de interesses metaindividuais.

Diversamente, quando se trata de direitos difusos ou coletivos, não se cogita da indicação precisa de quem sejam as pessoas beneficiadas com a sentença, bastando ser possível identificar o direito que lhes deve ser reconhecido<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> RUIVO, Fernando. Direito e Justiça. São Paulo: Forense, 1976, pp. 83-84.

<sup>59</sup> Contudo, mesmo dentro dessa categoria intermediária, foi possível ir além, estabelecendo-se uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria *determinada* de pessoas (ou, pelo menos, *determinável*) e os que atingem um grupo *indeterminado* de indivíduos (ou de difícil determinação). Assim, os condôminos, os sócios, os empregados que acima foram mencionados, todos eles são determinados ou possíveis de determinar, à vista da certidão imobiliária, dos estatutos, dos registros cabíveis. Interesses há, entretanto, embora comuns a toda uma categoria de pessoas, em que não se pode determinar com precisão quais os indivíduos que se encontram concretamente por eles unidos: é o que ocorre com a situação variável dos moradores de uma região, dos consumidores de um produto, dos turistas que freqüentam periodicamente um lugar de veraneio. Nestes casos, convencionou-se chamar estes últimos interesses de *difusos*, porque,

É o caso da Lei que regula a ação civil pública<sup>60</sup>, que estabelece a condição da responsabilização por danos morais e patrimoniais ocasionados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro de interesse difuso ou coletivo e, ainda, por infração de ordem econômica.<sup>61</sup>

A perfeita configuração dos direitos por ela tutelados, está assim explicitada:

E isso porque, simplesmente, não se vai encontrar o “titular”, o “dono” do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua “partição” ou “fracionamento” (a chamada “indivisibilidade do objeto”) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos “titulares” (a chamada “indeterminação dos sujeitos”). Basta pensar, v. g., nos consumidores de certo produto (Lei 7.347/85, art. 1º, II; que do CDC, art. 2º): quantos são? Quais são? Ou ainda, no caso da tutela ao meio ambiente: a quem concerne o interesse pela preservação do pantanal matogrossense: aos “pantaneiros” somente? Aos habitantes do Estado? Aos brasileiros? Ou já a toda a humanidade, já que se trata de um santuário ecológico cuja defesa extravasa os lindes meramente geográficos?<sup>62</sup>

---

além de transindividuais, dizem respeito a titulares dispersos na coletividade. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: RT, 1988, p. 9).

<sup>60</sup> Lei n. 7.347, de 25 de julho de 1985.

<sup>61</sup> Conforme estabelece o art. 1º, incisos I a V.

<sup>62</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 5 ed. São Paulo: RT, 1997, pp. 75/76.

A legitimidade para propor a ação – principal e cautelar -, é conferida ao Ministério Público, União, Estados e Municípios, como autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação constituída nos termos da lei civil, que inclua dentre suas finalidades a proteção dos direitos a ser perseguidos.<sup>63</sup>

Decidindo-se questões desta natureza, onde os interesses de muitos estão sendo representados por entidades a quem a lei confere a representação judicial, independentemente de concessão de mandato, estará o juiz individualizando o direito, normatizando as condutas para a causa determinada. Advirá de seu comando a ordem legítima para que alguém faça ou se abstrai de fazer alguma coisa, v. g.: deixar de edificar em área de preservação ou por ofender a construção o patrimônio paisagístico; proibição de derrubada de prédio considerado de valor histórico; obrigatoriedade de reparos em face de medidas que vieram a provocar prejuízo ao meio ambiente, área paisagística etc.; reparação patrimonial de dano, dentre outras como o afastamento de Prefeito Municipal por ato de improbidade administrativa<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> De acordo com a disposição do art. 5º *caput* e incisos I e II.

<sup>64</sup> Por outro lado, quando se tratar de acusação por prática de atos de improbidade administrativa apurados mediante ação civil pública, é viável (assim como no processo penal) o afastamento preventivo do alcaide como expressamente previsto no par. único do art. 20, da Lei n. 8.429/92. Registre-se que a ação civil pública se constitui instrumento hábil para tanto, porque qualquer ato ilícito praticado pelo administrador público (*lato senso*) que nessa qualidade, fere interesse público difuso ou coletivo, subsumindo-se à hipótese normativa prevista no art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, decorrendo daí, por expressa previsão constitucional (art. 129, III), a legitimação do Ministério Público para o manejo dessa actio. (MACHADO, Nilton João de Macedo e BOLLMANN, Vilian. Art. Considerações sobre Afastamento de Prefeitos à Luz do Ordenamento Brasileiro. Site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR – Doutrina).

