

ARTIGOS ORIGINAIS

Reflexões sobre a criação judicial do Direito e seus limites no Estado de Direito¹

*Reflections on judicial creation of law and its boundaries
within the Rule of Law*

*Reflexiones sobre la creación judicial del Derecho y sus
límites en el Estado de Derecho*

Flávio da Silva Andrade ²

Universidade Federal de Minas Gerais (MG - Brasil)

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9592306654276563>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9571-6551>

DOI: <https://doi.org/10.65674/rev-trf3.v37i163.738>



Este é um artigo publicado em Acesso Aberto (*Open Access*), sob a licença *Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY)*, que permite o uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, desde que o trabalho original seja corretamente citado. Os autores mantêm os direitos autorais.

¹ O presente estudo expande e densifica ideias anteriormente expostas em texto de minha autoria (Andrade, 2024), publicado na coluna "Opinião" do site "Consultor Jurídico".

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (MG - Brasil). Juiz Federal, vinculado ao TRF da 6ª Região, membro da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Uberlândia/MG.

RESUMO: O artigo examina o fenômeno da criação judicial do Direito e os desafios inerentes à sua prática no ordenamento jurídico contemporâneo. O estudo objetiva analisar em que medida os juízes, para além da aplicação de normas previamente estabelecidas, exercem uma função criativa na produção de normas jurídicas, especialmente diante de lacunas normativas, omissões constitucionais ou regulamentares, ambiguidades e conceitos indeterminados do ordenamento. A investigação aborda o ativismo judicial, distinguindo a interpretação criativa legítima da atuação que extrapola os limites constitucionais da função jurisdicional. Ao final, aponta as balizas e os limites dentro dos quais o Poder Judiciário pode criar o Direito, de modo a assegurar a solução adequada dos conflitos de interesses sem comprometer a separação dos poderes e a segurança jurídica. Para tanto, emprega o método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante uma investigação do tipo teórica, exploratória e qualitativa, lastreada em consulta bibliográfica e jurisprudencial. Conclui-se que a criação judicial do Direito é um instrumento de vitalidade da justiça; todavia, não confere aos juízes uma licença para o arbítrio ou para o voluntarismo. Portanto, o julgador deve intervir criativamente apenas quando o ordenamento jurídico se mostra insuficiente para oferecer uma resposta justa e isonômica ao conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Criação judicial do Direito; separação de poderes; ativismo judicial; hermenêutica judicial; limites; segurança jurídica.

ABSTRACT: This article examines the phenomenon of judicial creation of law and the challenges inherent to its practice within the contemporary legal order. The study aims to analyze the extent to which judges, beyond applying pre-established norms, exercise a creative function in the production of legal rules—particularly when addressing legal gaps, constitutional or regulatory omissions, ambiguities, and indeterminate legal concepts. The investigation addresses judicial activism, distinguishing legitimate creative interpretation from actions that overstep the constitutional boundaries of the jurisdictional function. Ultimately, the paper identifies the guidelines and limits within which the Judiciary may create law to ensure the proper resolution of interest conflicts without compromising the separation of powers or legal certainty. To this end, it employs the hypothetical-deductive method through a theoretical, exploratory, and qualitative investigation, grounded in a review of the literature and case law. It is concluded that judicial law-making is an instrument that ensures the vitality of justice; however, it does not grant judges a license for arbitrariness or voluntarism. Therefore, the judge should intervene creatively only when the legal system proves insufficient to offer a fair and equitable resolution to the conflict.

KEYWORDS: Judicial creation; separation of powers; judicial activism; judicial hermeneutics; limits; legal certainty.

RESUMEN: El presente artículo examina el fenómeno de la creación judicial del Derecho y los desafíos inherentes a su práctica en el ordenamiento jurídico contemporáneo. El estudio tiene como objetivo analizar en qué medida los jueces, más allá de la aplicación de normas previamente establecidas, ejercen una función creativa en la producción de normas jurídicas, especialmente ante lagunas normativas, omisiones constitucionales o reglamentarias, ambigüedades y conceptos indeterminados del ordenamiento. La investigación aborda el activismo judicial, distinguiendo la interpretación creativa legítima de la actuación que extrapola los límites constitucionales de la función jurisdiccional. Al final, se señalan las pautas e límites dentro de los cuales el Poder Judicial puede crear el Derecho, a fin de asegurar la solución adecuada de los conflictos de intereses sin comprometer la separación de poderes y la seguridad jurídica. Para ello, se recurre al método hipotético-deductivo, mediante una investigación de carácter teórico, exploratorio y cualitativo, basada en la consulta bibliográfica y jurisprudencial. Se concluye que la creación judicial del Derecho es un instrumento de vitalidad de la justicia; sin embargo, no confiere a los jueces licencia para el arbitrio o el voluntarismo. Por lo tanto, el juez debe intervenir de forma creativa únicamente cuando el ordenamiento jurídico se muestra insuficiente para ofrecer una respuesta justa e isonómica al conflicto.

PALABRAS CLAVE: Creación judicial del Derecho; separación de poderes; activismo judicial; hermenéutica jurídica; límites; seguridad jurídica.

SUMÁRIO:

| | |
|--|----|
| 1 Introdução..... | 4 |
| 2 Criação judicial do Direito: dimensão criativa necessária à concretização da justiça | 5 |
| 3 Balizas e limites ao poder criador do juiz no Estado de Direito | 12 |
| 4 Considerações finais | 17 |
| Referências | 19 |

1 Introdução

A estrutura do Estado moderno fundamenta-se em bases teóricas que remontam ao século XVIII. O Barão de Montesquieu sistematizou a divisão funcional do poder em sua obra "*O espírito das leis*" no ano de 1748, propondo a tripartição como um método de engenharia institucional para fragmentar a autoridade estatal e prevenir o arbítrio de um governante onipotente. A premissa central estabelecia que o poder deveria atuar como um freio ao próprio poder para salvaguardar a liberdade do cidadão (Montesquieu, 1996, p. 25-26 e p. 160-179).

No entanto, o advento do Estado Constitucional de Direito exigiu uma atualização dessa doutrina clássica. A ciência jurídica atual compreende o poder estatal como uma unidade indivisível que se manifesta por meio de diferentes funções estatais. No constitucionalismo moderno, fala-se em divisão de tarefas estatais, em distribuição de atividades entre distintos órgãos autônomos e independentes, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" (*checks and balances*) (Moraes, 2018, p. 77-81).

Nessa perspectiva, o legislador detém a atribuição primária de inovar no ordenamento jurídico e produzir o direito positivo conforme a vontade popular. O administrador público exerce a gestão dos interesses coletivos no âmbito do Poder Executivo sob o império da lei. O magistrado, por sua vez, desempenha a função de solucionar as controvérsias jurídicas mediante a aplicação da norma ao caso concreto no exercício da jurisdição.

