

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**LUCAS SEIXAS BAIO**

**O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO**

MARÍLIA  
2012

LUCAS SEIXAS BAIO

O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito UNIVEM, na área de concentração: Teoria do Direito e do Estado e Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

Professor Dr. NELSON FINOTTI SILVA

MARÍLIA

2012

Baio, Lucas Seixas.  
O papel dos juízes na criação do direito /Lucas Seixas Baio.  
Marília; Orientação: Professor Dr. Nelson Finotti Silva. Marília,  
SP: [s.n.] 2012.  
112 f.

Dissertação – Programa de Mestrado em Direito Fundação de  
Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro  
Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2011.

1. Juízes 2. Democracia 3. Independência do Poder Judiciário 4.  
Criação Judicial do Direito 5. Ativismo Judicial 6. Consciência Judicial.

CDD: 341.256

*AGRADECIMENTOS*

*A Deus;*

*A Família;*

*Ao UNIVEM, Minha Casa e a todos que nela trabalham;*

*Ao Professor Finotti pelo crédito e amizade;*

*A Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal;*

*Aos meus patrocinadores: CAPES e GRUPO SANTANDER.*



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Reconhecido pela Portaria MEC nº 524, de 30 de abril de 2008

### ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Lucas Seixas Baio

Título: "O Papel dos Juízes na Criação do Direito".

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Aos vinte e quatro dias do mês de fevereiro de dois mil e doze, com início às 10h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Nelson Finotti Silva, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília), Dr. Edinilson Donisete Machado (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília) e Dr. Alexandre Walmott Borges (docente da Universidade Federal de Uberlândia – UFU / MG), arguiu o candidato, tendo o examinado sido APROVADO, com nota 10,0 (DEE). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

**Observações:**

Fica assinalado o prazo de 30 (trinta) dias para entrega dos exemplares revisados e a versão digital.

**BANCA EXAMINADORA:**


PROF. DR. NELSON FINOTTI SILVA (Orientador) \_\_\_\_\_  
(Centro Universitário Eurípides de Marília)

PROF. DR. EDINILSON DONISETE MACHADO \_\_\_\_\_  
(Centro Universitário Eurípides de Marília)

PROF. DR. ALEXANDRE WALMOTT BORGES \_\_\_\_\_  
(IES: Universidade Federal de Uberlândia – UFU / MG)

MESTRANDO: LUCAS SEIXAS BAIO \_\_\_\_\_

Marília, 24 de fevereiro de 2012.

  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli  
Coordenador do Programa de Mestrado  
UNIVEM



BAIO, Lucas Seixas. **O Papel dos Juízes na Criação do Direito**. Dissertação de Mestrado, Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípides Marília - UNIVEM, 2012. 112 p.

## RESUMO

O presente trabalho examina o espaço democrático para a criação judicial do direito, sendo este um dos assuntos de maior controvérsia no atual cenário da prática jurídica. O estudo dos juízes e de seu papel conjuga elementos que permitem sólido trato científico, isto porque no bojo de tal estudo são necessariamente conjugados elementos de Teoria Geral do Direito e Teoria do Estado. A assunção de que o direito é criado por instância diversa da legiferante, no entanto, exige a eleição do referencial “positivismo jurídico”, partindo-se da premissa de que o direito funciona como sistema integrado e integrável de normas com conteúdos diversos. Em sendo o Judiciário independente no Estado de Direitos, a medida de tal independência e sua legitimidade são os problemas aqui também tratados. Não está ainda resolvida a questão sobre a legitimidade de decisões judiciais que lastreiam tal independência na eleição de princípios de moralidade política/pessoal, em detrimento de diretrizes legais/constitucionais claras ou da neutralidade da dinâmica democrática. Esta discussão tem lugar na polêmica entre substancialismo e procedimentalismo, como teorias de função constitucional. Apresentam-se ainda argumentos a que comprovam a legitimidade do fenômeno do ativismo judicial à luz da Teoria Democrática moderna. As estruturas civilistas têm visto o ativismo judicial com negatividade; um desvirtuamento da competência jurisdicional em detrimento da legislatura, restando obnubiladas as possibilidades de uma releitura do Princípio da Separação dos Poderes. Com uso de direito comparado, pode-se superar este espectro, desde que se tenha em mente a conciliação entre lei e jurisprudência, como fontes do direito em *Civil Law*. Neste sentido o Brasil participa do interseccionamento sistêmico entre *Civil* e *Common Law*. Possível conclusão é a de que a democracia convive com um elemento personalíssimo de consciência do juiz. A jurisdição constitucional, como tradutora de uma defesa de garantias da Constituição, também oferece elementos científicos que comprovam a criatividade judicial do direito, inclusive superando-se a cisão entre direito e política, admitindo-se na jurisdição autêntica manifestação do poder estatal. Como pressuposto democrático, uma teoria que integre os juízes em quadros criativos opõe-se à possibilidade de que direitos fundamentais sejam violados por outras esferas de poder.

**Palavras-Chave:** Juízes; Democracia; Independência do Poder Judiciário; Criação Judicial do Direito; Ativismo Judicial; Jurisdição Constitucional.

BAIO, Lucas Seixas. **The Role of Judges in Lawmaking**. Dissertação de Mestrado, Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípides Marília - UNIVEM, 2012. 112 p.

## ABSTRACT

This work examines the democratic character of judicial lawmaking, considering it as one of the most controversial matters of today's law practice. The study of judges and their role conjugates elements of solid scientific treatment for such study resources to General Legal and State Theory. The assumption that law can be created to a different instance than legislative demands the election of Law Positivism as referential, considering that Law can be defined as a functioning and integrating system of norms with specific content. Being Justice independent, the measure of such independence and its legitimacy are the central thesis of this work. Not yet solved is the matter of legitimacy of judicial decisions regarding principles of political/personal morality, in disregard of strict legal/constitutional directions or neutrality of the democratic dynamics. This discussion, situates the polemics between substantialism and proceduralism as theories of constitutional function. We also gather scientific evidence that demonstrates the legitimacy of the judicial activist phenomena regarding modern Democratic Theory. The civil structures have been seeing activism as usurpation of the legislative competence, clouding the possibilities for a re-reading of the Separation of Powers. Recurring to comparative law, such specter may be overcome, as long as we admit the conciliation of written law and jurisprudence as sources of *Civil Law*. In this sense, Brazil participates in an intersection process between *Civil Law* and *Common Law*. A possible conclusion is that democracy deals with a personal element of judicial conscience. Constitutional Jurisdiction, seen as defense for constitutional guarantees, provides also scientific data proving judicial lawmaking, overcoming the strict separation between Law and politics, considering jurisdiction an authentic manifestation of Power. As a democratic foundation, a theory which integrates lawmaking opposes the possibility for fundamental rights to be violated by other spheres of Power.

**Key-Words:** Judges; Democracy; Judicial Independence; Judicial Activism; Judicial Lawmaking; Constitutional Jurisdiction.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - O PODER DE JULGAR: DAS FUNDAÇÕES HISTÓRICAS À TRADIÇÃO POSITIVISTA.....	13
1.1 A Imagem do Juiz na Evolução dos Povos.....	15
1.1.1 Um Panorama à Luz da Experiência Histórica.....	16
1.1.2 Breve Histórico do Sistema Judiciário em Portugal e de seu Transporte para o Brasil: ..	20
1.1.3 O Juiz como Protagonista da Transição Direito Natural/Direito Positivo e seu Status Moderno .....	23
1.2 Enquadramento da Figura “Juiz” ao Positivismo: uma Análise à Luz do Esquema Analítico de Herbert Lionel Adolphus Hart .....	29
1.2.1 Justificativas Metodológicas.....	29
1.2.2 A Crítica de Hart a Austin: Centralidade da Compreensão do Direito no Elemento “Sanção” e Possibilidades do Desvelar de um Elemento Potestativo Associado aos Juízes: ..	31
1.2.3 Contextualização Necessária: Hart e o “Modelo do Assaltante” .....	32
1.2.4 Juízes, Dualidade de Teses sobre Exercício dos Poderes Públicos e Possíveis Conclusões.....	34
CAPÍTULO 2 - INDEPENDÊNCIA DE JUÍZES: ASPECTOS TEÓRICOS RELEVANTES .....	39
2.1 Pressupostos de Independência Judiciária: Democracia Responsável e Separação dos Poderes: .....	40
2.1.1 Democracia Responsável: Liberdades Negativas e Dupla Dimensão de Limitação de Poder.....	40
2.1.2 O Princípio da Separação dos Poderes: Base para Tratativas a Respeito da Independência no Estado Democrático de Direitos.....	44
2.2 A Independência dos Juízes no Centro do Debate entre Substancialismo e Procedimentalismo: Questões Latentes e Justificações Metodológicas.....	48
2.2.1 Especificações do Conceito de Direito em Dworkin: Estratégias para uma Leitura Substancialista da Independência dos Magistrados.....	52
2.2.2 A Interpretação do Devido Processo em Ely: Manobras Procedimentalistas para a Legitimação da Independência de Juízes.....	56
CAPÍTULO 3 - ATIVISMO E LEGITIMIDADE: PROVÍNCIA DEMOCRÁTICA PARA A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO .....	63
3.1 “Espectro de Ilegitimidade Ativista”: Necessidade de Superação .....	64
3.1.1 Uma Releitura Acerca do Princípio da Separação dos Poderes .....	67
3.1.2 Teoria Democrática Tradicional e Razões de Resistência.....	69
3.1.3 Necessários Esclarecimentos acerca do Interseccionamento Sistêmico entre Civil e Common Law – dos Estados Unidos ao Brasil .....	73
3.2 O Modelo Substancialista de Louis L. Jaffe: Caráter Democrático da Produção Judicial do Direito.....	77
3.2.1 Singelo Delineamento e Justificações Metodológicas.....	77
3.2.2 Compartilhamento de Liderança Democrática .....	79
3.2.3 Questões Práticas da Decisão Judicial: o Problema da Limitação pelo Direito, na Produção do Direito.....	82



CAPÍTULO 4 - O PODER DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO À LUZ DAS ATIVIDADES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	88
4.1 Pluralismo e Constituição na visão de Zagrebelsky: justificações metodológicas e preparação para os debates .....	89
4.2 Oposição entre politicidade e jurisdicionalidade em Carl Schmitt: estancamento das possibilidades de produção judicial do Direito .....	92
4.3 Jurisdição Constitucional Política: a resposta de Hans Kelsen e a prova capital da viabilidade do judicial lawmaking em ambiente democrático moderno .....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	101
REFERÊNCIAS .....	105

## INTRODUÇÃO

Assim como um juiz, em democracia, deve oferecer ao povo ao qual serve os motivos de sua postura decisória; o cientista, na seara do conhecimento, deve revelar à academia os motivos de uma inquietação intelectual e da conseqüente decisão por trabalhar certo tema.

Não pretendemos, com isso, comparar nossa atividade a de um juiz, mais incitamos a percepção de que o ato de decidir, escolher, selecionar, posicionar-se sobre as coisas, é da natureza humana mesma.

Assim sendo, *decidimos* que uma introdução a este trabalho, a par dos motivos do interesse pelo tema, deveria apresentar o contexto jurídico no qual deve desenvolver-se o exame do poder dos juízes na criação do direito e as premissas (já doutrinariamente solidificadas) nas quais ele se assenta.

Mudou a concepção de *jurisdição*, qual era ensinada há poucos anos nos cursos de Teoria Geral do Processo.

O “poder/dever” de resolver conflitos, dizendo o direito (*juris-dictio*), transformou-se em um imperativo de efetividade que obriga o Poder Judiciário a realizar no mundo fático, de forma tempestiva, temporânea e adequada, o direito consagrado em nível formal pelo ordenamento, no sentido irradiado pela Constituição.

A transmutação deste conceito (o de jurisdição) encabeça a dolorosa evolução pela qual o direito passou desde as épocas em que o mito teocrático foi substituído pelo mito legislativo, consubstanciado na falácia de que a lei expressa a vontade do cidadão eleitor.

As conseqüências do engodo não demorariam a aparecer; ficou logo claro que se a passada do capitalismo fosse assistida passivamente pelos gestores públicos (e é isto o que quis o liberalismo), não sobraria povo ao qual governar.

Surgem, então, princípios de direito que transcendem a lei, se prestam a proteger aquele que se encontra materialmente subjugado nas relações sociais e a fundamentar campos indispensáveis do viver; o trabalho, o consumo, a infância e a velhice, etc. O horizonte maior desta paisagem chama-se *isonomia*.