Da mesma forma se observam as disposições da Lei Ambiental<sup>65</sup>, que dispõe acerca das sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, buscando preservá-lo às atuais e futuras gerações.

Procura-se, ao estabelecer claramente quais os crimes e infrações referentes à proteção da fauna e flora, preservar a coletividade dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, como a qualidade do ar e das águas, a manutenção da natureza com a continuidade de existência das florestas e animais silvestres, combatendo de forma explícita as atividades poluidoras.

Trouxe à baila uma inovação no campo jurídico-penal brasileiro, consistente na responsabilização penal da pessoa jurídica, instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil<sup>66</sup>, ao ditar<sup>67</sup>:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

As preocupações da sociedade, no caso, sobrelevam-se a quaisquer outras, por força dos danos provocados ao meio ambiente a partir do século XX, os quais suplantam absolutamente tudo quanto foi provocado nos séculos anteriores.

---

<sup>65</sup> Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

<sup>66</sup> Em seu art. 225, § 3º.

<sup>67</sup> Art. 3º *caput* da Lei 9.605/98.

Aliás, no que respeita à área penal, deve-se dizer que os direitos coletivos não estão protegidos somente pelas novas leis, mas já têm proteção de há muito, como se observa, dentre outras disposições, nas contidas na legislação antitóxicos<sup>68</sup>, que visa evitar genericamente a dependência física e/ou psíquica a substâncias entorpecentes.

Muitas outras situações poderiam ser indicadas como de interesse geral e, portanto, difuso ou coletivo: as regras atinentes ao sistema de previdência, que atingem aos que estão no mercado de trabalho como aqueles que nele irão ingressar; as questões referentes à possibilidade ou não de concessão de medidas judiciais para defesa de certos interesses, pois que defendendo o interesse estatal, se contrapõem aos direitos ou às expectativas de direitos de muitos.

Nesta conformidade, tudo quanto se disse a respeito da normatização judicial a direitos individuais vale para a normatização judicial a direitos difusos ou coletivos. A interpretação da norma a cada caso, a utilização da discricionariedade regulada e a aplicação respectiva, devem atender aos preceitos já esclarecidos, fazendo a lei para o direito discutido.

Difere da individualização a direitos cujos titulares são conhecidos, por atingir a todos indistintamente, tornando desnecessária a repetição de pedidos em juízo para o disciplinamento da questão. Não obstante tal característica, deflui de uma decisão que tem o condão de vincular os atos e comportamentos respectivos.

---

<sup>68</sup> Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976.

## 08. CONCLUSÃO

A produção da norma está caracterizada por dupla faceta: a construção advinda da utilização de idéias, preceitos, interesses sociais, levando à sua transformação em direito positivo, por meio da atuação do Poder Legislativo; a utilização da lei concretizada para os casos concretos, afastando-se da abstração nela embutida para torná-la presente, viva e impositora de direitos e obrigações, quando se tem a atuação do Poder Judiciário.

Conveniente dizer que o processo de construção da norma no âmbito legislativo, deve ter como pressupostos a ponderação, a reflexão, a previsão de seu alcance – seja no aspecto temporal como no que respeita à sua utilidade -, a fim de que possa ser perene, o mais possível.

Todavia, esta realidade não se tem verificado de forma ampla, como se constata pela tônica das leis criadas ultimamente em nosso país.

Cabe então indagar-se do propósito do Direito: A regulamentação de hipóteses que possam vir a ocorrer no âmbito da sociedade, prevendo suas características, indicando suas conseqüências, tudo com o objetivo de preveni-las ou ordená-las.

Isto se faz, como já mencionado, inicialmente pela transformação dos preceitos comuns aos integrantes da sociedade organizada em disciplinamento positivado.

Volta-se a fazê-lo quando os conflitos saem do campo hipotético e acontecem na vida real, vez que sobre eles deverá incidir. Neste momento, a norma codificada terá sua configuração individual, a concretização àquela situação.