A separação rígida funcionou durante o auge do positivismo exegético, mas ela se mostrou insuficiente para lidar com a complexidade e fluidez das relações sociais contemporâneas. As demandas da sociedade atual frequentemente exigem que o julgador enfrente cenários que o Parlamento não previu ou que o texto legal descreveu de maneira excessivamente aberta.

Neste trabalho acadêmico, pretende-se ampliar e aprofundar as reflexões sobre a possibilidade, as balizas e os limites da criação do Direito pelo Poder Judiciário em um Estado de Direito. Juízes podem criar normas? Há um poder criativo do Judiciário? Quais seus limites?

Quanto à metodologia do estudo, cumpre registrar que foi empregado o método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante uma investigação do tipo teórica, exploratória e qualitativa, lastreada em consulta bibliográfica e jurisprudencial.

O tema não é novo, mas se revela atual e relevante por estar ligado ao fenômeno do ativismo judicial, entendido como extrapolação dos limites estabelecidos para o exercício do poder jurisdicional, sendo comuns as críticas formuladas por quem vê posturas ativistas excessivas na atuação dos juízes, sobretudo dos ministros da Suprema Corte brasileira.

Assim, caso se adote uma posição favorável à criação judicial do Direito, almeja-se apontar os limites do poder construtivo do magistrado. O esclarecimento dessas linhas é essencial em um Estado de Direito e de perfil democrático, pautado pela concepção de divisão de funções estatais (art. 2º da Constituição Federal de 1988) e no qual o magistrado deve agir de forma técnica, independente e imparcial, distante das ideologias e paixões políticas, sempre buscando a solução mais justa para os conflitos de interesses trazidos à sua apreciação.

2 Criação judicial do Direito: dimensão criativa necessária à concretização da justiça

O ato de julgar conflitos de interesse é difícil, trabalhoso e complexo porque supera a simples tarefa mecânica de enquadrar o fato em uma moldura legal pronta. O membro do Poder Judiciário precisa interpretar normas, suprir lacunas normativas, omissões regulamentares, aclarar conceitos vagos, valorar provas e fundamentar bem a sua decisão, sem desconsiderar as consequências de seu provimento.

Nesse contexto, cabe questionar se, no exercício dessa atividade, em algumas situações, o magistrado também produz o Direito? Se também pode criar normas? As indagações sobre tal possibilidade sempre provocaram polêmicas no âmbito da ciência jurídica e, ainda hoje, há pesquisas e debates sobre o tema, uma vez que apresenta fortes conexões com o ativismo judicial, caracterizado por uma atuação excessivamente proativa do Poder Judiciário, a qual por vezes viola a separação dos poderes e interfere na esfera de ação do Legislativo.

No positivismo legalista (ou formalismo exegético), entendia-se que os juízes simplesmente aplicavam as normas, que eram sempre criadas pelo legislador. Para essa escola, os juízes deveriam atuar como “boca da lei” (Montesquieu), aplicando mecanicamente as normas via subsunção, sem espaços para criatividade a fim de se garantir a separação dos poderes (Sabbag Neto, 2024, p. 42-43). Nessa perspectiva, os juízes são apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (Montesquieu, 1996, p. 175).

No positivismo reformado, capitaneado por Hans Kelsen e Hebert Hart, passou-se a entender que a criação de normas jurídicas não é uma tarefa exclusiva do legislador, mas também dos juízes quando se deparam com textos indeterminados, com pluralidade de sentidos e também com os chamados casos “difíceis” ou “imprevistos”, em que os magistrados precisam atuar de maneira discricionária e intersticial (não geral, mas casuística), preenchendo as lacunas deixadas pela lei, criando normas individuais para tais casos e adaptando os preceitos às circunstâncias concretas. Kelsen, no capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, refere-se expressamente à possibilidade de o juiz criar normas individuais para casos que se situam fora da “moldura” (quadro) (Kelsen, 1994, p. 390-393). Hart justifica a atividade criativa do juiz em razão da “textura aberta do Direito”, da existência de “zonas de penumbra” ou “zonas cinzentas”, situações que, em sua visão, reclamam a criação discricionária de normas específicas, conforme o caso particular (Sabbag Neto, 2024, p. 49-63). Essa corrente enfatiza, em tais hipóteses, a discricionariedade do juiz no exercício dessa tarefa criadora.

Já no positivismo moderado de Norberto Bobbio, a função principal do juiz é aplicar a lei, mas ele pode recorrer a seu poder criativo para preencher lacunas e conciliar dispositivos conflitantes (antinomias). Assim, “o juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir Direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores” (Bobbio, 1999, p. 56). Nesses casos, segundo o autor, o julgador pode exercer um papel criativo a fim de garantir que o ordenamento jurídico seja completo e coerente (Bobbio, 1999, p. 145). Fica claro, porém, que tal função criadora deve ser exercida dentro de um ordenamento

estruturado, com observância de métodos, de forma a limitar a discricionariedade judicial (Nader, 2014, p. 226-227).

Por sua vez, as escolas do realismo jurídico defenderam a criação de normas pelos juízes e ainda foram muito além, na medida em que maximizaram o poder criativo dos juízes, entendendo que da interpretação dos textos resulta a norma, ou seja, esta é enxergada como resultado da interpretação judicial. Na visão de Oliver Holmes, Jerome Frank, Karl Llewellyn e Alf Ross, as leis são indeterminadas e os juízes é que criam as normas via interpretação volitiva, isto é, as normas só surgem após a decisão judicial (Sabbag Neto, 2024, p. 79-89).

Por outro lado, Ronald Dworkin colocou-se contrário à ideia de criação judicial do Direito, entendendo que o juiz, mesmo diante dos “casos difíceis”, não pode criar uma norma jurídica, pois não detém poder discricionário para tanto, devendo buscar a resposta correta a partir da integridade do Direito. Logo, sua proposta é determinar o Direito sem recorrer ao voluntarismo judicial (Sabbag Neto, 2024, p. 64-78). Segundo esse entendimento, quando os juízes não dispõem de normas para solucionar determinados casos, devem tomar as decisões com base em princípios, o que não significa que estarão a criar direitos. Nesse modelo, o julgador deve buscar a *resposta correta*, mas não se torna fonte criadora de normas jurídicas (Nader, 2014, p. 232).

Como se vê, no debate acadêmico sobre o tema, há duas correntes no sentido da possibilidade de criação judicial do Direito. A primeira, defendida pelo positivismo reformado ou moderado, retrata a concepção de criação judicial em sentido fraco ou impróprio, uma vez que limita, restringe o poder criativo do magistrado a determinadas situações, a certos casos, quando imprescindível para a resolução de conflitos levados ao Judiciário. A segunda, patrocinada pelo realismo jurídico, representa a ideia de criação judicial em sentido forte ou próprio, já que amplia tal poder, permitindo ao juiz criar um novo Direito, novas normas, para além da lei ou mesmo contra ela.