LENIO LUIZ STRECK<sup>1</sup> falou desta dinâmica como *regaste das promessas da modernidade*, na qual o Poder Judiciário assume papel referencial, mais nada é tão fácil.

A consolidação do Poder Judiciário e dos juízes como criadores do direito para além da lei, levou ao seguinte impasse: *se toda a luta pelo direito, até agora, foi concebida para*

---

<sup>1</sup> Ao longo de **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

*coibir abusos praticados por homens com poder em detrimento dos sem (poder); o que garante que os juízes, que estão também em posição de delegação de poder público, não darão continuidade a tais abusos?*

Esta é a principal pergunta de fundo que nos ocupou a mente quando da pesquisa e escrita desta produção.

Não ousamos, no entanto, conceber para ela resposta única, sendo isso impossível; nosso objetivo é a reunião de elementos científicos que comprovem o fato de que *o juiz cria o direito em certa medida e que esta atividade é vital para o Estado*, de resto esperamos sinceramente, como esperou HART<sup>2</sup>, aprender com nossas falhas.

Apresentemos brevemente as premissas que a doutrina já estabeleceu, pois é a partir delas que poderemos colher nossas próprias conclusões.

Se assumirmos que a jurisdição pode ser criativa, deveremos analisar em que ares, normalmente, se desenvolve tal criatividade e neste particular, não será lícito nos desvencilharmos da tradição positivista.

O juiz é criatura e ao mesmo tempo criador, sendo concebido pelo direito ao mesmo tempo em que o molda às exigências da vida. Um magistrado procede a esta moldagem fazendo uma apreciação intelectual e independente do caso fático, realidade, e seu correspondente legislativo, norma, procedendo à *interpretação*.

A vanguarda da hermenêutica moderna centra-se em teorias de função constitucional (com tributo aos movimentos de constitucionalização do direito), que buscam explicar com profundidade a legitimidade interpretativa da jurisdição.

O debate entre tais teorias, nas frentes substancialistas e procedimentalistas, não está resolvido, mais em seu bojo evidencia-se o tema da produção judicial do direito como genuína interface teoria/prática, em uma mentalidade que contribui para a superação da exagerada fragmentação entre as discussões acadêmicas e o dia-a-dia forense, culminando com maior proximidade entre o direito e a vida.

O positivismo jurídico, embora seja um referencial necessário, teve de evoluir para admitir novos mecanismos de trabalho que não a letra da lei, há aqui uma disfunção doutrinária demonizadora do movimento positivista e que desconsidera o fato de que somente em uma leitura lógica e endocentrada está vencido tal método.

---

<sup>2</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26.

Enfrentamos também o problema da representatividade popular, no sentido de que o Poder Legislativo não tem condições de sozinho prover ao bem estar social, sendo inviável a formatação de uma norma de subsunção para cada ato da vida humana.

Tal idéia inaugura uma releitura do Princípio da Separação dos Poderes, num trabalho inacabado (e que ainda vai durar muito tempo) de eliminação dos excessos legalistas deixados pela influência da escola francesa de exegese na prática jurídica de *Civil Law*.

As discussões sobre insuficiência normativa, juntamente às constantes denúncias de corrupção e asoberbamento de membros do legislativo, colocam os juízes em posição de proteger direitos fundamentais constitucionalmente garantidos em postura ativista.

Isto exige que, em determinadas situações os juízes pisem além do campo de mera subsunção, operando criações que inovam, em termos de Direito.

O desconforto decorrente é relevante, já que o irromper de um direito baseado em precedentes, em países romanísticos (de forma mais que tímida), clama por juízes que tenham absoluta consciência de seu papel.

As transformações sociais são rápidas e nenhuma frente sente isso de maneira mais contundente que a Magistratura. O povo é titular constitucional do poder e não tolera tergiversações na entrega de direitos, mesmo tendo em vista os problemas estruturais que enfrentam os julgadores (falta de pessoal forense, de novos juízes bem treinados e de recursos materiais/tecnológicos).

O juiz é chamado, pela coletividade, a ir além.

Tal exigência popular esbarra, não obstante, em alegações de insegurança, gigantismo do Judiciário e perigos de se entregar a gestão da República a um direito não legislado e a autoridades não eleitas. São estas as constatações já vislumbradas por RICHARD POSNER<sup>3</sup>; de que o Poder Judiciário deve lidar com críticas do tipo “o problema da nação está em juízes voluntariosos, que impõem suas próprias regras ou talvez ignorem qualquer regra, dispensando a focada justiça das bases legisladas e criando enorme incerteza jurídica.”

JOHN HART ELY, que em sua *Teoria de Democracia e Desconfiança (1980)*, atribuiu claramente este último vocábulo aos juízes, ficaria surpreso com as deformações da democracia em nossos dias.

A questão da legitimidade democrática da criação judicial do direito tem relação necessária com o tema da Jurisdição Constitucional, na vertente de um Tribunal que detenha função política, em defesa das garantias da Constituição. É defensável, nesta esteira, a tese de

---

<sup>3</sup> Em seu novo livro: **How Judges Think**. Cambridge / Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 04.

que o processo de exercício do poder político não se finda com o processo legislativo, tendo continuidade no processo judicial.

Tal implica dizer que a jurisdição é política, no sentido de uma atividade que adapte o conteúdo das normas a uma intenção constitucional (derivada do Diploma Supremo), preenchendo os espaços ociosos do ordenamento: um caso de aplicação do direito ao próprio direito.

Como eminentes autores já advertiram, em um mundo integrado (globalizado), é desnecessária a discussão acerca da importância de estudos comparados.

Assim, apresentamos amostras de doutrina de autores da tradição anglo-saxã (*Common Law*), sistema de justiça que apresenta as raízes do ativismo judicial.

Parte destas amostras foram traduzidas da língua inglesa, tendo seu texto original lançado em notas de rodapé; certos termos não encontram tradução literal/precisa e, em vista do texto original, pode-se extrair densidade morfológica que por (des)ventura nos escape.

De resto, nossa estratégia metodológica geral, ante a profusão doutrinária acerca da matéria, é a eleição de autores específicos e de certos cortes em suas teorias, de forma a construir uma coletânea de provas científicas da viabilidade de uma criação judicial do direito.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Ao longo do texto, os termos de relevância são grafados em *itálico*, as traduções plúrimas e os sinônimos são apresentados em conjugação, na fórmula. “x” / “y”.

## CAPÍTULO 1 - O PODER DE JULGAR: DAS FUNDAÇÕES HISTÓRICAS À TRADIÇÃO POSITIVISTA

Se considerarmos que todo o pensamento jurídico ocidental, consoante NORBERTO BOBBIO<sup>5</sup>, é denominado “pela distinção entre direito positivo e direito natural”, veremos que as perplexidades pelas quais passa a ciência jurídica, em nossos dias, deságuam volumosamente sobre os *juízes*.

Vivendo as hodiernas civilizações sob a égide da lei, e sendo o barrar dos abusos o tônus das democracias modernas, em que medida pode o judiciário resolver os problemas de insuficiência e incinseridade das normas, já que estas se revelam, não raro, grosseiras frente à experiência humana? E ainda, como conciliar esta *eventual* possibilidade com a realidade de que o agir dos juízes pressupõe, necessariamente, a imposição de uma vontade *externa* àquela de um sujeito inicialmente livre?

Questões como estas jamais são facilmente respondidas.

O evocar de temas relacionados ao juiz, então, freqüentemente provoca nos homens sentimentos de alerta e humildade, em um facilmente identificável espectro de *poder*.

Expressões familiares como “*não me julgue sem me conhecer*” ou, na dicção do próprio Jesus de Nazaré<sup>6</sup>, “*não julgueis para não serdes julgados*”, identificam um quadro negativo de potestade: um prenúncio de situação limítrofe a qual, para sua resolução, depende da intervenção de alguém que está acima e agirá com força.

Outro exemplo de imponência é a figura assustadora de *Minos*, o juiz do *hades*, que na “Divina Comédia” de DANTE ALIGHIERI<sup>7</sup>, é descrito ostentando uma cauda de serpente; senta-se ele na entrada do segundo círculo do inferno, onde identifica e julga os pecados de cada uma das almas, precipitando-as no círculo de punição correspondente.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 15.

<sup>6</sup> A própria ética cristã, galgada na estrita separação entre bem e mal, visualizada já no Velho Testamento, é fruto da atividade de *Deus como juiz*. Na lenda, O Criador, ao tomar ciência da desobediência de Eva e Adão quanto à proibição de comer da “árvore do conhecimento”, chama-os a responder pela transgressão. Interessante perceber que, embora Eva tenha sido a primeira a desobedecer à ordem, o primeiro julgado do Universo, segundo a Bíblia, é a condenação que Deus impõe à serpente, que simboliza o mal, por ter praticado o crime consistente em enganar a mulher. O segundo e o terceiro julgamentos são as expulsões de Eva e Adão, nesta seqüência, do “Paraíso”. Para saber mais, ver **A Bíblia Sagrada**, Livro do Gênesis, Cap. 3, versículos 9 a 23.

<sup>7</sup> ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. São Paulo: Atena Editora, 1955, p. 46. “*Lá estava Minos e feroz rangia: Examinava as culpas desde a entrada, dava a sentença como ilhais cingia. Ante ele uma alma desditada vem, seus crimes confessa-lhe em chegando com perícia em pecados consumada. Lugar no inferno, Minos, lhe adaptando. Do abismo o cric’lo arbitra a que pertença, pelas voltas de cauda graduando.*”

De fato, a identificação da função judicante (e conseqüentemente, do direito) a dimensões de autoridade é histórica e provavelmente indissolúvel, inspirando PAOLO GROSSI<sup>8</sup> a dizer:

Não está errado o homem do povo, mesmo em nossos dias, que traz em si ainda frescos os cromossomos do proletário da idade burguesa quando desconfia do direito: o percebe como alguma coisa que lhe é completamente estranha, que cai do alto sobre sua cabeça, como uma telha do telhado; confeccionado nos mistérios dos palácios do poder e evocando sempre os espectros desagradáveis da autoridade sancionadora, o juiz ou o funcionário da polícia.

*Julgar*, do latim *judicare*, significa “chegar a determinada conclusão, opinião, sobre o valor, a utilidade, o interesse, a qualidade de alguém ou alguma coisa”<sup>9</sup>.

“A função de julgar é tão antiga quanto a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por primitivo que seja, o choque de peixões e interesses provoca desavenças que hão de ser dirimidas por alguém. Esse alguém será o *juiz*.”<sup>10</sup>

Em sentido estrito (jurídico), juiz é “todo aquele que, por lei ou designação das partes, exercer funções jurisdicionais, isto é, de resolução de litígios (conflitos de interesses) entre particulares ou entre particulares e o Estado”<sup>11</sup>, é evidente que a esta noção deve somar-se a exigência de efetivação de direitos, própria da superação do liberalismo.

Já definições próprias da tradição anglo-saxônica, descrevem o juiz como “um oficial público, designado ou eleito para ouvir ou decidir questões legais em juízo/corte”.<sup>12</sup> (*Tradução Nossa*)

Tendo em vista estes traços, apresentaremos os fundamentos históricos do poder dos juízes nas grandes civilizações do mundo e também, em terras portuguesas e brasileiras; trajetória que nos permite visualizar a evolução judiciária no mundo, desde o domínio metafísico até as conquistas (e *possíveis* perdas) trazidas pelo positivismo jurídico.

Não se está, contudo, a fazer história do direito: antes, a se desenhar um breve panorama de como os juízes chegaram ao centro das atenções nas atuais interações jurídicas.

Paralelamente, daremos notícias da passagem das ideologias naturalistas às positivistas do direito nas concepções dos diferentes povos em compasso com o desenrolar histórico, para

<sup>8</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 3. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 64.

<sup>9</sup> **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa**. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 2197.

<sup>10</sup> GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 19.

<sup>11</sup> **Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 287.

<sup>12</sup> **Black's Law Dictionary**. Seventh Edition. St. Paul, MIN: West Group, 1999, p. 884. “*a public official appointed or elected to hear or decide legal matters in court*”.

finalmente identificar, em sede de Teoria do Direito, possíveis distorções relativas à autoridade dos juízes.

## 1.1 A Imagem do Juiz na Evolução dos Povos

De acordo com ANTÔNIO PEDRO BARBAS HOMEM<sup>13</sup>, o estudo histórico do perfil dos juízes “é um aspecto central da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Direito, porque necessariamente conjuga elementos relativos à caracterização do Estado, das fontes do direito, da organização judicial e do estatuto dos juízes”.