Para que isto ocorra de forma satisfatória, obrigatória a incidência da tríplice motivação da Política Jurídica: Justiça, Utilidade Social e Segurança Jurídica.

Justiça como ideal por todos perseguido, contemplando ideário de liberdade e igualdade, atendendo-se às aspirações da sociedade, cotejando-as com o contido na lei; utilidade social, pela antevisão dos benefícios que a ela advirão pela implementação ou não daquele comando e, por fim, segurança jurídica, tendo-se em conta a possibilidade de previsão do resultado, a antevisão do que possa vir a ser decidido, respeitada a discricionariedade judicial.

Vê-se, por fim, que o processo de construção da norma é dinâmico, começa pelas necessidades e anseios da comunidade e da organização política, mas continua ainda depois de sua concretização. As decisões judiciais, que a normatizam a cada caso, igualmente contribuem para seu aprimoramento, vez que representam fontes de raciocínio e de consolidação de novas tendências fundamentais para sua alteração.

Em conclusão, é inegável que a atuação do julgador implica na concretização do direito posto, fazendo-o de maneira a distribuir a real Justiça, no sentido verdadeiro que deflui do termo. Cria nova configuração à norma em cada decisão, pois ao decidir, estará traduzindo o comando nela embutido àquela situação particular.

É esta sua tarefa e é isto que dele se exige. Para fazer jus à sua condição, deverá agir tendo sempre presente o que virá a ser útil à sociedade, o que lhe trará o sentido de segurança, e o que virá a espargir Justiça.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Weber Martins. Direito Penal e Direito Processual Penal. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, 269 p.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Bushatsky, 1978, 319 p.
- CAMPILONGO, Celso. Art. A legitimação democrática da jurisdição, in Estado de São Paulo, 25.01.97, p. A2.
- Constituição da República Federativa do Brasil. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2.000, 279 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, 163 p.
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.
- DOBROWOLSKI, Silvio. Art. A Constituição e a Escola Judicial in Revista da ESMESC. Curitiba: Juruá, 1995, pp. 243/270, vol. 1.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Localização sistemática.
- FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal. Trad. Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1999, 546 p.
- GRINOVER, Ada; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6 ed. São Paulo: RT, 1997, 315 p.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1980, 470 p., v ol. 3, t.1.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. 5 ed. Lisboa: Fundação Calauete Gulbedian, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. Eficácia ed autoritá della sentenza. Giufre: Meleno, 1983, 319 p.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Princípio da Legalidade Penal. São Paulo: RT, 1994, 191 p.
- LUZ, Sérgio Roberto Baasch. O Poder Judicial e a Produção da Norma Individual. Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. 1999, 130 p.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 509 p., vol. 1.
- MACHADO, Nilton João de Macedo e BOLLMANN, Vilian. Art. Considerações sobre Afastamento de Prefeitos à Luz do Ordenamento Brasileiro. Site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR – Doutrina.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 5 ed. São Paulo: RT, 1997, 356 p.
- MARREY, Adriano. Apresentação da obra Teoria e Prática do Júri. MARREY, Adriano et alli. 6 ed. São Paulo: RT, 1997, 1008 p.
- MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Art. Direito Penal e Solução da Criminalidade in Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, março/2000, pp. 38/46, vol. 269.
- \_\_\_\_\_. Prova Criminal. Modalidades. Valoração. Curitiba: Juruá, 1996, 141 p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, 426 p.

- \_\_\_\_\_. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: RT, 1988, 152 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978, 144 p.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, 136 p.
- \_\_\_\_\_. Temas Atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris/GPGD-UFSC, 1994, 88 p.
- \_\_\_\_\_. Temas Atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris – UNIVALI, 1998, p.
- MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Cristina Murachco. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 841 p.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 499 p.
- \_\_\_\_\_. Introdução ao Estudo do Direito. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 185.
- NERY JUNIOR, Nelson et all. Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: RT, 2686 p.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1987, \_\_\_\_ p.
- ROBERT, Paul *Apud* DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais.

RUIVO, Fernando. Direito e Justiça. São Paulo: Forense, 1976, 168 p.

RUSSEL, Bertrand. O Poder, uma nova análise social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979, 189 p.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.

WEBER, Max *apud* BENDIX, Reinhard. Um perfil intelectual. Brasília: U.N.B., 303 p.