Em obra recente sobre o assunto, Luigi Ferrajoli rejeita frontalmente a ideia de uma atuação “criativa” por parte do juiz, seja em sentido fraco ou em sentido forte, posicionando-se contra o que ele denomina “criacionismo judicial”. Para o referido autor, a jurisdição não pode ser concebida como uma atividade criativa, mas de natureza cognitiva (voltada ao alcance da verdade processual), fundamentada num modelo que denomina de “positivismo garantista”. No seu ponto de vista, onde há interpretação não há criação, e vice-versa. Ele acredita que o uso ambíguo da linguagem acaba por servir de aval ao “criacionismo em sentido forte”, ofuscando os limites da função judicial (Ferrajoli, 2025, p. 44, 167, 185).

Segundo Ferrajoli, a ideia de criação judicial do Direito viola a separação de poderes e o princípio da legalidade, havendo de se diferenciar a discricionariedade interpretativa, inerente à aplicação da lei, da criação arbitrária de Direito. Ele entende que o “Direito vigente” só pode ser produzido pelo legislador, ao tempo que também há um “Direito vivo”, emanado da argumentação interpretativa e da equidade, mas tal Direito deve sempre ser uma aplicação de normas preexistentes, não uma inovação no sistema jurídico (Ferrajoli, 2025, p. 107 e 134). O jurista italiano também rejeita a possibilidade de o juiz exercer a ponderação entre normas e princípios, como se pudesse escolher o que aplicar, devendo avaliar as nuances do fato (circunstâncias fáticas) para subsumi-lo da melhor forma à norma legal, sem nunca criar uma nova regra (Ferrajoli, 2025, p. 68-69 e 308).

A doutrina tradicional brasileira, representada por juristas como Carlos Maximiliano, sustentava uma visão contida sobre a hermenêutica, também refutando a criação de normas pelo juiz. Ele defendeu que “o intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes; deduz a nova regra, para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral” (Maximiliano, 2011, p. 39). Nessa perspectiva, o juiz teria legitimidade democrática apenas para aplicar normas, e não para produzi-las.

Entretanto, mesmo que se rechace a ideia da criação judicial do Direito, há de se admitir que, em determinados casos, quando se permite que o juiz colmate lacunas³, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do Direito, ou quando a lei o autoriza a decidir por equidade, acaba ele criando a norma jurídica a ser aplicada no caso⁴. O mesmo acontece quando o juiz é chamado a suprir uma omissão inconstitucional (legislativa ou regulamentar), derivada de uma inaceitável inércia do poder público. Nesses casos, o magistrado não se torna legislador, mas atua como se o fosse. Nessas hipóteses, conquanto não seja órgão legiferante, ele cumpre a função de elaborar o preceito que embasará a solução do caso concreto.

A concepção de juízes criadores do Direito foi magistralmente exposta por Mauro Cappelletti, na obra “Juízes legisladores?”, publicada no final dos anos 1980, em que defendeu o poder criativo dos juízes na perspectiva de integrar lacunas e concretizar direitos fundamentais sem que se cogitasse violação ao princípio da separação dos poderes. O professor italiano afirmou que a atividade interpretativa do juiz sempre implica, conforme as circunstâncias, a criação do Direito, não se admitindo, porém, que o julgador, agindo sem limites, queira assumir a condição de legislador, ignorando que este é quem detém a legitimidade democrática (Cappelletti, 1999, p. 21, 23-25).

No âmbito da Justiça Federal, um exemplo recente do poder criativo do juiz é a tese aprovada, em 12/08/2024, pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais no julgamento do PEDILEF 0001248-73.2022.4.05.8400/RN (Brasil, TNU, 2024). Trata-se do Tema 325 do referido colégio nacional, destinado a saber:

“[...] se o descumprimento do art. 4º, § 5º, da Lei n. 6.932/1981, que impõe às instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica o dever de oferecer aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência, enseja medidas que assegurem o resultado prático equivalente ou a conversão em perdas e danos”.

Diante da manifesta inércia regulamentadora do poder público, foi aprovada a seguinte tese:

³ Em diversas situações, conforme se verá a seguir, o juiz exerce uma “missão legislativa”, pois é chamado a “preencher o silêncio do legislador” (Rigaux, 2000, p. 322).

⁴ Como ensinou Maria Helena Diniz, “o Direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se se captar o Direito estaticamente. É ele lacunoso, mas sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio Direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável” (Diniz, 1997, p. 298).

“Até que sobrevenha a regulamentação do inciso III do § 5º do art. 4º da Lei n. 6.932/81, e independentemente de prévio requerimento administrativo e da renda, o médico residente possui direito ao auxílio-moradia, fixado em 30% do valor bruto da bolsa mensal, se a ele não for fornecida *in natura* a moradia” (Brasil, TNU, 2024).

Assim, nesse caso, chamado a responder e reconhecendo a omissão do poder público no que tange ao dever de oferecer aos residentes médicos a moradia *in natura*, o Poder Judiciário assegurou o direito de conversão do benefício em pecúnia. Em outras palavras, como não havia moradia *in natura* para a maioria dos residentes, os juízes conceberam uma norma que lhes garantiu o recebimento de uma quantia mensal a título de auxílio-moradia, de modo a obter o resultado prático equivalente, definindo ainda que o valor do benefício seria de 30% do valor bruto da bolsa mensal, até que sobreviesse a regulamentação, o que finalmente ocorreu com a publicação do Decreto nº 12.681, em 21 de outubro de 2025.

Dessa maneira, verifica-se uma notória função criativa do Judiciário quando o magistrado é chamado a preencher lacunas normativas⁵, suprir omissões legislativas⁶, dissipar antinomias⁷, reconstruir ou adaptar⁸ o sentido de regras obsoletas com o propósito de solucionar conflitos de determinada natureza, em contextos específicos. Nesses casos, aceite-se ou não, os precedentes obrigatórios assumem notório caráter geral e abstrato. Em tais situações, o juiz não pode ser enxergado como mero aplicador ou revelador do Direito, pois atua como criador de normas jurídicas. Não é possível, em tais circunstâncias, negar o poder criativo do magistrado.