Não obstante os arquétipos de juiz nascerem em alinhamento às condições de sociabilidade regional e comunicativa de cada nação especificamente, os dados históricos identificam aspectos comuns vivenciados pela grande maioria das civilizações e a partir dos quais se pode destacar a experiência jurídico-histórica de cada um delas.

Re-invocando a antes assinalada dicotomia filosófica, sobretudo na idade média, “o direito natural é considerado superior ao positivo, [aquele] não visto mais como simples direito comum, mais como norma fundada na vontade de Deus e por este participada à razão humana, [...] como a lei escrita por Deus no coração dos homens”<sup>14</sup>.

Esta concepção teocrática do direito natural, eminentemente canônica, associa a existência das leis a um regente divino do universo. Neste sentido, a *vinculação da prática jurídica à prática religiosa*, é tema presente nos esquemas que marcam o início da gestão humana pelo direito.

Há outro sólido consenso na literatura histórica, segundo o qual a função de julgar era originalmente desempenhada pelos reis. Deles emanava toda a jurisdição em caráter irrenunciável; ao menos a princípio não era dado ao coroado delegar suas funções de julgador.

Logicamente isto foi modificado com o tempo, sobretudo considerando a necessidade de participação do soberano em campanhas de guerra, empreitada que o mantinha afastado do centro da corte por meses ou até mesmo anos.

É a partir deste afastamento por parte do rei, de sua primitiva jurisdição, e da escassez de tempo para prover a todos os conflitos do povo, que se especificará a figura do juiz; um preposto, “mero auxiliar do monarca, em cujo nome e por delegação de quem distribui a justiça, assim continuará, por dependência dele, séculos em fora.”<sup>15</sup> Nestes tempos não se

---

<sup>13</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. **O Perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal**. Em: *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

<sup>14</sup> BOBBIO, op. cit. p. 25.

<sup>15</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 20.



cogitava, logicamente, em independência de juízes relativamente aos poderes reais, já que nos rudimentos do direito o poder de julgar encontrava sustentáculo em um princípio *natural* e de *autoridade supra-humana*.

De qualquer forma, ao adentrarem os povos na história, possuem já os esboços de sistemas com juízes e tribunais, embora ainda se confundissem atribuições de jurisdição, administração e religião.

### 1.1.1 Um Panorama à Luz da Experiência Histórica

No período do Egito dinástico, a classe dos juízes (paga generosamente) era destacada da elite sacerdotal, que oficiava em crimes comuns e em pequenas questões de reparação. A efígie da Deusa da Verdade *Mâ*, era apontada ao vencedor da contenda. A simbologia de *Mâ* denota no Egito outro traço da função de julgar, qual seja o de descobrir a verdade. Com ritualística elaborada as sessões de julgamento eram secretas, de pauta desconhecida, portanto.

Em JOSÉ DE VASCONCELLOS GUEDES DE CARVALHO, colhe-se que a tradição de judicatura vinculada à religião persiste nas Leis de Manú, normações do mundo indiano escritas entre II a. c. e II d. c. Em seu livro VIII, nos versículos 1º e 2º, precisamente sobre o ofício dos juízes, as ordenações preceituavam:

“1. Se o rei quizer examinar os pleitos judiciáes deve apresentar-se no tribunal com gravidade, acompanhado de conselheiros Brahmanes instruídos. 2. Ali sentado ou em pé, levantando a mão direita, descente em seu vestuário, mais sem luxo, examine as questões controvertidas ”<sup>16</sup>.

O espiritualismo é arraigado, na medida em que até mesmo rei deve vestir-se recatadamente e comportar-se “com gravidade”, na presença de *Brahma das Quatro Faces*, deidade hindu que desposa a sabedoria (*Sarasvati*) e cria o universo.

Já na Grécia clássica, a diferenciação entre direito natural e positivo dava-se na medida em que as duas espécies colocavam-se em planos diferentes, o primeiro de caráter geral, aplicável à todas as sociedades, e o segundo em plano especial, aplicável à certa *civitas*,

---

<sup>16</sup> CARVALHO, José de Vasconcellos Guedes de. **Leis de Manú: Primeiro legislador da Índia**. Nova-Goa: Imprensa Nacional, 1859, p. 3. Esta obra, do século retrasado, é raríssima. Tive oportunidade única de ter a ela acesso em versão original restaurada por artesãos-livreiros profissionais. Constitui parte do acervo histórico “Prof. Dr. Ruy de Albuquerque” da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. O autor, em vida foi juiz, Relator do Supremo Conselho de Justiça Militar, e Juiz na Relação de Goa, no Estado de Índia. Em tributo, mantenho a formatação do português original da tradução.

(em que era promulgado) somente. Aplicava-se, já naquele tempo, o princípio segundo o qual a *lei especial derroga a geral*, não existindo o escalonamento de preponderância divina.

Conquanto o mito grego atribua a Zeus a função de juiz em várias ocasiões (entre elas a conhecida estória de Prometeu, ladrão do fogo, condenado a ter o fígado devorado por aves eternidade a fora), se nota com o *humanismo pagão* de PROTÁGORAS, tendências filosóficas referentes à desvinculação do Estado e do Direito de ingerências religiosas.

JOSÉ ANTUNES<sup>17</sup> informa que o projeto humanista carrega uma concepção ideal de homem, onde este é tido como o “centro e a medida de todas as coisas”, sendo o objetivo de sua existência o atingimento das plenitudes da personalidade, consubstanciadas na educação de faculdades tanto físicas como intelectuais.

[...] Depois da Morte de Codro, último Rei de Atenas, passaram as funções de governo às mãos dos arcontes, cujos poderes abrangiam os de chefes civis e militares, de magistrados e de sacerdotes.

Com a reforma de Sólon foi criado o Aerópago, constituído dos cidadãos mais conspícuos da Grécia, que houvessem ocupado cargos de prestígio, de preferência o de arconte. Serviriam por toda a vida.

O progresso da democracia deu origem ao tribunal popular – o dicastério. Foi o júri da Grécia antiga, ainda que, pelo número de membros, conservasse caráter de assembléia. Compunha-se de não menos que 200 dicastas, total elevado, por vezes a mais de 1000. Em causas pequenas, todavia, e cíveis, funcionavam também juízes singulares.<sup>18</sup>

Em essência, olhando à frente, “cabe que PROTÁGORAS serve (e em todo caso serve) à legitimação da democracia: se as virtudes sociais de pudor e de justiça são comuns a todos, todos são competentes para atuar em vida pública.” (*t. n.*)<sup>19</sup>

Complementando, DALMO DE ABREU DALLARI<sup>20</sup>, relativamente a este período histórico, orienta que a legitimidade das decisões judiciais vinha do processo de eleição de juízes, a depender dos sistemas políticos vigentes: nas oligarquias só os membros das classes dominantes podiam candidatar-se a juízes, o que demonstra que se tratava de uma posição de relevo político e social, já nas primeiras democracias, toda a massa poderia aspirar à magistratura e participar das escolhas.

<sup>17</sup> ANTUNES, José. **A Tradição Européia e as relações entre os dois Poderes Medievais**. Em: *Revista de História das Idéias*. O Estado. Coimbra: Imprensa de Coimbra, 2005, p. 73.

<sup>18</sup> GUIMARÃES, op. cit. p. 20.

<sup>19</sup> SERRA, Antônio Truyol y. **Historia de la filosofía del Derecho y del Estado**. Madrid: Alianza Editorial, 1978, p. 117 1 118. *Cabe que el mito de Protágoras sirva tan solo (y en todo caso sirve), para legitimar la democracia: se las virtudes sociales de pudor e la justicia son comunes a todos, todos seran competentes para actuar en la vida pública.*

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Os iniciais contornos da democracia grega, embora tenham propiciado o aparecimento de tribunais populares (dicastérios), não conferiam à distribuição da justiça caracteres de profissionalismo, imparcialidade e independência nas decisões. Os *dicastas*, parcimoniosos e apaixonados, desprezavam a prova e julgavam com base em simpatias pessoais pelos suplicantes e seus advogados.<sup>21</sup>

A oratória grega desenvolveu-se sobremaneira na era dos dicastérios, justamente em vista do esforço dos oradores em cativar sentimentos dos juízes, à custa quase sempre, do abandono da questão de direito principal debatida.

Habitados a verem os réus prostrados e humildes, não surpreende que os juízes dicastas tenham condenado à morte SÓCRATES, que comportou-se com razão e soberania, quando acusado e julgado por subverter com sua doutrina, a juventude da época.

No que toca à história romana, a trajetória da magistratura nos é de interesse grande, na medida em que o Direito Brasileiro deita raízes na tradição romano-germânica.

Embora, em dias atuais, usemos as palavras *magistrado* e *juiz* como sinônimos, não era o que ocorria na antiga Roma. MÁRIO GUIMARÃES<sup>22</sup> ensina que os romanos distinguiam: “o magistrado dava solenidade ao julgamento. Convocava os litigantes. Fazia observar os ritos. Deferia compromissos. Pronunciava as palavras sacramentais. Mais não julgava. A decisão competia ao juiz, de confiança das partes [...]”.

Estes juízes, escolhidos pelas partes em eleição popular, funcionavam singular ou coletivamente e tinham por função precípua o re-estabelecimento da paz entre as partes. Agiam sob o nome de *recuperadores* na medida em que empenhavam-se também em fazer com que um prejudicado recuperasse o que perdeu, destacando o respectivo montante do patrimônio do sucumbente.

Em Roma as magistraturas eram, então, “cargos de eleição popular, cujos titulares tem a faculdade e o dever de exercer uma série de funções que afetam a todos os *cives*, funções estas que realizam em nome da República.” (*t. n.*)<sup>23</sup>.

Os juízes em Roma pertenciam ou a magistraturas ordinárias, que praticavam o direito em circunstâncias normais, ou a magistraturas extraordinárias, evocadas em situações especiais de comoção ou para pareceres judiciais acerca de assuntos vitais. A convocação

<sup>21</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 21.

<sup>22</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 26.

<sup>23</sup> BUJÁN, Antonio Fernández de. **História del derecho romano**. Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 75 e 76. “cargos de elección popular, cuyos titulares tienen la facultad y el deber de ejercer una serie de funciones que afectan a todos los *cives*, que realizan en nombre de la República.

desta comissão extraordinária de juízes suspendia as atividades das magistraturas menores, até ordens posteriores.

Também se poderia distinguir entre *juízes maiores* - cônsules, magistrados e censores - e *juízes menores* - tribunos, eleitos, e os questores - mas a classificação fundamental refre-se à distinção entre os juízes *com império e sem império*. O *imperium* seria um poder global, originalmente atribuído aos cônsules e depois ao pretor e a magistrados especiais. Ao longo dos séculos, surge um *imperium domi*, exercido dentro de toda da a Roma, e um *imperium militae*, exercitável fora dela e essencialmente de natureza militar. Quanto à atribuição da autoridade/faculdade para julgar - a *iuris dictio* - aos pretores supunha-se dela declinarem, para atribuírem-na a magistrados determinados. (t. n.)<sup>24</sup>

O direito romano distinguia, ainda, entre *potestas* e *auctoritas*, como modalidades de poder atribuíveis aos juízes. A primeira dizia respeito à possibilidade de um magistrado praticar atos válidos de mando e execução, a *potestas* foi na época o núcleo do poder dos juízes, um paralelo com o que hoje poder-se-ia chamar de *investidura*. Já a segunda (*auctoritas*), relacionava-se ao saber jurídico publicamente (re)conhecido e vinculava-se mais aos senadores e a altos juízes; daí dizer-se, até nossos dias que certa pessoa é uma “*autoridade*” em certo assunto.

Na Inglaterra medieval (de modelo histórico-jurídico diferenciado com relação a Roma, e que deu origem ao *Common Law*), os juízes ainda andavam às sombras da monarquia, que poderia destituí-los e nomeá-los a seu bel prazer.

