

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

ELVIRA MARIA BORGES DE MACÊDO

**O JUIZ E O ATO DE JULGAR: *MERO APLICADOR*
*DA LEI OU CRIADOR DO DIREITO?***

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2003

**O JUIZ E O ATO DE JULGAR: *MERO APLICADOR DA LEI*
*OU CRIADOR DO DIREITO?***

ELVIRA MARIA BORGES DE MACÊDO

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado

Dissertação apresentada para obtenção do
título de Mestre em Direito Privado pela
Universidade Federal de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Saldanha.

FEIRA DE SANTANA, BAHIA

2003

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autor: Elvira Maria Borges de Macedo

Título: O Juiz e o Ato de Julgar: Mero Aplicador da Lei ou Criador do Direito?

Trabalho: Acadêmico Dissertação Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Mestre em Direito

IES: UEFS/UFPE

Área de Concentração: Direito Privado

Data de Aprovação: 10.05.2003

Prof. Dr. Raimundo Juliano Feitosa

Prof. Dr. Fabiano André de Souza Mendonça

Prof. Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Ficha Catalográfica – Biblioteca Central Julieta Carteado

Macêdo, Elvira Maria Borges de

M12j O juiz e o ato de julgar: mero aplicador da lei ou criador do direito? / Elvira Maria Borges de Macêdo. – Feira de Santana-Ba : [s.n.], 2003.

73 f.

Orientador : Nelson Saldanha

Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Universidade Federal de Pernambuco. Universidade Estadual de Feira de Santana.

1. Julgamentos. 2. Juizes. I. Saldanha, Nelson. II. Universidade Estadual de Feira de Santana. III. Título.

CDU: 343.15

**O JUIZ E O ATO DE JULGAR: *MERO APLICADOR DA LEI*
*OU CRIADOR DO DIREITO?***

ELVIRA MARIA BORGES DE MACÊDO

Feira de Santana, _____, de _____ de _____

**Prof. _____
Orientador - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE**

Prof. _____

Prof. _____

AGRADECIMENTO

Ao Prof. Dr. Antônio Brasileiro, pertencente ao quadro da Universidade Estadual de Feira de Santana, que, apesar de atuar em área diversa à de Direito, pois é Doutor em Letras, é também um filósofo por opção de estudo e de vida. A ele devo muita das referências bibliográficas e a orientação na abordagem filosófica do tema escolhido.

“O juiz que se acostuma a administrar a justiça é como o sacerdote que se acostuma a dizer missa. Feliz o velho pároco do interior que até o último dia experimenta, ao se aproximar do altar com o vacilante passo senil, aquela sagrada perturbação que o acompanhou, padre novato, em sua primeira missa; feliz o magistrado que, até o dia que precede a aposentadoria compulsória, experimenta, ao Julgar, aquele sentimento quase religioso de consternação que o fez estremecer cinqüenta anos antes, quando, nomeado pretor, teve de pronunciar sua primeira sentença”

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um Advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RESUMO

A cada dia milhares de ações chegam a Justiça e o juiz, por imposição legal, deve decidir as questões postas sob julgamento. Indagamos então: no exercício de seu papel de julgador, o juiz é um mero aplicador da lei ou criador do direito? Este é o tema de nosso trabalho. Na busca de uma resposta para esta indagação, iniciamos nossa dissertação com uma visão geral acerca do positivismo jurídico, nos fixando, principalmente, na obra de Hans Kelsen – Teoria Pura do Direito. Enfrentamos, em seguida, mais uma questão: o que é o direito? Assim o fizemos buscando não uma conclusão definitiva, mas, tão somente, para demonstrar a atualidade desta questão. A partir desses estudos, passamos a nos concentrar na figura do juiz, tentando responder a questão principal: Qual é o real papel do juiz? Mero aplicador da lei ou criador do direito? – ressaltando, neste ponto, o papel de julgador como hermeneuta. Percorrido este caminho, sentimos necessidade, antes de finalizar o trabalho, de ratarmos um pouco sobre o valor justiça, e para tanto escolhemos as palavras de dois mestres: Platão e Heidegger. Finalmente, concluimos que a função judicial é criativa. A decisão judicial é direito individualizado que passa a integrar o ordenamento jurídico, renovando-o e, muitas vezes, acrescentando-lhe algo novo.

Palavras chaves: O papel do juiz.

ABSTRACT

Each days thousands of new suits are filed and the judge must decide the questions stated before him, for the law doesn't allow him to remain silent. So we ask: as he plays his role, is the judge a mere tool to enforce the law or a real creator of the right? This is the theme of our work. Searching for an answer to this question, we start our dissertation with a general view of the called "juridical positivism", paying special attention to the work of Hans Kelsen, "Pure Theory of Law". Second, we face one more question: what is right? We did so, not looking for a definitive conclusion, but just to demonstrate how present the matter remains. Starting from these studies, we try to answer the main question: what is real role of the judge? An instrument of the Law or its creator? - pointing out his function as an interpreter of the law. After this path, we felt we should say something about the value "justice", and to do so we chose the words of two great philosophers: Plato and Heidegger. Finally, we conclude the function of the judge is creative: a judge's decision is individualized law, which becomes part of the legal structure, renewing it and many times, adding to it something new.

Key words: The role of the judge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - Considerações preliminares: o positivismo jurídico e o papel do juiz	13
CAPÍTULO II - O julgador e o ato de julgar: julgando com ciência e com consciência	28
2.1. Julgando com ciência: o que é o direito?	31
2.2. Julgando com consciência: limites impostos ao julgador (internos e externos)	39
CAPÍTULO III - O julgador e o ato de julgar: mero aplicador da lei ou criador do direito?	52
CAPÍTULO IV - Sobre a Justiça	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	70