O exercício da jurisdição não se limita a uma “estrita aplicação da lei”. Para Castanheira Neves, a atividade jurisdicional é, por natureza, “juridicamente criadora”, uma realidade que o autor considera uma “situação evolutiva” irreversível nas sociedades modernas. Em determinadas situações, o juiz não pode agir como se fosse um “simples burocrata” ou um “servidor passivo do legislador” (Neves, 1998, p. 10), pois a lei, muitas vezes, é insuficiente para responder à complexidade dos problemas sociais. E, nesses casos, o magistrado precisa ir além

⁵ No Tema 640, o STJ colmatou uma lacuna normativa ao definir o seguinte: “Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993” (Brasil, STJ, 2015). Essa falha só foi corrigida no texto legal com a inclusão, pela Lei nº 13.982/2020, do § 14 no artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

⁶ Durante décadas, inexistiu legislação que reconhecesse as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2011, o STF supriu essa omissão legislativa ao interpretar, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, o conceito de família de forma evolutiva e reconhecer a união estável homoafetiva, equiparando-a à heteroafetiva (Brasil, STF, 2011a e 2011b).

⁷ No Tema 786 do STF, foi fixada, por exemplo, a seguinte tese: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível” (Brasil, STF, 2021).

⁸ No Tema 593, o STF estabeleceu a seguinte tese: “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo” (Brasil, STF, 2017).

dos critérios jurídico-formais, convocando fundamentos “translegais” (valores e princípios) para orientar a “concretização” do Direito (Neves, 1998, p. 8-10).

Segundo o mestre lusitano, em certas circunstâncias, a atuação jurisdicional deve ser vista como uma atividade que concorre para a “constituição do Direito enquanto tal”, especialmente quando há lacunas na lei ou quando a norma legal se mostra inadequada ou, ainda, quando o juiz precisa decidir contra a letra da lei (*contra legem*), pensando no sistema e visando a alcançar a realização da justiça no caso concreto (Neves, 1998, p. 8, 10 e 30). Nesses casos mais complexos, para oferecer a *resposta correta*, desejada por Dworkin, a interpretação envolve um grau necessário de criatividade para solucionar o conflito de interesses.

Apesar de Maximiliano ter afirmado que a integração de lacuna por meio de analogia não configura criação de Direito novo, mas descoberta de Direito existente (Maximiliano, 2011, p. 65), a verdade é que há uma atividade criadora do juiz quando atua colmatando lacunas (voluntárias ou involuntárias), suprimindo omissões legislativas, corrigindo normas anti-isonômicas ou adaptando preceitos envelhecidos às novas realidades sociais (Menezes Direito, 2000, p. 35).

Conquanto Ferrajoli afirme que o magistrado não cria normas jurídicas, mas exerce uma discricionariedade interpretativa em determinados contextos (Ferrajoli, 2025, p. 167), é inequívoco que, em tais situações, não se pode imputar à lei, mas ao julgador, a criação das normas usadas para solucionar os casos trazidos à sua apreciação. Nesse sentido, Larenz asseverou que a integração de lacunas é um contributo de conhecimento criativo, “sendo justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação” (Larenz, 1997, p. 572-573).

Portanto, a jurisprudência, como fonte do Direito, traduz a função criadora dos magistrados, estando consolidada a ideia da produção judicial de normas jurídicas. Esse Direito de criação judicial é reconhecido, dentre outros, por J.J. Gomes Canotilho. Para ele, “a investigação e obtenção do Direito criadoramente feita pelos juízes ao construírem normas de decisão para a solução de casos concretos constitui um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes de Direito” (Canotilho, 2003, p. 704-705).

Na realidade, “no âmbito do processo decisório, os julgadores criam uma norma jurídica para o caso concreto, o que permite asseverar o papel criativo e construtivo do magistrado, [...] bem como atribuir à jurisprudência a condição de fonte do Direito, como modo de manifestação da normatividade jurídica” (Soares, 2019, p. 157-158). Sobre esse aspecto, Michael Kirby argumenta que a imprecisão da linguagem legal torna a função criativa do juiz inexorável para a resolução de casos: “Enquanto a linguagem humana permanecer imprecisa e a capacidade humana de prever o futuro for limitada, caberá aos juízes preencher as lacunas nas regras da lei”⁹ (Kirby, 2004, p. 30-31).

O papel criador do Judiciário também fica claro a partir das decisões com efeitos vinculantes proferidas a partir do controle de constitucionalidade realizado pela Corte Suprema brasileira, bem como nas decisões em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ou em mandados de injunção, uma vez que se

⁹ No original: “So long as human language remains imprecise and human capacity to predict the future limited, it will fall to judges to fill the gaps in the law's rules.”

passou a adotar uma diretriz mais concretista para viabilizar o exercício de direitos fundamentais, como pode ser verificado nos exemplos a seguir.

É sabido que a Constituição brasileira (art. 37, VII) condiciona o exercício do direito de greve dos servidores à edição de lei específica, mas tal lei nunca foi editada. Assim, diante da mora legislativa prolongada, o Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, determinou a aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989 (lei de greve da iniciativa privada) aos servidores públicos. Aqui houve, claramente, produção normativa judicial para viabilizar direito fundamental (Brasil, STF, 2008a; 2008b e 2008c).

Já no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o STF afastou a incidência dos crimes de aborto nos casos de anencefalia fetal. O Código Penal brasileiro não prevê essa hipótese, porém, com base na dignidade da pessoa humana e na proteção à saúde da gestante, a referida corte criou uma norma que exclui a tipicidade penal nesse caso (Brasil, STF, 2013).

Em 2019, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, o STF reconheceu mora legislativa na criminalização dos atos de homofobia e de transfobia, determinando a aplicação da Lei de Racismo (Lei nº 7.716/1989) até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema. Como o Parlamento brasileiro não havia editado uma lei criminal sobre o assunto, ficando caracterizada a omissão inconstitucional, o Pretório Excelso fez a equiparação de tais atos ao racismo para fins penais, criando uma norma penal de caráter provisório para disciplinar a matéria (Brasil, STF, 2020a e 2020b). Cabe ressaltar que há quem enxergue nessa decisão um ativismo exacerbado por parte do Corte Suprema (Klanovicz; Cordeiro, 2023).

Inegável, destarte, que os precedentes judiciais vinculantes são uma forma de criação judicial do Direito, pois a decisão tem força normativa, ou seja, tem força de lei, devendo ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública (art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da CF/1988). Ao discorrer sobre os métodos de desenvolvimento judicial do Direito, Karl Larenz demonstrou como os precedentes constituem resoluções essenciais para a constituição do "Direito judicial". Ele afirmou que a jurisprudência dos tribunais superiores, após algum tempo, acaba equivalendo a "direito vigente" (Larenz, 1997, p. 572-573 e p. 610-611).