Em 1215, com a chamada Carta Magna<sup>25</sup>, começaram a surgir as primeiras decisões que contrariavam os interesses do rei; isto custou caro à magistratura, que considerada

<sup>24</sup> Ibidem. p. 76. *Cabría otra distinción entre magistrados mayores – cônsules, pretores y censores – y menores – tribunos, ediles, e cuestores – pero la clasificación fundamental es la que distingue entre magistrados cum imperio y sine imperio. El imperium seria un poder global, atribuido originalmente a los cônsules y posteriormente al pretor y a los magistrados extraordinarios. Con el paso de los siglos entre un imperium domi, que se ejercía em Roma e un imperium militae, ejercitable fuera de Roma y básicamente de naturaleza militar. La atribución da le facultad de juzgar – la iuris dictio – a los pretores supone desgajar esta competencia de imperium, para atribuir-la a magistrados determinados.*

<sup>25</sup> *The one historical document and event familiar to nearly everyone living in areas governed by the Anglo-American legal and political system is Magna Carta and its concession by King John on 19 June 1215. In the minds of most it is considered the progenitor of constitutional government. To the rank of file of man Magna Carta carries almost as much authority as reference to the bible. Most royal subjects thought of Magna Carta as a written document expressing certain fundamental laws by which the king should govern. [...] According to the great justice Sir Edward Coke and others, Magna Carta has saved England from the rule of tyrants, had consecrated basic civil and political rights and had germinated English constitutional government.* LYON, Bryce. **A Constitutional and Legal History of Medieval England**. New York: Harper & Brothers. 1960, p.310. *O único documento histórico e evento familiar a quase todos os que vivem em áreas regidas pelo sistema político Anglo-Americano é a Magna Carta e sua concessão pelo Rei John em 19 de junho de 1215. No entendimento de muitos é tida como progenitora do governo constitucional. No que concerne aos homens a Carta Magna carrega quase tanta autoridade quanto a Bíblia. Muitos sujeitos reais têm a Magna Carta como um documento escrito expressando certas leis fundamentais pelas quais um rei deve governar. De acordo com o*

perigosa, foi despojada de seu alto escalão na serviência do monarca, para tornar-se mediadora dos interesses não só dele, mais dos de todas as camadas, dos outros poderes políticos e os do próprio povo.

Os juízes, antes colocados ao lado do trono, encontram em sua própria queda o gérmen de sua independência, já que poucos séculos depois atingiriam prestígio para julgar os próprios déspotas.

Durante o reinado de *Henry III* (por volta de 1300), os juízes de ofício chegaram ao apogeu de sua produção, em termos de direito baseado em precedentes.

Embora a Coroa ainda conservasse magistrados nomeados, que lhe deviam obediência cega, a nova legitimidade do juiz como mediador de interesses/conflitos levou, ao final do Séc. XVII, à adoção de um sistema judicial com abundantes juízes leigos, e uma judicatura altamente profissional.

ROSÁRIO SERRA CRISTÓBAL leciona que:

Para garantir-se a independência pagava-se aos juízes soldos elevadíssimos. Ademais sua margem de mão de obra interpretativa era muito maior que no resto do continente, devido ao sistema de *Common Law*: neste, a jurisprudência ocupava um escalão muito distinto do ocupado no sistema de fontes do direito romano germânico.<sup>26</sup> (t.n.)

Neste período o *Common Law* experimentou magníficos avanços, pois os juízes agiam com grande liberdade na concepção de novos remédios legais. Tais homens, embora fossem em sua maioria eclesiásticos, possuíam grande experiência em administração judicial e devotavam suas vidas ao trabalho jurídico. Os nomes de magistrados deste tempo, como *MARTIN OF PATESHULL* e *WILLIAM OF RALEIGH*, até hoje ecoam na doutrina jurídica inglesa.

### **1.1.2 Breve Histórico do Sistema Judiciário em Portugal e de seu Transporte para o Brasil:**

Em decorrência da influente e recém-adquirida (à época) visão cristã acerca da justiça, o Sistema Português desde a Idade Média destacou-se da tradição continental europeia,

---

*Great Justice Sir Edward Coke e outros, a Magna carta salvou a Inglaterra das mãos dos tiranos, consagrando direitos civis e políticos básicos e originando o governo constitucional inglês. (t.n.)*

<sup>26</sup> CRISTÓBAL, Rosário Serra. **La libertad ideológica del Juez**. Valencia: Tirant lo Balnc, 2004, p. 18. *Para garantizar su independencia se les pagaba sueldos elevadissimos. Además su margen de maniobra interpretativa era mucho mayor que en el Continente debido al sistema de Common Law: en éste, la jurisprudencia ocupaba un escalafón muy distinto en el sistema de fuentes que en el derecho romano-germánico.*

principalmente no tocante ao afastamento do depotismo e dos arbítrios próprios da estrutura rei-juiz.

Os juizes ordinários, neste compasso, teriam de necessariamente aplicar as Leis e Ordenações do Reino, reconduzidas ao entendimento do “juízo natural” e à “boa-ciência”, bem como à prudência específica de julgar segundo o alegado e o provado<sup>27</sup>. A doutrina histórica aponta paradoxo neste ponto, já que, embora grande parte dos juizes, estudassem o Direito Romano ou o Direito Canônico nas Universidades, eram cindidos à aplicação do Direito Escrito Português.

Outras novidades surgidas nessa época e até nossos dias visualizadas como inamovíveis pilares da justiça social, são o *dever de fundamentação das decisões judiciais* e sua *recorribilidade*.

“Em Portugal, foi o rei D. Dinis que deu o golpe na Justiça medieval com o separar da jurisdição civil da militar e permitir a apelação para a Coroa independente da audição do senhor da terra.”<sup>28</sup>

Na primeira instância portuguesa colocavam-se *juizes da terra*<sup>29</sup>, eleitos pelo povo e de independência duvidosa; *juizes de vintena*, oficiantes em cada aldeia com 20 a 50 vizinhos (moradores) e *juizes de fora*, que em cargo instituído pelo rei Afonso IV, eram mandados a julgar de fora (de outro local) para o local da contenda. O ofício dos juizes de fora tinha como vértice a imparcialidade, pois, em não residindo nas redondezas, menos inclinados estavam a praticar arbitrariedades decorrentes de bem-querer ou de ódio com relação à qualquer dos moradores, possuindo ainda maior autoridade ante as injustiças praticadas pelos poderosos locais.

Outra tradição portuguesa que nasce nesse período é o dever de apelação obrigatória por parte dos juizes, das decisões que importam efeitos irreversíveis, como a pena de morte.

Voltando aos termos estruturais, “a segunda instância constituía-se pelas Casas de Suplicação – uma em Lisboa, outra no Porto, cabendo a presidência de tal tribunal ao Regedor das Justiças, cargo para cujo provimento a lei prescrevia normas rigorosas, pela alta importância”.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> HOMEM, op. cit., p. 55.

<sup>28</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 29.

<sup>29</sup> Especificamente quanto aos juizes de terra (também chamados ordinários), que eram eleitos pelas comunidades locais, existe algum dissenso doutrinário sobre a recorribilidade de suas decisões, embora seja fato a existência de uma segunda instância na jurisdição real portuguesa, representada pelas Casas de Suplicação. Exemplo são as obras referenciadas, de MÁRIO GUIMARÃES e ANTÔNIO PEDRO DIAS HOMEM que apresentam, respectivamente a não-recorribilidade (posição minoritária) e a recorribilidade (posição majoritária) das decisões de tais juizes.

<sup>30</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 30.

As atividades da Monarquia Portuguesa, particularmente no período das Ordenções Afonsinas (1446), traziam como marca mecanismos de embionários de *controle externo* da qualidade e adequação dos trabalhos judiciários. A exemplo de outros países da Europa, ocorriam inspeções, por parte de corregedores e síndicos (a mando do rei) dos trabalhos dos juízes, que *respondiam perante as partes por danos provocados em caso de dolo ou culpa*, e perante a Coroa com *penas corporais* (Ordenações Afinsinas: 3.71.25). Havia também a obrigatoriedade de prestação de contas ao antes mencionado Regedor da Casa de Suplicação e a proibição de compra e venda de cargos judiciais, ao contrário do que ocorreu na França, por exemplo.<sup>31</sup>

Com o advento das Ordenações do Reino (1603), informadas pelas fundamentais Leis Menuelinas de 1514, e Joaninas de 1544, surge a obrigação dos estudos Universitários dos juízes nomeados pelo rei e de feitura de concurso ante o Desembargo do Paço, em contraposição à realidade anterior que poderia abrigar nas primeiras instancias até mesmo juízes analfabetos.

Mesmo os magistrados concursados poderiam apenas permanecer nos cargos por três anos, podendo ser, após este período designados para funções semelhantes ou melhoradas.

O Desembargo do Paço, criado por D. João II, com atribuições e organização especialíssimas, a princípio constava apenas da coadjuvação que prestavam dois desembargadores ao rei, por ele chamados para auxiliá-lo em seus despachos. D. João III deu-lhes regulamentação e a Ord., Liv. 1º, tit. 3º, fixou-lhe atribuições que ficam melhor definidas pelo regimento de 27 de julho de 1582.<sup>32</sup>

O Desembargo do Paço era a mais importante instituição jurisdicional portuguesa, o verdadeiro centro de poder naquele país; suas decisões, emanadas diretamente do Rei, tinham força obrigatória até mesmo para as Casas de Suplicação.

Mesmo tendo Portugal apresentado avanços importantíssimos em termos de gestão judiciária, fatos históricos apontam a inexistência de verdadeiras garantias de independência e imparcialidade, direcionadas aos juízes. Em especial no reinado de D. José I, são inúmeras as interferências diretas no funcionamento da justiça, com instrumentos para a coação de juízes que poderiam ser à mando da Coroa, demitidos, presos e até exilados.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> HOMEM, op. cit., p. 58.

<sup>32</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 30.

<sup>33</sup> HOMEM, op. cit., p. 61.

A organização judiciária da Monarquia Portuguesa transportou-se muito semelhantemente ao Brasil, em épocas de colonização. Vigoraram aqui as Ordenações Filipinas mesmo após a independência, até completa revogação pelas leis nacionais.

Em 1609, foi instalado o primeiro tribunal régio brasileiro, denominado “Tribunal de Relação da Bahia”, instância com características corregedoriais, na medida em que fiscalizava a ação de juízes e oficiais de justiça oficiantes no Estado, outro tribunal desta mesma natureza seria instituído no Rio de Janeiro, em 1751 em decorrência do desenvolvimento das capitanias hereditárias sulistas.

A Constituição imperial de 25 de março de 1824 introduziu modificações na formatação da primeira instância da justiça brasileira, eliminando os juízes da terra, que não provavam vingar em vista de sua corruptibilidade e proximidade dos poderosos locais. Tal diploma proclamou, inaustralmente e em consonância com o projeto liberal, a independência do judiciário, com o estabelecimento de certas garantias aos membros da magistratura; nada porém de verdadeira densidade democrática.

A segunda instância da justiça portuguesa, nomeadamente a Casa de Suplicação, foi Instituída no Rio de Janeiro. Dentre os juízes do coloniais oficiantes em tal tribunal, o que maiores benefícios proporcionou foi o *ouvidor* “que podia conhecer de ações novas a dez léguas de onde estivesse, de apelações e agravos.”<sup>34</sup>

Outro dado é que, estes juízes ouvidores eram nomeados pelos chamados *donatários*, homens de confiança do Rei João III, que os investiu na posse de faixas de terra, em uma espécie de delegação da exploração da colônia.

Segundo a outorga constitucional, oficiariam em causas de natureza cível e criminal, juízes e jurados, competindo à estes examinarem a matéria fática e àqueles a atividade subsuntiva somente. De qualquer sorte, estamos fora do domínio popular, e seja pela vinculação ao Rei ou aos donatários por ele nomeados, a independência de juízes e suas responsabilidades, no período histórico da colonização, é insuficiente para um judiciário realmente forte.

### **1.1.3 O Juiz como Protagonista da Transição Direito Natural/Direito Positivo e seu Status Moderno**

Tomba o absolutismo; ergue-se o Estado Moderno.

---

<sup>34</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 30.



A derrocada da caroa traz também a queda da falácia de divindade das linhagens reais, e o mundo fervilha com ideias racionalistas, reivindicando o fim dos privilégios monárquicos.

Com a formação do Estado moderno, e ao contrário do que ocorria com as pluralistas sociedades medievais em que o direito era mais um fenômeno social, tem início o que NORBERTO BOBBIO<sup>35</sup> chamou de “*monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”. A sociedade assume estrutura monista, com todos os poderes concentrados na nova entidade soberana.

A passagem da sociedade medieval para a sociedade moderna pressupõe não só a superação da primazia do direito natural (o que evidenciava uma distinção de grau), mais o *fim da própria dicotomia direito natural/positivo*, em termos de qualificação.

[...] O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mais o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra da positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito ao direito positivo, e o direito natural é excludo da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.<sup>36</sup>

Antes da consolidação do Estado-Instituição, as sociedades medievais, constituídas por agrupamentos detacados e de costumes próprios, não viam necessidade em sistematizar o direito, pois este era produto da dinâmica das relações sociais.