Por outro lado, Thomé Sabbag Neto refuta a ideia de criação judicial de normas gerais e abstratas, por falta de legitimidade democrática (Sabbag Neto, 2024, p. 113-119 e p. 99-217). Todavia, quando o constituinte brasileiro adotou o modelo de precedentes vinculantes, conferiu, em alguma medida, caráter abstrato e geral às teses aprovadas nesse sistema, as quais, embora não vinculem diretamente os cidadãos, também os alcançam, uma vez que juízes e tribunais são compelidos a adotar a interpretação cogente.

Ademais, a criação judicial decorre também, como se vê, da imprecisão ou da insuficiência dos textos normativos. É comum o magistrado se deparar com palavras polissêmicas e conceitos indeterminados, que exigem uma definição no momento da aplicação prática. De fato, o legislador possui uma percepção finita e não consegue antecipar todos os casos e conflitos que podem surgir em uma sociedade dinâmica. Em razão disso, para evitar a paralisia do sistema de justiça, os magistrados preenchem esses interstícios, atuando para impedir o vácuo normativo, para corrigir distorções que ferem a isonomia ou para modernizar a

aplicação de regras que se tornaram obsoletas perante a evolução social. Essa atividade não ocorre fora do ordenamento jurídico, mas sim como um mecanismo de ajuste necessário para a própria integridade do sistema legal (Menezes Direito, 2000, p. 37 e 39).

Há autores que defendem que “a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do Direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente”. Essa corrente sustenta, com razão, que “a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do Direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei” (Mendes, Coelho e Branco, 2002, p. 96-97). Sustenta-se que a missão fundamental de realizar a justiça impede os magistrados de aplicar mecanicamente a lei, de forma que, no mundo moderno, não é possível nem desejável evitar a função criativa do juiz (Kirby, 2004, p. 10).

Contudo, o papel criativo do julgador ou a denominada “interpretação criativa” não pode ser utilizada fora das balizas delineadas pela ciência jurídica e pelo Estado de Direito, substituindo-se o intento inequívoco do legislador ou o conteúdo claro da norma legal pela vontade do julgador, em desrespeito à separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Uma argumentação criativa não pode servir de subterfúgio para que o juiz ignore as prescrições legais ou enxergue inconstitucionalidade inexistente com o objetivo (ilícito) de alcançar o resultado que ele próprio deseja.

Sobre esse aspecto, Umberto Eco aceitava o papel ativo do intérprete, na medida em que a interpretação nasce de uma conjectura do leitor sobre a “intenção do texto” (*intentio operis*) (Eco, 2005, p. 64 e 65), considerando que nem sempre o sentido do texto é completamente dado, sendo construído com a cooperação do intérprete (Eco, 2005, p. 74 e 75). Todavia, há limites para a interpretação, não se podendo aceitar a que não tenha apoio no texto ou aquela que dele se distancia para se pautar apenas na vontade do intérprete.

Entretanto, o referido mestre italiano rejeitou o que denominou de “superinterpretação”, entendida como a ação interpretativa que excede os limites que o texto pode legitimamente suportar, ignorando sua coerência interna (Eco, 2005, p. 56 e s). O autor refutou, com plena razão, o agir do intérprete que projeta ideias pessoais sem base textual, que constrói significados forçados para alcançar seu próprio intento, não o do texto. Nesses casos, o exegeta não interpreta o texto, mas o usa para, de modo arbitrário, criar normas e satisfazer a sua vontade, o que não pode ser aceito (Eco, 2005, p. 28, 29 e 80-81).

Assim, há de se admitir o poder criativo do juiz, podendo conceber normas ou construir sentidos para o texto, mas respeitando limites e parâmetros para não se trilhar os caminhos do voluntarismo e do decisionismo judiciais¹⁰. Dessa

¹⁰ “Ninguém ousaria mais sustentar que o juiz é apenas ‘a boca da lei’. Não obstante, as opiniões continuam a divergir sobre a necessidade e, portanto, sobre a extensão de seu poder de apreciação. As explicações precedentes sugerem que a aplicação do Direito não se reduz a um puro mecanismo, nem sequer a uma série de operações exclusivamente lógicas. Entre os conceitos que descrevem uma situação de fato e os que formulam a hipótese de uma regra de direito, não existe a harmonia preestabelecida que um simples silogismo, ou mesmo um encadeamento de silogismos, permitiria constatar. Não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é frequentemente obscuro,

maneira, apesar da visão de Dworkin e das críticas de Ferrajoli, que não reconhecem a ideia de criação judicial do Direito, nem mesmo num sentido fraco ou impróprio, atualmente está bem assentada a possibilidade da produção judicial de normas jurídicas em certos contextos ou em determinadas situações, pois a dimensão criativa integra a própria essência do ato de julgar em determinados cenários.

Logo, o Poder Legislativo não detém o monopólio da construção de normas jurídicas, podendo elas ser criadas pelo Judiciário em situações de lacunas, omissões legislativas, antinomias ou de regras completamente ultrapassadas. Nessas hipóteses, a interpretação judicial avança para um processo de criação, não podendo o magistrado ser visto como mero aplicador do Direito, como figura passiva, mas como alguém que cria a norma jurídica para resolver um conflito que se lhe foi apresentado numa realidade mais complexa (Grossi, 2007, p. 76-77).

Portanto, a corrente doutrinária intermediária, que aceita o poder de o juiz justificativamente criar normas em certas circunstâncias, é a que melhor resolve o impasse acadêmico no atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica. Não se pode negar a criação do Direito pelos juízes em situações específicas, assim como não se deve ampliar indevidamente seu poder de criar normas, o que não se coaduna com o Estado de Direito e com a concepção consagrada de divisão das tarefas estatais.

Diante disso, é imperioso estabelecer os contornos e as fronteiras desse poder criativo, de modo a assegurar seu exercício dentro de parâmetros juridicamente legítimos, pois a atividade criativa do magistrado não pode ser exercida de maneira livre e sem restrições. Como alertou Canotilho, se é legítimo e imprescindível o papel criativo do julgador, “problemática e objecto de controvérsia é a extensão deste direito de criação judicial” (Canotilho, 2003, p. 704-705). O esclarecimento desses limites hermenêuticos é vital para a manutenção da estabilidade democrática e do respeito institucional.

3 Balizas e limites ao poder criador do juiz no Estado de Direito

Como demonstrado, o juiz não é apenas um aplicador do Direito, estando superado o dogma do magistrado como mero repetidor da lei. Sendo assim, no exercício do ofício judicante, o julgador detém o poder de criar o Direito via atividade hermenêutica, mas esse poder evidentemente não é livre, irrestrito, só podendo ser exercido em situações específicas. Segundo Cappelletti, “[...] o juiz, embora inevitavelmente criador do Direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial [...]” (Cappelletti, 1999, p. 23).

Mesmo perante leis falhas ou normas indeterminadas ou inaceitavelmente injustas, o Poder Judiciário não pode criar preceitos conforme seu alvedrio (Maximiliano, 2011, p. 246). O julgador não pode atuar como um legislador,

antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora” (Rigaux, 2000, p. 71).

desprovido de mandato popular, que se deixa guiar por preferências ideológicas. A legitimidade do Poder Judiciário repousa no respeito ao Estado de Direito, na divisão das funções estatais e na racionalidade da fundamentação empregada em cada provimento jurisdicional.

A criação judicial de normas jurídicas precisa observar balizas e limites para que não se torne uma atividade ilegítima e indesejável. Só é legítima a produção judicial do Direito se for respeitado o sistema jurídico estabelecido. Há limites para a interpretação criativa, sendo censurável a leitura excessivamente livre, chamada de “superinterpretação” por Umberto Eco, como visto no tópico anterior. O juiz não é mero aplicador da lei ou simples revelador de um direito previamente constituído, podendo criar a norma jurídica em determinados contextos, desde que não o faça de forma arbitrária.

Nas hipóteses de lacunas normativas e quando se depara com textos legais defeituosos, obscuros ou completamente ultrapassados (Menezes Direito, 2000, p. 30), o juiz, que não pode eximir-se do dever de julgar (art. 140 do Código de Processo Civil – princípio da proibição do *non liquet*), deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito (art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010). Noutras palavras, diante da incompletude do Direito (omissões inconstitucionais, moras legislativas), o magistrado deve socorrer-se desses instrumentos de integração do Direito indicados pelo legislador para construir a norma que ditará a resolução do caso concreto (França, 2009, p. 137). Decerto, não pode preencher as lacunas como bem entender, segundo seus desejos pessoais, devendo utilizar os expedientes suplementares, que constituem formas de autointegração do ordenamento jurídico, pois a solução deve ser construída a partir de elementos do próprio sistema, não a partir de elementos estranhos (heterointegração) ou da discricionariedade do juiz.

Assim, a primeira forma de autointegração do Direito é a analogia, consubstanciada na aplicação, ao caso não disciplinado em lei, da norma jurídica que disciplina casos semelhantes (Gusmão, 2001, p. 237). Note-se, porém, que em matéria penal não é possível o emprego da analogia em desfavor do réu, havendo de se respeitar o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e art. 1º do Código Penal). Já no âmbito do processo penal é admitida a aplicação da analogia (art. 3º do CPP). O Código Tributário Nacional, por sua vez, estabelece que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei” (art. 108, § 1º).

Se não for possível socorrer-se da analogia para o preenchimento das lacunas, o intérprete deve recorrer aos costumes, definidos, por Dourado Gusmão, como “regras de conduta usualmente observadas em um meio social por serem consideradas juridicamente obrigatórias e necessárias” (Gusmão, 2001, p. 119-120). Entretanto, os costumes só podem servir para suprir a omissão da lei (*praeter legem*) se efetivamente forem observados no tempo e lugar em que o juiz presta jurisdição. Não pode o julgador orientar-se por sua própria conduta ou pelo comportamento da época em que ele viveu em certo local, havendo de atentar para a realidade e a época do local em que atua.

Se tais institutos não puderem ser invocados, a solução deverá ser buscada nos princípios gerais do Direito, máximas que se encontram na consciência dos povos e que são universalmente aceitas, dotadas de eticidade, equidade e que norteiam os ordenamentos jurídicos pelo mundo (Gusmão, 2001, p. 237-238). E

a experiência mostra que, perante lacunas, a grande generalidade e elasticidade desses princípios permitirá que o intérprete inteligente e criativo construa uma solução que retrate justiça, correção, adequação.

No entanto, embora a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB indique os princípios gerais do Direito como o último instrumento de preenchimento de lacunas normativas, Maximiliano ensinou que nem sempre é forçoso seguir, de modo invariável, fatal, a ordem descrita pelo artigo 4º da referida lei. A sequência ali indicada constitui uma regra não absoluta, na medida em que a melhor solução pode estar exatamente nos princípios gerais do Direito (Maximiliano, 2011, p. 246). Em matéria tributária, contudo, a lei expressamente impõe que, em situações lacunosas, a autoridade competente utilize, sucessivamente, a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de Direito Público e a equidade (art. 108 do Código Tributário Nacional).

Apesar de a jurisprudência não estar arrolada no referido artigo 4º, inegavelmente também constitui expediente supletivo, pois é uma fonte secundária do Direito que serve de subsídio para nortear o pensamento do julgador. A solução construída nos Tribunais para as situações de lacunas normativas e outras que serão abaixo comentadas serve de guia para os magistrados (Maximiliano, 2011, p. 57-58). E, se a jurisprudência é qualificada (precedentes vinculantes), o juiz deve segui-la, ficando limitada sua função criadora, a não ser que a hipótese envolva caso de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) de uma tese de observância obrigatória.

No que tange a situações de antinomias jurídicas – conflitos entre normas ou entre princípios –, o julgador evidentemente não detém discricionariedade absoluta para solucionar o problema que motivou o processo. Diante de preceitos contraditórios (total ou parcialmente), devem ser observados os critérios clássicos: cronológico, hierárquico ou da especialidade para encontrar a solução jurídica adequada. Porém, referidos critérios podem se revelar insuficientes quando ocorre uma antinomia de segundo grau – incompatibilidade entre critérios –, como ensinou Bobbio (1999, p. 107). Nesses casos, nem sempre a resolução do conflito deve ensejar a eliminação total de uma das normas em tensão ou sobrepostas. Então, conforme os contornos e a complexidade do conflito de interesses, o magistrado necessita adaptar os preceitos, procurando conciliar suas partes conflitantes, para criar outra norma (interconexão criadora) capaz de permitir que o caso seja solucionado de uma forma equânime e oportuna.

Como já explanado, a colmatação de lacuna tem, portanto, um caráter criativo. Esse poder criativo é exercido pelo julgador, conforme as circunstâncias do caso concreto, para suprir os vazios normativos, as omissões legislativas ou regulamentares (autointegração ou heterointegração) e decidir a lide. Entretanto, nos casos de omissões inconstitucionais, o ideal é que, no controle concentrado, o Judiciário primeiro provoque a instância legislativa a agir num prazo razoável. Persistindo a inércia quanto ao dever de legislar ou regulamentar, ao Judiciário caberá criar a solução normativa concretizadora do direito sonogado.

Cabe ressaltar que não prospera o argumento de que, nos casos concretos que lhe são apresentados e em relação aos quais existem lacunas normativas ou normas anacrônicas, os juízes não criam normas individuais, mas prospectam, inferencialmente, normas implícitas no ordenamento jurídico (Sabbag Neto, 2024, p. 224-230). Na verdade, o que se chama de prospecção é criação à vista das particularidades do caso inédito, imprevisto ou muito intrincado em função de

antinomias. Logo, não mais subsiste o mito da lei como expressão completa do Direito, revelando-se ultrapassada a concepção de que o juiz apenas descobre e aplica a norma, pois, em verdade, como visto no tópico anterior, ele precisa criá-la em certas situações. Enxergar o juiz como mero aplicador ou descobridor de Direito pronto é ignorar o Direito como ordenamento e experiência viva (Grossi, 2007, p. 76-77).