O trabalho dos juízes, baseado na concepção comum, era o de pôr normas que prestavam-se à resolução de controvérsias pontuais, buscando os fundamentos da solução em seu próprio senso de equidade e em sua experiência, já que não estavam obrigados a seguir normas produzidas, considerando-se que o poder legislativo era até então inexistente.

A esta altura nascem na Inglaterra, com THOMAS HOBBS, os primeiros contornos do positivismo jurídico, qual o concebemos hoje, bem como as raízes da atuação dos juízes como *aplicadores do direito*.

Em verdade, HOBBS lança feroz crítica ao sistema de *common law*<sup>37</sup>, e consequentemente à liberdade criativa dos juízes. É o que se visualiza em uma das obras do

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 27. Logicamente, as bases libertárias do direito natural sobrevivem até hoje, ressurgidas nas discussões que evocam a *moral* como elemento conceitual do direito.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>37</sup> Para ARTHUR T. VON MEHREN, em **The US Legal System: Between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions**. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparado e Straniero, 2000, p. 1-4, a diferença primordial entre as realidades do *Civil* e do *Common Law*, reside na identificação dos pontos de partida para as interações/relações jurídicas: “*No Civil Law, tais pontos estão contidos em legislações que, quando da*

final de sua vida, que exprime um diálogo entre um filósofo (ele próprio) e um jurista inglês, discípulo de Sir EDWARD COKE, um dos sistematizadores do direito em terras inglesas. O debate desenvolve-se nos seguintes termos:

*Jurista:* O que te faz dizer que o estudo do Direito é menos racional que o estudo da Matemática?

*Filósofo:* Eu não digo isto; todo estudo é racional, ou não vale de nada, mais isso sim eu digo: que os mestres da Matemática não tão frequentemente enganam-se, quanto os grandes mestres do Direito. [...]

*Jurista:* Mas que o juiz, com razão tão boa quanto supõe, tome cuidado para que não se afaste demais da letra do estatuto/lei; *pois [na tradição anglo-saxônica] existe tal possibilidade.*

*Filósofo:* Existe a possibilidade de que se afaste da letra do estatuto/lei, e *também* de que se afaste de seu significado e de seu sentido, que podem ser compreendidos por um homem instruído (como juízes geralmente são), a partir de seu preâmbulo, ou do período em que foi feita, ou pelas inquietações para as quais foi feita.<sup>38</sup>

O filósofo insiste na possibilidade de desvirtuamento de lei estável, ao afirmar que o juiz, por boa que seja sua razão frente ao mundo e ao direito, pode muito bem afastar-se do sentido legal; isto é fundamental já que o julgador deveria seguir o que a lei estabelece, tendo assim um parâmetro sólido de atuação e estando menos suscetível a cometer arbitrariedades.

THOMAS HOBBS busca sustentação em um princípio de direito natural para afirmar a existência de um *estado de natureza*, no qual todos os homens são iguais e tem direito de usar de força para garantir a própria sobrevivência.

Tal estado original tende a ser uma constante anarquia, pois nada garante que um homem respeitará de livre vontade a integridade de outro. Em seu *Leviatã* (1651),<sup>39</sup> argumenta:

---

*organização de regras e normas de direito privado, formam códigos. Já no Common Law, tendo em conta suas origens, eles (pontos de partida) são encontrados nas decisões judiciais e muito menos freqüentemente em estatutos ou códigos. (t.n.) No original: "In the Civil Law, these are contained in legislation which, when general rules and norms of private law are in question, takes the form of a code. In the Common Law, in earlier periods, starting points for legal reasoning were found in judicial decisions and, to a much lesser extent, in statutes."*

<sup>38</sup> HOBBS, Thomas. **A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law.** Paris: Dalloz, 1966, p. 76-74. *Lawyer: what makes you say, that the study of the law is less rational than the study of the mathematics? Philosopher: I say not that; for all study is rational, or nothing worth: but I say, that the great masters of the mathematics do not so often err as the great professors of the law. Lawyer: But let the judge, how good so ever he thinks his reasoning, take heed that he depart not too much from the letter of the statute: for it is not without danger. Philosopher: he may without danger recede from the letter, if he do not from the meaning and the sense of the law; which may be by a learned man, (such as judges commonly are,) easily found out by the preamble, the time when it is made, and the incommunities for which it was made. But I pray tell me, to what end were statute laws ordained, seeing the law of reason ought to be applied to every controversy that can rise.*

<sup>39</sup> Idem. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Lisboa: Imprensa Nacional /Casa da Moeda, 1995, p. 143.

Porque as leis da natureza (com a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a *piedade* ou em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de as levar a serem respeitadas, são contrárias às nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho a vingança ou coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém.

Considera, assim, necessária a passagem do *estado de natureza* para um *estado civil*, onde a centralização do poder (inclusive o de impor normas), em mãos de um soberano (o Estado), garante a autoridade e a previsibilidade de consequências aos que violam a “natureza” igualitária dos homens.

Vou em primeiro ferir-me ao Estado por instituição. A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender [os homens] das invasões dos estrangeiros, e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem ou uma assembléia de homens, que possa reduzir as suas diversas vontades, por pluralidade de votos, à uma só vontade.<sup>40</sup>

Passando existir o *estado civil*, a lei por ele posta torna-se o referencial principal de trabalho dos julgadores, tendo em vista não integram mais eles uma estrutura difusa e consuetudinária e sim a fisiologia do próprio Estado (o juiz é um agente estatal).

O papel do juiz muda totalmente, já que agora não mais transita ele livremente pelo campo da produção circunstanciada de normas, baseada em critérios eleitos de forma pessoal, mais estritamente dentro de critérios pré-estabelecidos.

A história do deslocamento mito/razão (direito natural/positivo) confunde-se com a do próprio juiz, porque o advento do positivismo habilita apenas a norma estatal como apta a ser imposta nas cortes.

A influência da figura profissional dos juizes pelos grandes teóricos modernos não esgota-se em HOBBS.

O espírito do iluminismo dos Séc. XVII e XVIII traz referências ao grande MONTESQUIEU, que, a par da sistematização da doutrina sobre a Separação dos Poderes (a ser oportunamente examinada) decretou originalmente: “mas os juizes da nação são, como

---

<sup>40</sup> Ibidem. p. 146-147.

dissemos, a boca pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar a sua força nem seu rigor”.<sup>41</sup> (t.n.)

Por qual razão, porém, teria então o estadista assim afirmado?

No bojo da política filosófica iluminista, é justa a amostra coletada da *OXFORD'S ENCYCLOPEDIA OF THE ENLIGHTENMENT*, segundo a qual:

MONTESQUIEU recomendou um legislativo bicameral, que abrigasse um Senado composto por homens bem sucedidos, saudáveis/afortunados e distintos, juntamente a um único executivo e a um judiciário separado, incluindo juris populares para a segurança do povo contra processos deflagrados pelo executivo.<sup>42</sup> (t.n.)

O contexto histórico que enseja a concepção do juiz como “a boca da lei”, pressupõe a acensão da burguesia liberal, de feição mercantilista, que consagra pensamento econômico de então: acumulação, liberdade de mercado e a política informada pelo binômio *lassiez-faire/lessaiz-passer* (estritamente: liberdade na produção/liberdade de passagem e comércio). Propugnava-se que o movimento do mercado era o cerne da sobrevivência dos homens, a troca seria a *força do reino*, de sorte que:

O Estado não deveria interferir nas relações econômicas ou, no máximo, poderia atuar de forma subsidiária ou complementar em setores cuja exploração não fosse lucrativa ou não interessasse aos particulares. A função precípua do governo deveria ser a manutenção da ordem, a preservação da paz e a proteção da propriedade privada, não sendo, pois, concebível ou tolerável a sua interferência no mundo privado dos negócios.<sup>43</sup>

De fato, o liberalismo econômico que acompanha o advento iluminista traz, sobretudo na França (com as trágicas experiências de sua monarquia), a pretensão de não intervenção do Estado em direitos de propriedade privada, com o império absoluto da legalidade positiva.

Em termos gerais, pode-se dizer que o movimento liberal se propôs a realizar cinco princípios fundamentais: soberania nacional, constituições escritas, representação política,

<sup>41</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **L'esprit des Loix**. Paris: Librairie Garnier Frères. 1927. p. 159. *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*

<sup>42</sup> **Encyclopedia of the Enlightenment**. Vol. III. New York. Oxford University Press – Chief Editor: Alan Charles Kors, 2003, p. 322. *Montesquieu recommended a two-house legislative, with the Sanate for the successful, wealthy, and distinguished, together with a single executive and a separate judiciary, including popular juries to protect the people's security from the executive's prosecutions.*

<sup>43</sup> COSTA, Luis Cesar Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: 5. Ed. Scipione, 1995, p. 163.

divisão de poderes e direitos e liberdades individuais, plasmadas na máxima “o que não está proibido pela lei, está permitido.”<sup>44</sup>”

O juiz passa então, em grande parte do continente europeu a um puro funcionário, ao qual não era permitido fazer, da lei, nenhuma interpretação. Mais especificamente, e em vista da “novidade” de uma lei que expressava a vontade da maioria, *não era dado ao juiz fazer interpretações pessoais desta vontade geral.*

A política de não intervenção alcança a figura do juiz com a avassaladora influência que exerceu à época: representando ele o Estado, e este sendo mero espectador das oscilações do mercado, não é devida a sua ação, já que a liberdade justifica-se por si só.

Quando se evoca “divisão dos poderes”, não se trata propriamente de uniformidade capital entre funções do Estado, visto que os sistemas constitucionais que começavam a surgir assentam-se na primazia do material legislado como centro da participação popular.

Para avançarmos, será bom transcrever a sumária e claríssima linha histórica da evolução dos juízes, oferecida por ANTÔNIO PEDRO DIAS HOMEM<sup>45</sup>:

1º Na época medieval, a invenção dos tribunais, como exigência da visão cristã acerca da justiça.

2º Na época moderna, e definição do estatuto jurídico dos tribunais e dos juízes, reflexo da construção do Estado Soberano.

3º No início da época contemporânea, o nascimento dos tribunais superiores e do ministério público, corolário das concepções liberais e constitucionais do Estado de direito.

4º Com o Estado Novo, a definição formal das fontes de direito e do estatuto dos juízes reflete a concepção autoritária do Estado.

Até o período das ditaduras que precederam o período da Segunda Guerra Mundial, prevaleceu o perfil do juiz funcionário, encaixado no legalismo que havia instaurado-se na Europa; o magistrado ainda era considerado o mero aplicador irreflexivo, de uma normativa clara e pretensamente compreensível por todos.

O surgimento das Constituições, como pactos democráticos entre homens ideologicamente livres e a instituição de tribunais constitucionais com sua função de estabilização do Estado, anunciam a vitória do positivismo e também consolidam as tradições segundo as quais a atividade de um juiz resume-se a imposição de normais e não em sua criação.

Partindo da premissa do surgimento do positivismo, seguimos com o enquadramento dos juízes a seus moldes e aos demais assuntos.

---

<sup>44</sup> HOMEM, op. cit., p. 62

<sup>45</sup> HOMEM, op. cit., p. 54.

## 1.2 Enquadramento da Figura “Juiz” ao Positivismo: uma Análise à Luz do Esquema Analítico de Herbert Lionel Adolphus Hart

### 1.2.1 Justificativas Metodológicas

Tratando-se esta fase de uma preparação para análises subseqüentes e de maior complexidade, e sendo o *positivismo jurídico* o referencial geral com o qual trabalhamos, são, à altura, necessárias as primeiras justificações metodológicas de escolha de nossas premissas, assim poderão revelar-se as pretensões teóricas que cultivamos.

Embora, como já alertou ELIVAL DA SILVA RAMOS<sup>46</sup>, esteja entre nós difundida certa “retórica de superação do positivismo jurídico”, a preponderância de tal tendência intelectual e de seu método, está longe de estar vencida.

Não se pode negar o mérito da doutrina em dedicar-se à crítica dos reducionismos decorrentes da crença de que tudo se resolve pelo direito legislado (crítica aos fundamentos da dogmática jurídica), mas não se deve perder de vista o escólio de HANS Kelsen, no sentido de que embora a norma represente um *dever ser*, os atos de vontade de que ela constitui o sentido e o ato dela positivador são providências da ordem do *ser*.<sup>47</sup>

O método positivista caracteriza-se pela “preponderância do direito estatal (direito posto, direito positivo) em relação ao direito não estatal, como originário do costume”<sup>48</sup>, de sorte a ser impossível a existência de dois ordenamentos paralelos sistematizados dentro do mesmo Estado. Assim, prevalência da lei sobre as demais fontes estatais do direito (*legalismo*), *não é estritamente um postulado positivista*.