O importante é que a produção da nova norma em determinado contexto, necessária para solucionar com justiça a disputa, respeite as balizas estipuladas pela ciência jurídica, que é dinâmica e precisa estar em sintonia com os fatos, valores e os comportamentos sociais.

Por exemplo, a lei pode autorizar o juiz a decidir por equidade (art. 140, parágrafo único, do CPC)¹¹, que “consiste na aplicação prudente pelo julgador do seu sentimento de justiça, ao observar as singularidades de um dado caso concreto” (Soares, 2019, p. 132). Nessa hipótese, o magistrado terá liberdade para resolver o conflito tendo em mira um ideal superior de justiça, isto é, deverá construir a solução mais justa e adequada para a disputa trazida ao Judiciário. Com base nesse conceito, o artigo 6º da Lei nº 9.099/1995, que disciplina o funcionamento dos Juizados Especiais, estabelece: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.” Nesse caso, o magistrado não fica vinculado à frieza de um preceito legal, podendo decidir por equidade, abrandando o rigor da lei ou buscando a solução outra que melhor represente a concretização da justiça. No campo do Direito Tributário, porém, conquanto se autorize o uso da equidade como último recurso para se colmatar lacunas, o emprego dela “não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido” (§ 2º do art. 108 do CTN).

No exercício do controle de constitucionalidade das leis (concentrado ou difuso), o magistrado ou tribunal deve atuar como legislador negativo, sendo-lhe vedado criar norma jurídica diversa da produzida pelo Poder Legislativo. Em respeito ao postulado da separação dos poderes, não pode o Judiciário “agir na condição anômala de legislador positivo” (Brasil, STF, 2020c). Porém, no que toca às inconstitucionalidades por omissão, como já sinalizado, foi louvável o avanço rumo a uma compreensão que confere eficácia aditiva à decisão judicial.

Ainda, nos casos de colisão de direitos constitucionais (*hard cases*), que reclamam escolhas de ordem moral ou filosófica e que também justificam o papel criativo do juiz, deve ele proceder, à vista das soluções possíveis, a uma adequada ponderação a partir dos elementos do caso em julgamento (Barroso, 2020, p. 282 e 308-311). A resolução do conflito necessita estar em harmonia com os princípios gerais do Direito e com os valores constitucionais, não podendo o julgador, sem razões muito consistentes, ignorar ou deturpar a vontade objetiva e clara da norma legal. Invencionismo não pode ser aceito, muito menos em casos difíceis.

¹¹ No ordenamento jurídico nacional, há essa autorização, por exemplo, no artigo 108 do Código Tributário Nacional, no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho e no parágrafo único do art. 944 do Código Civil. Também o art. 723, parágrafo único, do CPC, que versa sobre os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, preconiza: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O Juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.”

Assim, há diversas situações em que a criatividade do juiz é essencial para o aperfeiçoamento e a evolução do Direito, mas é imprescindível considerar os limites dessa atuação judicial criativa, evitando que o magistrado assuma o papel de legislador (positivo), o que comprometeria a segurança jurídica e a separação dos poderes. Este princípio atua como um freio à legítima formulação de regras judiciais, pois é do Parlamento o poder/dever de legislar, de fazer mudanças substanciais na lei (Kirby, 2004, p. 53-54). Um juiz deve ter, ordinariamente, deferência à legislação, havendo de se pautar pelas diretrizes acima explicitadas.

Como bem pontuou Thomé Sabbag Neto:

[...] o bom Juiz sempre deve deixar claro o que exatamente está fazendo (se aplicando norma legislada, se suprindo lacuna, se desfazendo antinomia, se “criando norma” supletiva, intersticialmente etc.), para deixar permanentemente aberta a possibilidade de crítica e de reações, tanto do Parlamento, quanto da sociedade. Não é razoável que o Juiz “crie Direito” e finja apenas “interpretá-lo” ou “dizê-lo”, para subtrair-se à crítica, ao controle e, pior de tudo, à *limitação do seu poder*. (Sabbag Neto, 2024, p. 158)

Evidentemente, se o juiz ou o tribunal ignora completamente uma prescrição legal sobre um tema para decidir conforme sua própria vontade, valor ou ideologia, ou se deixa de seguir as balizas acima apontadas, voltadas à colmatação de lacunas normativas, ao suprimento de moras legislativas/regulamentares ou à superação de antinomias, ou, ainda, se decide por equidade sem amparo legal, estará extrapolando os limites de seus poderes e praticando uma intromissão ilegítima na esfera de atuação do Poder Legislativo. Isso caracteriza ativismo judicial, entendido como o exercício do ofício judicante para além dos limites legais e constitucionais, de forma a desrespeitar a função típica do Poder Legislativo (Ramos, 2010, p. 116-117).

Nessa perspectiva, os limites aqui traçados/recordados têm o propósito de evitar, segundo Castanheira Neves, que o magistrado se transforme em um operador político ou um administrador social, o que desvirtuaria a essência do Direito. Há de se respeitar a racionalidade própria da ciência jurídica, a divisão das tarefas estatais, o sentido claro do texto, sem invadir os espaços reservados ao legislador e também ao chefe do Executivo (Neves, 1998, p. 30, 41 e 42).

É também relevante consignar que o ativismo judicial tem uma faceta positiva, aceitável, quando o Judiciário age, sem excessos, mas de forma proativa, para concretizar direitos e valores consagrados na Constituição Federal, vencendo a inércia do legislador, ou quando atua para provocar a implementação ou a melhoria de políticas públicas relevantes, desde que seu agir não represente usurpação da função legislativa (Barroso, 2020, p. 451-452).

Em arremate, verifica-se que o Poder Judiciário também produz o Direito, mas não pode se afastar injustificadamente da lei nem pode criar normas a seu bel-prazer, conforme suas considerações morais ou pessoais, devendo se orientar pelas balizas delineadas pelo próprio ordenamento jurídico e também pela doutrina que se debruçou sobre o tema aqui abordado. A atuação inovadora do magistrado não pode substituir a razão do Direito pela razão de suas próprias vontades.

Há, portanto, perigos a serem prevenidos. A aceitação da ideia de que os juízes atuam como criadores de Direito impõe respeito a um “modo” certo de

exercer esse poder jurisdicional, existindo critérios e limites a serem observados (Cappelletti, 1999, p. 132-133). A prudência, o equilíbrio e o bom senso devem nortear a criação judicial do Direito quando ela se tornar necessária. O bom juiz deve estar consciente de seus limites, mas também não pode permanecer passivo quando as circunstâncias o chamarem a inovar a fim de concretizar a justiça.

4 Considerações finais

O assunto é complexo e desafiador, tanto que a discussão persiste ao longo do tempo. Apesar da celeuma, nesses apontamentos ficou claro que existe o Direito Judicial, o Direito criado pelo juiz, em situações específicas, a partir da atividade interpretativa. Portanto, os magistrados não exercem apenas a função de aplicadores de leis prontas, mas atuam como arquitetos de normas que garantem a funcionalidade do sistema em casos de lacunas normativas, omissões inconstitucionais, antinomias ou ambiguidades jurídicas ou mesmo quando se deparam com normas obsoletas, que precisam ser adaptadas para uma nova realidade. Assim, a criação do Direito pelos magistrados em determinados cenários é um instrumento de vitalidade para que a justiça não se torne um conceito estático e alheio às mudanças do mundo.

Todavia, a autoridade para criar normas no caso concreto não confere aos juízes uma licença para o arbítrio ou para o voluntarismo. A democracia brasileira exige que os magistrados mantenham uma postura de deferência para com o legislador eleito nas matérias de sua competência primária. O julgador deve intervir criativamente apenas quando o ordenamento jurídico se mostra insuficiente para oferecer uma resposta justa e isonômica ao conflito. Noutras palavras, embora se deva reconhecer a produção judicial do Direito, isso não significa concordância com um ativismo judicial desmedido, que ilegitimamente interfere nos espaços de atuação dos outros poderes da República. O magistrado encontra seu limite na natureza da sua função, que é jurídica e não compromissada com planos político-partidários.

Ordinariamente, os juízes e tribunais não devem se desviar de sua função típica de aplicação do Direito vigente, sendo imperioso que ajam pautados pelas possibilidades de solução apresentadas pelo ordenamento jurídico em vigor. Contudo, nas situações de lacunas normativas, omissões legislativas, de antinomias ou quando é preciso assegurar a isonomia entre (des)iguais ou adaptar a lei a novas realidades sociais, assim como no contexto de outros casos difíceis, a criação do Direito é necessária para a resolução do caso concreto, devendo ser fruto da sensatez, da razoabilidade e, sobretudo, do senso de justiça.

A defesa do papel criativo do juiz, respeitados os limites expostos neste ensaio, está distante da condescendência com o arbítrio judicial. A solução criada pelo magistrado deve estar plenamente justificada, precisa ser uma "resposta-solução" para um problema concreto, visando à resolução adequada, isonômica dos conflitos e à realização da justiça (Neves, 1998, p. 38). Não é admissível que o julgador enxergue silêncio do legislador (lacuna), tensão entre preceitos (antinomias) ou obsolescência da lei onde isso não existe, apenas com o propósito ilícito de justificar um criacionismo de ocasião, próprio de um voluntarismo judicial pernicioso, que desvirtua a separação de poderes. Embora se reconheça que o juiz

pode criar normas em determinadas situações, jamais se pode esquecer que ele não é um legislador, não possui mandato popular para se arvorar como tal.

Enfim, conclui-se que a produção do Direito não é obra exclusiva do legislador. O juiz, nas hipóteses aqui expostas, pode e deve criar normas jurídicas, mas tal papel criativo, para que não caracterize um ativismo judicial indesejado, necessita ser exercido com comedimento, segundo a lógica do razoável, pensando na realização da justiça e sem querer se substituir ao legislador. Do contrário, a criação do Direito pelo julgador será ilegítima e deturpadora do Estado de Direito.

O futuro da jurisdição brasileira depende do equilíbrio entre a coragem de inovar – quando necessário para reconhecer e proteger direitos – e a prudência de preservar a estabilidade das instituições. Nesse contexto, o aperfeiçoamento dos limites à criação judicial do Direito deve ser uma preocupação constante de acadêmicos e demais profissionais das ciências jurídicas, a fim de se evitar excessos ativistas que aviltam a separação harmoniosa das funções estatais.

Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. A criação judicial do Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 4 out. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-out-04/a-criacao-judicial-do-direito/>. Acesso em: 30 dez. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.355.052/SP* (Tema 640), Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 25/02/2015, DJe 04/11/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371079&num_registro=201202472395&data=20151105&formato=PDF. Acesso em: 03 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, j. 13/06/2019, DJe 05/10/2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 02 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 03 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/04/2012, DJe 30/04/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 02 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ*, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em: 03 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 670/ES*, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 708/DF*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2232963>. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 712/PA*, Relator Ministro Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2244628>. Acesso em: 30 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4.733/DF*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 13/06/2019, DJe 29/09/2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 02 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial 1.259.614/RN*, Relator Ministro Luiz Fux, j. 22/05/2020, DJe 08/06/2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5864950>. Acesso em: 24 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ* (Tema 786), Relator Ministro Dias Toffoli, j. 11/02/2021, DJe 20/05/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 02 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 330.817/RJ* (Tema 593), Relator Ministro Dias Toffoli, j. 08/03/2017, DJe 31/08/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1984213>. Acesso em: 02 abr. 2026.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0001248-73.2022.4.05.8400/RN (Tema 325), Relator Juiz Federal Francisco Glauber Pessoa Alves, Relator para acórdão Juiz Federal Tales Krauss Queiroz, j. 07/08/2024. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/00012487320224058400-TEMA325.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2026.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. Trad. MF. Revisão e texto final de Monica Stahel. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Contra el creacionismo judicial: interpretación y argumentación equitativa desde el positivismo garantista*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Félix Morales Luna. Edição de Pedro P. Grández Castro. 1. ed. digital. Lima: Palestra Editores, 2025.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KLANOVICZ, Jorge Mauricio Porto; CORDEIRO, Nefi. Criminalização judicial da homofobia: virtudes e problemas de uma decisão ativista. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 18, n. 2, e53325, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/53325>. Acesso em: 02 abr. 2026.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KIRBY, Michael. *Judicial activism: authority, principle and policy in the judicial method*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. Direito judicial. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 11, 2000, p. 24-42.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. Art. 2º. In: MORAES, Alexandre de (et al). *Constituição Federal comentada*. Equipe Forense (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, A. Castanheira. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXIV, 1998, p. 1-44.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SABBAG NETO, Thomé. *Juízes criam normas? Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FLUXO EDITORIAL:

- Data de submissão: 05 jan. 2026
- Data de aprovação: 15 abr. 2026
- Data de publicação: 06 maio 2026

- Avaliação: por pares dupla-anônima
- Pareceristas: 2 (dois)
- Editor Chefe: José Carlos Francisco