É equivocado sustentar uma (hipotética) queda da primazia positivista pela falha da manobra de colocação da lei no ápice da hierarquia jurídica, já que seu devido lugar é abaixo da Constituição<sup>49</sup>. Corrigida esta disfunção, ninguém nega que a lei jamais deixou de ser entre nós, um dos referenciais elementares de trabalho dos juristas.

Na dinâmica positivista vivenciada pelas democracias atuais é uniforme a aceitação da tese de que as normas carregam em seu intento regulador, intrinsecamente, juízos valorativos

<sup>46</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

<sup>47</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 22.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 39.

<sup>49</sup> RAMOS, op. cit. p. 57. Acrescenta: “A suplantação da lei pela Constituição no plano das fontes do direito, em nada afetou a Dogmática positivista, não por dizer respeito a um elemento essencial e sim meramente acidental dessa vertente teórica, presente na obra de autores europeus que produziram trabalhos anteriormente à consolidação da jurisdição constitucional na Europa, em meados do século passado. Tanto é assim que HANS Kelsen, um dos mais representativos juristas filiados ao positivismo, posicionou a Constituição, e não a lei, no topo de sua pirâmide hierárquica, desconsiderado o pressuposto lógico transcendental da norma fundamental.”

e, apesar da necessidade eventual de intervenção hermenêutica por parte dos juízes na modelagem da norma aos casos concretos, é necessária a qualquer abordagem jurídico-científica o enfoque do direito *primariamente* desvinculado das considerações axiológicas que se possa construir a seu respeito.

A crescente complexidade dos conflitos sociais, o acirramento das disputas inter individuais e os persistentes episódios de corrupção na política, colocam o juiz em linhas de frente na proteção da estrutura do Estado Democrático de Direito, mais ao mesmo tempo, no centro de audaciosas críticas.

O conjunto difuso de idéias que informam a evolução do positivismo jurídico, tais como fundamentalidade de direitos e incorporação de princípios de moralidade política em decisões judiciais, trazem acusações de gigantismo do judiciário, materializadas em ativismo indesejado e em usurpação das competências do legislativo.

Esta conjuntura nos permite, a partir da lógica positivista, refletir sobre o poder dos juízes e investigar em que medida sua capacidade criativa do direito pode melhorar a vida em sociedade.

Especificando a estratégia para a abordagem, nossa redação envolve a doutrina de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART (1907-199), filósofo jurídico inglês que conferiu à tradição positivista patamar singular de aprimoramento, na medida em que identificou de forma precisa, obscuridades que diminuíam sua aptidão em fornecer respostas convincentes a certos tipos de indagação relativas, sobretudo, à especificação do elemento normativo que *justifica* a obrigatoriedade dos preceitos legais, ou a imposição de tal obrigatoriedade por parte de alguma autoridade.

HART lança um *esquema artificial e geral*, que permite o enquadramento de diversos institutos jurídicos a bases científicas sólidas, tendo em vista amplitude de sua visão.

Em “*O Conceito de Direito*”<sup>50</sup> de 1961, talvez o mais importante livro de filosofia jurídica produzido no século XX, o autor disserta sobre exigências a serem cumpridas para que se obtenha idéia consistente do que é direito; o pensador jamais descuida da coesão de sua argumentação e da qualidade de seus referencias, exemplo disso é a eleição de JOHN AUSTIN

---

<sup>50</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 17. Será útil, a fim de evitar grosserias, alertar que as considerações aqui desenvolvidas à luz das idéias de HART são da mais absoluta singeleza. Não obstante a seja a obra referenciada a fonte de inspiração para a escrita do subsequente tópico em sua totalidade, especifica-se o corte da teoria hartiana do qual nos servimos: na identificação das perplexidades que assolam a Teoria do Direito atualmente, trabalha-se com as *semelhanças e diferenças do direito com ordens apoiadas por ameaças/crítica a JOHN AUSTIN* e com a *tese de diversidade das leis/conteúdo das normas*; tais teorizações encontram-se, respectivamente, nos capítulos II e III de “*O Conceito de Direito*”.

(1790-1859), primeiro professor de jurisprudência do *University College* de Londres, como base para a crítica à redução do direito a um tipo único de conteúdo, como em breve se verá.

### **1.2.2 A Crítica de Hart a Austin: Centralidade da Compreensão do Direito no Elemento “Sanção” e Possibilidades do Desvelar de um Elemento Potestativo Associado aos Juízes:**

O teorema analítico<sup>51</sup> de HART parte da premissa de que estamos a examinar uma teoria do direito que tem por objeto o *ordenamento jurídico*.

Consciente de que um trabalho de genuína compreensão do direito esbarra em sérias dificuldades quando da dependência da *norma* isoladamente<sup>52</sup>, o autor inglês aponta para existência de *conteúdos normativos específicos num sistema*, sendo tal diversidade contributo essencial para a vida em sociedade. Tudo faz parte de um esforço global de busca por elementos integrantes de um conceito de direito, em caráter experimental.

As normas do direito penal, por exemplo, que tem por objetivo coibir condutas nocivas à ordem pública, tem *função social* diferenciada em relação às normas que outorgam poderes às pessoas para exercerem direitos de natureza privada validamente, como celebrar contratos, casamentos, em fim, para organizarem os diferentes aspectos de suas vidas. Existem também certas normas (que nos interessam mais proximamente), que conferem poderes de natureza pública às autoridades, *nas quais estão enquadrados os juízes*.

---

<sup>51</sup> RONALD DWORKIN, em seu **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 45, inobstante suas diferenças teóricas em relação a HART, esclarece com precisão o que se entende por positivismo analítico: “O positivismo analítico doutrinário sustenta que a independência do direito relativamente à moral não depende de nenhuma interpretação política ou moral da prática jurídica, nem de nenhuma outra doutrina política [...] Se compreendermos bem o conceito doutrinário de direito, afirmam os positivistas analíticos, veremos que se trata de uma espécie de verdade necessária a circunstância de os fatos morais não poderem figurar entre as condições de veracidade de tais preposições.”

<sup>52</sup>As dificuldades referidas encontram-se descritas de forma não uniforme na teoria de HART, o que torna difícil pontuá-las, porém tais dificuldades coincidem em boa medida com as de NORBERTO BOBBIO, que em sua obra **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 4. ed. Brasília: Edund, 1994, p. 22, as sintetiza: “Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é produto do ordenamento jurídico. Significa portanto, que uma definição satisfatória do Direito, só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. Repensemos por um momento as várias tentativas feitas para definir o direito através deste ao daquele elemento da norma jurídica. Todas elas resultaram em sérias dificuldades. Os critérios adotados, a cada vez, para encontrar uma definição do direito tomando por base a norma jurídica ou foram tais que deles não foi possível obter qualquer elemento característico dessa norma com respeito à outras categorias de norma (como as normas morais ou sociais), conduzindo portanto a um círculo vicioso, ou então reconduziriam àquele fenômeno mais complexo da organização de um sistema de regras de conduta, no qual consiste justamente o ordenamento jurídico, abrindo, assim, para uma estrada que tinha como saída o reconhecimento da relevância do ordenamento para a compreensão do fenômeno jurídico.”



O referencial teórico de HART neste particular corte de sua doutrina, é o positivismo jurídico de JOHN AUSTIN, e sua concepção relativa ao elemento *sanção*, como chave para a compreensão das ciências da jurisprudência (assim se refere à ciência do direito na Inglaterra) e da moral.

O posicionamento austiniano consagra uma modalidade estrita de positivismo, a qual, para além de um imperativismo<sup>53</sup> que situa a norma jurídica no patamar de ordens dirigidas pelo soberano a seus súditos, considera-a um *imperativo hipotético centrado na coatividade*, não dirigido aos nacionais, mais aos operadores oficiais do direito, os magistrados.<sup>54</sup>

### 1.2.3 Contextualização Necessária: Hart e o “Modelo do Assaltante”

AUSTIN propõe gravitar o direito em torno de um conjunto de *ordens apoiadas por ameaças*: o fenômeno jurídico principal seria a *sanção prometida no caso do desvio de comandos* efetuados por normas dirigidas (*addressed*) a certa classe de pessoas.

Neste sentido, é o texto de seu *Province of Jurisprudence Determined (Lecture I)*:

Se você expressar ou me impor uma vontade a que eu deva obedecer, ou proibir-me de algum ato, e se você me visitar com um malefício caso eu me desvie de tal vontade, a expressão ou imposição de sua vontade é um *comando*. Um *comando* distingue-se de outras significações da vontade, não pelo modo com esta vontade é representada/apresentada, mais pelo poder e pelo propósito da parte que comanda de infligir um mal ou dor caso a vontade seja desrespeitada. Se você não pode ou não vai prejudicar-me em caso de desobediência [da vontade imposta], a expressão de vontade não é um comando, embora você exare tal vontade numa frase imperativa. (*Tradução e grifos nossos*)<sup>55</sup>

A tentativa de identificação acima evidenciada toma, no modelo de AUSTIN, a possibilidade de um acontecimento que um “homem normal considera nocivo ou

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 195.

<sup>54</sup> RAMOS, op. cit. p. 40. No mesmo sentido, HANS KELSEN ao longo de seu trabalho “**Teoria Pura do Direito**”, já referenciado.

<sup>55</sup> AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined in Lectures of Jurisprudence or the Philosophy of the Positive Law**. London: John Murray/Albemarle Street, 1913, p. 11-12. *If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is command. A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commending to inflict an evil or pain in case the desire the desire de disregarded. If you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase.*

desagradável”<sup>56</sup>: *a situação de um assaltante* que, armado, ordena a quem possui dinheiro que o entregue, sob “pena” de ser alvejado.

HART elabora seu esquema empreendendo verdadeira desconstituição terminológica e científica da identificação pura do direito com ordens apoiadas por ameaças.

Com relação especificamente ao nosso tema, tomando em conta as idéias de AUSTIN (e suas fortíssimas influências) poderíamos considerar que o elemento de inevitável autoridade vinculado aos juízes é visualizado quando o concebemos como *o agente que concretiza a ameaça prometida quando do descumprimento da ordem*.

Cabe esclarecer, primordialmente, que não se trata de criticar a tese da relação necessária entre coação e ordenamento, em perspectiva sistêmica, e tampouco sua imperatividade, “registrando-se razoável consenso doutrinário em torno da configuração das normas jurídicas proposições jurídicas hipotéticas”<sup>57</sup>.

Pretende-se, no entanto empreender um esforço no sentido de demonstrar que idéia do direito como coação sofre importante revisão, verificando-se, no bojo da diversidade de conteúdos normativos, a impossibilidade de que a prática dos juízes esteja representada de forma elementar, pela sanção/coação.

Retornando ao enquadramento a HART, o primeiro ataque que este defere contra JOHN AUSTIN é relativo ao uso do termo *comando*; na opinião daquele, esta palavra é erroneamente utilizada por este, no que diz respeito à Teoria do Direito. A situação simples na qual se usam apenas ameaças de danos e nada mais para forçar obediência, não seria uma conjuntura na qual se falaria naturalmente em *comandos*.

Essa palavra, não muito comum fora do contexto militar, denota fortemente a existência de uma organização hierárquica de homens, como um exército ou um grupo de discípulos, no qual o comandante ocupa posição proeminente. [...] Um aspecto mais importante – por constituir uma distinção crucial ente diferentes formas de “imperativo” – é não ser necessário, quando se dá um comando, que exista uma ameaça latente de dano na hipótese de desobediência. A posição de comando se caracteriza pelo exercício da autoridade sobre homens, e não pelo poder de infligir dano, o comando é, antes de tudo, não um recurso ao medo, mais uma chamada ao respeito pela *autoridade*.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> HART, op. cit. p. 24. JOHN AUSTIN complementa, no mesmo **Province**: “quanto maior o mal eventual e quanto maior a chance de que seja ele infligido, maior serão a eficácia do comando, e a força da obrigação.” No original: “The greater the eventual evil, and the greater the chance of incurring it, the greater is the efficiency of the command, and the greater is the strength of the obligation.”

<sup>57</sup> RAMOS, op. cit. p. 55.

<sup>58</sup> Ibidem. p. 25-26.

O equívoco de AUSTIN, na crítica, consiste em supor que, numa situação tal como a do assaltante, este exerce alguma *autoridade* sobre a vítima. O vocábulo *autoridade* é empregado por HART no sentido de “um direito de dar ordens”, o que obviamente o ladrão não possui, por exercer coação isolada e circunstancial.

O controle jurídico, na doutrina hartiana não consiste primordialmente de normas/ordens proferidas face a face, como as do modelo. Ao contrário, o conteúdo de uma lei integrante do sistema é geral em dois sentidos: aplica-se a todas as condutas de um tipo específico, e a todos os indivíduos de uma classe específica. Ordens dadas individualmente no máximo cumpririam um papel secundário, no mínimo porque nenhuma sociedade poderia dispor do número de funcionários necessários para assegurar que cada um de seus membros fosse oficial e individualmente avisado de cada ato que dele se espera.

Além disso, o assaltante não dá à vítima ordens permanentes, como sói o sistema de direito poderia.

A ascendência, neste caso, o que materializa a possibilidade de que haja obediência, consiste simplesmente no fato de que no momento do ameaça o criminoso impunha arma: caso retire-se este elemento desaparece a posição de superioridade.

Como se infere, não é possível conceber a execução continuada da ameaça.

Ocorre que direito tende a assumir natureza uniforme e, embora HART afirme nada haver nisso de indecoroso, não se pode negar que da tentativa de redução *direito=ameaças* decorrem distorções das quais devemos nos ocupar de modo de visualizarmos o real status do poder dos juízes no positivismo atual.

#### **1.2.4 Juízes, Dualidade de Teses sobre Exercício dos Poderes Públicos e Possíveis Conclusões**

Duas teses, extensivas da postura teórica de compreender-se o direito por ameaças podem ser identificadas: a primeira delas, mais *moderada*, considera que somente as normas do direito penal são normas completas, porque já trazem a sanção em sua fisiologia. Por este posicionamento as normas de direito civil, ou que *conferem poderes de natureza privada* são meros fragmentos de normativos, com um núcleo real que traz a *nulidade como sanção*.

Uma segunda tese é denominada por HART *radical*, porque seu rigor nega condição de norma genuína até mesmo às regras do direito penal, não há lei proibitiva, somente um comando direcionado às autoridades para que apliquem sanções (decorrência teórica da

proposta de AUSTIN). Aqui visualiza-se o *status* da sanção no que diz respeito aos agentes que exercem *poderes de natureza pública*, dentre os quais os *juizes*.

Deixando de lado o exemplo oferecido por HART<sup>59</sup> e buscando amostra no Direito Brasileiro, tratemos inicialmente da chamada *tese moderada* ou tese da sanção como nulidade, com recurso ao artigo 1.245 de nosso Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.<sup>60</sup>

A interpretação do dispositivo leva a duas conclusões imediatas: em primeiro lugar, a de que podem as pessoas pactuar negócios segundo os quais a propriedade imóvel é transferida, e em segundo; existe uma formalidade imposta pelo ordenamento para que tal transferência dê-se validamente, qual seja a apresentação do título que formaliza o negócio a um oficial público (notário), para que este o registre.

Sem este registro, o adquirente não se torna proprietário, ainda que tenha pago o valor correspondente.

A tese em exame propõe que o âmago da norma que institui tal formalidade é representado por uma *penalização* (sanção) ao adquirente que descumpra a formalidade (registro). A forma real não seria “*registre o título para ser proprietário*”, mais “*registre o título, senão, será punido com a nulidade do negócio*”.

Já a forma mais *radical* do englobar contudístico das normas pela sanção, traduz a cláusula de ordem apoiada por ameaças como mandamento direcionado às *autoridades* para apliquem punição a quem descumpra um preceito normativo *condicional*.

Aquilo que se considera normalmente como conteúdo do direito, que se destina a orientar a conduta dos cidadãos comuns, é apenas uma cláusula antecedente, ou “cláusula condicional” de uma norma que não se dirige aos cidadãos em geral, mais às *autoridades*, e que lhes ordena que apliquem determinadas sanções caso sejam satisfeitas certas condições. Segundo esta idéia, todas as leis autênticas são ordens condicionais dadas às *autoridades* para aplicar sanções.

<sup>59</sup> HART usa o exemplo das formalidades para a validade de um testamento no Direito Inglês: “*The will must be in writing; The testator must sign the document; There must be two witnesses to attest to the testator’s signature and to the correct execution of the will.*” **Section 9<sup>a</sup> / Wills Act – 1837**. “*O testamento deve ser escrito; O testador deve assinar o documento; Deve haver duas testemunhas para atestar que a assinatura no documento realmente é a do testador e para a correta execução do testamento*”. (T.N.)

<sup>60</sup>BRASIL. Código Civil Brasileiro. [Brasília, DF]: [s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

Assim, não existe norma que proíba, por exemplo, o homicídio.

O que existe é apenas uma norma que instrui as autoridades (juízes), a aplicarem certas sanções em certas circunstâncias àqueles que de fato pratiquem certas condutas, condicionalmente: “*se ‘A’ matar alguém, deve o juiz, ouvido o júri, aplicar-lhe pena de seis a vinte anos*”.

Do mesmo modo, em nosso exemplo relativo à obrigatoriedade de registro para a aquisição da propriedade imóvel, tal exigência afigurar-se-ia como uma parte comum das muitas instruções para que os juízes apliquem sanções a um contratante que recuse-se a pagar o registro.<sup>61</sup>

As normas de competência vêm-se igualmente englobadas pela inventividade desta tese, na medida em que seriam meros requisitos para que juízes punissem o descumprimento de leis, qualquer que seja seu conteúdo.

As duas teses que apresentamos fazem da sanção o elemento central, mais não podemos aceitar que seja a aplicação delas o papel essencial dos juízes (dimensão de potestade), em um contexto democrático.

Justamente ao contrário, a ação positivista do magistrado consiste em aperfeiçoar a *função social específica de cada campo do direito*, sem redução das matérias jurídicas a quaisquer objetivos que não sejam a paz social e o aprimoramento da democracia.

Se circunscrevêssemos o papel dos juízes ao elemento prioritário de sanções, obscureceríamos a realidade de que espera-se dos cidadãos que, “sem necessidade de ajuda ou intervenção das autoridades, compreendam as normas, se dêem conta de que estas se aplicam a eles e as obedeçam.”<sup>62</sup>

Só quando a lei é infringida, e esta função primária da lei falha, é que as autoridades estão encarregadas de identificar o fato que configura a infração e impor as sanções previstas. A característica distintiva desta técnica, se comparada às ordens individuais face a face, que uma autoridade, como um policial de trânsito, poderia dar a um motorista, é que os membros da sociedade devem descobrir por si mesmos as normas e adaptar seu comportamento a elas; nesse sentido eles mesmos ‘aplicam’ as normas a si mesmos, embora a sanção agregada a norma lhes ofereça um motivo para a obediência. [...] As normas referentes aos tribunais só entram em ação após o colapso ou malogro do objetivo primário do sistema.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> HART, op. cit. p. 49.

<sup>62</sup> HART, op. cit. p. 52.

Na coleta acima, nosso referencial alerta para a realidade de que, a redução da fenomenologia jurídica à sanção *é impossível*, pela própria operação normal do direito; HART desnuda o fato de que sanções entram em uso (apenas) caso falhe a intenção de orientação materializada pelo controle social (caráter primário).

Tal distorção toma o espectro da inversão dos aspectos principal (orientação, adaptação e liberdade) e subsidiário (punição e contenção de ameaças reais à ordem pública) da função de controle social do direito, podendo-se concluir-se que a ação dos juízes, como as normas de sanção, embora indispensável, é meramente *subsidiária*.

Sua ação não está direcionada, inicialmente e *prima facie* a todos os jurisdicionados, mais sim aos que, querendo organizar suas vidas e seus negócios esbarram em óbices à observância das balizas do ordenamento, e aos que ignorando ou desobedecendo estas balizas pratiquem condutas nocivas à coesão do sistema.

Por outro lado, considerando que o poder dos juízes não vem de outro sítio senão do ordenamento jurídico mesmo, certos postulados considerados genuinamente positivistas devem ser revistos para que se vislumbre a possibilidade criativa do direito pela jurisdição.

Na expressão de BOBBIO<sup>64</sup>, “o ordenamento jurídico, para além de uma unidade, constitui também um sistema, [...] entendemos por sistema uma totalidade ordenada, conjuntos entre os quais existe certa ordem”. Aponta, assim, o autor italiano para *as tendências de coerência e completude de um sistema de direito e suas normas*.

A característica ordenamental de *coerência* verifica-se na realidade de que num sistema não devem coexistir normas incompatíveis. Aqui “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade.

Ocorre que o critério de aferição de juridicidade, no movimento positivista, diz respeito unicamente ao elemento formal, ou seja, a norma é fruto de um ato de delegação de poder “em cascata” e, desde que emanada do órgão formalmente adequado e independentemente de seu conteúdo, fará ela parte do sistema.

A lógica de exercício político de produção normativa, porém, não exclui a manufatura de proposições que embora compatíveis (coexistentes no mesmo sistema formal), dêem soluções diferentes à mesma faticidade: *neste caso o juiz cria o direito na medida em que resolve as chamadas antinomias normativas, estabelecendo de forma complementar qual o dispositivo deve-se aplicar caso o material legislado ostente em seus elementos conflitos de conteúdo*.

---

<sup>64</sup> **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 4. ed. Brasília: Edund, 1994, p. 51.

Já com relação à *completude*, princípio pelo qual o ordenamento jurídico é completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer a nenhum outro mecanismo,<sup>65</sup> a reformulação é de importância ainda mais crucial.

O projeto positivista, sob pena de tornar-se inviável, deve conviver com a situação de que “o legislador não pode prever todas as situações sociais que chegam aos tribunais.

É mais que fundamental: o jurisdicionado não pode deixar de receber uma solução legal do tribunal apenas porque o ordenamento é omissivo.<sup>66</sup>

O fato é que, na inteligência do vigente artigo 126 do Código de Processo Civil<sup>67</sup> brasileiro, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando *lacuna ou obscuridade* da lei. No julgamento da lide caber-lhe aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

A *completude*, neste compasso, é recolocada em posição de um pressuposto positivista de colmatação de vazios normativos (a-normatividades)<sup>68</sup>, sob as quais *o juiz cria o direito completando, com independência, o ordenamento em funções interpretativas e integrativas*<sup>69</sup>.

O direito atual, por ser falível e incapaz de regular todos os aspectos da vida, outorga ao juiz margem de liberdade criativa e interpretativa, instituindo normas que o autorizam ir *além* da norma, adaptando às exigências do caso concreto. Assim, o papel dos juízes na criação do direito deve desenvolver as tendências de coerência e completude do ordenamento, com independência para interpretar a norma e moldá-la quando necessário.

Para concluir, a figura do juiz, iluminada pelo positivismo analítico e integral de HERBERT HART, permite-nos visualizá-lo um agente público, que tem por função precípua a efetivação/aperfeiçoamento do Estado Democrático por meio de *especificação* da função social de cada tipo de norma do sistema jurídico, em uma atividade subsidiária e complementar à técnica de se utilizar o direito como mecanismo de controle social.

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>66</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 112. VENOSA, na citada obra, posiciona-se no sentido de que o ordenamento jurídico não pode comportar lacunas, e taxa a discussão nesse sentido de “persistente e cansativa”.

<sup>67</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. [Brasília, DF]: [s.n.], 1973. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> >. Acesso em: 10 jun. 2011.

<sup>68</sup> Orientação oferecida pelo Doutor RENATO BERNARDI, professor de Teoria do Estado no mestrado UNIVEM, em meu seminário de pesquisa realizado em 18 de março de 2011.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

## CAPÍTULO 2 - INDEPENDÊNCIA DE JUÍZES: ASPECTOS TEÓRICOS RELEVANTES

As perplexidades que assolam o ser humano não podem ser sanadas quando o Estado coloca-se na posição de mero expectador das oscilações de equilíbrio social, consubstanciadas nas reminiscências do liberalismo de outrora e na euforia das elites.

O positivismo jurídico (iluminado por esforços teóricos ao redor de todo o globo) evolui para, além dos benefícios de uma estrutura normativa coesa, abrigar certo espaço para considerações que escapam às possibilidades da precisa subsunção.

Nesta seara, verifica-se ampla tendência de se delegar ao Judiciário um papel diferencial, destacado em relação aos de Legiferação e Administração, em razão da superposição da parcela incontroversa de direitos necessária à emancipação das massas.

Ergue-se assim a *independência de juízes*, matéria de grande relevância, com o escopo de que magistrados, no desempenhar de suas funções, em face dos outros Poderes ou mesmo dos jurisdicionados, encontrem-se livres de qualquer forma de constrangimento, coação ou condicionamentos que extrapolem a gestão democrática.

Isto exige que, em determinadas situações os juízes pisem além operando criações que inovam. Esta postura ativista, orientada a resultados, desagrade sobremaneira aos fundamentos da dogmática jurídica e aos que advogam sem reservas a incolumidade da representatividade popular.

O desconforto é relevante, já que o irromper de um direito baseado em precedentes (mesmo no *Civil Law*), de forma mais que tímida, clama por juízes que tenham absoluta consciência de seu papel.

O povo, como titular constitucional do poder, não tolera tergiversações na entrega de direitos, mesmo tendo em vista os problemas estruturais que enfrentam os julgadores (falta de pessoal forense, de novos juízes bem treinados e de recursos materiais/tecnológicos).

O juiz é chamado, pela coletividade, a ir além.

Tal exigência popular esbarra, não obstante, em alegações de insegurança, gigantismo do judiciário e perigos de se entregar a gestão da República a *um direito não legislado e à autoridades não eleitas*.

Este episódio da dissertação apresenta (entre outras coisas) a cadeia jurídico-científica que envolve a independência dos juízes, buscando na literatura jurídica brasileira e mundial repostas às prementes questões sobre a matéria.



## 2.1 Pressupostos de Independência Judiciária: Democracia Responsável e Separação dos Poderes:

Embora o reconhecimento formal da independência dos juízes como requisito necessário para a democracia e a paz tenha já sido feito pela Organização das Nações Unidas<sup>70</sup>, ela (a independência) não nasce sem a adequada ambientação material. Certas providências de articulação do poder são elementares para que surja a legitimidade de decisões no âmbito do Estado Soberano.

O direito legislado, carreador da convenção democrática, não passa de molde vazio que, não obstante encontre eco na realidade social, deve contar com a passagem do abstrato ao concreto, o que segundo MIGUEL REALE<sup>71</sup> “implica o momento de livre apreciação por parte do [...] juiz, porquanto a imperatividade do preceito não se realiza objetivamente sem a sem a apreciação inteligente de um poder capaz de decidir”.

A independência é necessária, fundamentalmente, por não ser possível supor que a lei geral encontrará correspondência exata aos casos colocados aos cuidados do Poder Judiciário.

Embora não disponha o jurista de parâmetro absoluto para eleger sistema interpretativo que traduza esquema ético único; a magistratura apenas pode agir sem coações em contextos de *Democracia Responsável*, e na regência do Princípio da *Separação dos Poderes*.

Ambos os pressupostos, acompanhando a evolução do Direito como um todo, devem assumir conotação que seja capaz de sustentar em profundo as justificações para o espaço republicano do juiz independente.

### 2.1.1 Democracia Responsável: Liberdades Negativas e Dupla Dimensão de Limitação de Poder

A história do pensamento político-filosófico demonstra que a idéia de “Democracia” é abordada de diversas formas, em coerência com o ideal que se tem de Direito. A temática é tratada desde perspectivas meramente jurídico-dogmáticas até vieses direcionados à valoração; é consenso, mesmo ante o grande volume doutrinário sobre a questão, ser ela acampada pela Teoria do Estado e pelas Ciências Políticas.

---

<sup>70</sup> Organização das Nações Unidas (ONU – Conselho de Direitos Humanos), Resolução 1994/41 de 04 de março de 2002. Disponível em <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/8fdc9ab08a436b60802567360038950c?Opendocum ent>> Acesso em 14/06/2011.

<sup>71</sup> REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 347.

Segundo NORBERTO BOBBIO<sup>72</sup>, “o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo”.

Em contraste com a moderna identificação da democracia com os vértices da soberania popular e dos direitos individuais em abordagens principiológicas, foi consenso nos séculos XVI, XVII e XVIII, que poderia ela definir-se, unicamente, como poder amparado por um princípio natural, jamais político ou jurídico.

Embora as intenções dos pensadores daquela época fossem fundamentalmente jus naturalistas, foram elas adaptadas às tendências científico-rationais iluministas, a ponto de ensejarem o predomínio do positivismo jurídico, que, na crítica de DALMO DE ABREU DALLARI, pode reduzir o direito à lei e admitir que esta seja uma criação arbitrária, desde que respeitadas as formalidades escritas.<sup>73</sup>

No Estado Burguês o Direito tinha função meramente ordenadora, isto permitiu que a ideologia democrática original fosse manipulada pelos detentores de poder da época, abandonando-se origens aspiracionais<sup>74</sup> e evocando-se a ilusão liberal de que o mundo provia oportunidades iguais para todos.

As principais (e suficientes) conseqüências de tal realidade foram a legitimação de regimes verdadeiramente autocráticos; a confusão entre soberania popular e escárnio pela legalidade e a defesa dos direitos do homem muitas vezes reduzida à tomada e retomada da propriedade.

Em complemento, DALLARI<sup>75</sup> afirma que a “conquista de uma democracia formal levou a um perigoso período de acomodações”. Por deficiência cultural ou ainda por conveniência política/pessoal, indivíduos deixam de assumir suas responsabilidades tomando posse do governo popular como sistema que provê ilimitadamente.

---

<sup>72</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. 2. Ed. São Paulo, 2000, p. 135.

<sup>73</sup> DALLARI, op. cit. p. 44. O ramo da tradição positivista, considerado em tom crítico nesta amostra por DALMO DE ABREU DALLARI, é o do *positivismo lógico*. Segundo ANTÔNIO CARLOS WOLKMER em sua obra **Ideologia, Estado e Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 159: “o positivismo lógico parte das leis ou subsidiariamente, de tantas outras normas sociais de ordem instituída, nem espécie de hierarquia que culmina em um ordenamento único, pleno, hermético e consagrado, sob a égide estatal. As raízes sociais, a dinâmica dos grupos e das classes, ou não entram em linha de conta, ou ficam afastadas e limitadas, pois, em todo caso, prevalece a voz do Estado”.

<sup>74</sup> Termo derivado do substantivo “*aspiração*”, cujo significado, pelo **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** (Ed. Nova Fronteira: 1ª edição / 14ª impressão) é “*desejo ardente*”.

<sup>75</sup> DALLARI, op. cit. p. 47.

A primazia da Constituição e a eventual orientação hermenêutica por princípios substantivos, no entanto, não devem servir de justificativas a democracias garantistas e irresponsáveis, geradoras de escamoteada violência.

As estruturas políticas que advogam postura paternalista, embora formalmente não se caracterizem como ditaduras, mantêm mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados, fornecendo ao homem do povo o que minimamente lhe é necessário, mas deixando-o cego relativamente à dominação que lhe é imposta. O Brasil é um dos exemplos mais lustrosos desta realidade.

RONALD DWORKIN<sup>76</sup> condena veementemente práticas políticas e jurídicas deste molde, ainda mais em sendo elas justificadas pelo argumento de que qualquer pessoa com o poder político deve usar este poder para tentar tornar as coisas melhores, de qualquer maneira possível (melhor consequência), dada sua posição institucional e seu grau de poder.

ALAIN TOURAINE, por sua vez, defende não mais ser possível justificar o regime democrático como garantias ilimitadas.

Ao tratar do tema “democracia”, o autor traz viés eminentemente desconstrutivo, colocando em dúvida a legitimidade dos regimes populares modernos calcados em abusos e autoritarismos cometidos sob a fachada de “poder popular”:

Bem poucos ainda ousariam defender a concepção humanista e popular da democracia, que com tanta freqüência serviu de cobertura a regimes autocráticos e repressivos. . [...] A liberdade de cada um não está assegurada porque o povo está no poder, pois esta expressão pode justificar ditaduras nacionalistas e revolucionárias. Também não está mais garantida pelo fato de cada um poder escolher livremente o que o mercado lhe oferece, pois este não garante nem a igualdade de oportunidades de todos, nem a orientação dos recursos para a satisfação das necessidades mais sentidas, nem a luta contra a exclusão.<sup>77</sup>

Já não se concebe a forma de governo em exame fora da idéia de um equilíbrio que integre a garantia dos direitos com a liberdade responsável dos agentes políticos e sociais, introduzindo o pensamento de que a democracia atual é pautada pelas chamadas *liberdades negativas*: liberdades democráticas caracterizadas pela impossibilidade de tomada individual

<sup>76</sup> DWORKIN, *Ronald*. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. *passim*. A crítica aqui feita por RONALD DWORKIN é dirigida a RICHARD POSNER, pragmatista de poderosa influência no Direito norte-americano. A diferença entre a integridade jurídica de DWORKIN e o pragmatismo de POSNER, dito pelo primeiro “antiteórico” reside na afirmação de que esta corrente de pensamento não exige dos juízes especificação de critérios para o atingimento das “melhores consequências” em suas decisões. A corrente mais difundida de *pragmatismo jurídico*, nos EUA, defende que o agente com poder político deve, de qualquer modo, buscar maximizar o bem estar da população.

<sup>77</sup> TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 345.

ou grupal do poder em face da destituição de todos; isso implica a ausência de um poder centralizador tendente a trazer os membros sociais à submissão.

MONTESQUIEU<sup>78</sup>, em seu *O Espírito das Leis*, já prelecionava:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer. Mas a liberdade política não consiste em fazer o que quer.

Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer, e não ser obrigado a fazer o que não se deve querer.

É preciso ter presente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder.

Deslocadas as pretensões de dominação por parte de governantes, aos indivíduos no contexto democrático há de ser oferecida a máxima amplitude aos direitos, com o prestígio constante aos movimentos sociais e culturais que formam e reformam o direito.

No caso da ação dos juízes, quando da provocação da jurisdição, esta máxima amplitude de direitos será caracterizada pela fundamentação jurídica detalhada que a enseja, ainda mais em se admitindo o uso de recursos que escapam às restrições instrumentais (normas de direito e jurisprudência) a eles impostas.

A democracia responsável, vista em liberdades negativas, *opera em duas dimensões de limitação*.

Um primeiro *limite democrático* é relativo à liberdade individual; que preserve os direitos dos semelhantes sociais, entre si.

A liberdade outrora evocada como intocável e que poderia muito bem atingir os extremos de dissociação da sociedade política, deve encontrar na democracia atual espaço para que as *pessoas sintam-se responsáveis por seu próprio arbítrio*, enfrentando conseqüências previsíveis pela invasão injustificada da esfera de direitos alheia.

JÜRGEN HABERMAS referiu-se a esta modalidade de limitação individual democrática argumentando que, um sistema legal legítimo, “deve conter precisamente direitos básicos que os cidadãos devem garantir-se mutuamente, se desejam legitimamente regular suas vidas em comum por meios de lei positivada” (*t. n.*)<sup>79</sup>

<sup>78</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, e federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo** / Montesquieu; introdução tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 5 ed. São Paulo: Saraiva 1998, p. 164-165.

<sup>79</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discursive theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 118. Na tradução do alemão para o inglês: “*should contain precisely the basic rights that citizens must mutually grant one another if they want to legitimately regulate their life in common by means of positive law*”.

A fisiologia democrática não dispensa, também, a limitação do poder dos representantes, pelo que surge uma *segunda modalidade de limitação*, que dirá respeito ao poder político; com a possibilidade não só de escolha dos governantes, mais de mecanismos que garantam à população conduta ética e legal por parte deles, opondo-lhes real possibilidade de sanção por usurpação do poder, *isto também se aplica em ao magistrado na medida em que o poder a ele conferido não é ilimitado*.

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado os textos constitucionais dirigentes, apontando um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passam não só a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição.<sup>80</sup>

Neste particular, o escopo democrático é justamente evitar a proliferação de regimes totalitários que retiraram do povo mesmo os direitos legitimamente atribuíveis a todo homem em função de sua humanidade<sup>81</sup>. Esta democracia responsável é uma das pilstras constitucionais para que possa existir um Poder Judiciário verdadeiramente independente, tudo no bojo da especialização funcional e organizacional que caracteriza a gestão da coisa pública.

Completando a ambientação institucional para o trabalho independente dos juízes, figura a *Separação dos Poderes*, analisada a seguir.

### **2.1.2 O Princípio da Separação dos Poderes: Base para Tratativas a Respeito da Independência no Estado Democrático de Direitos**

Não obstante o pensamento original relativo à divisão de funções estatais remonte a ARISTÓTELES, o consenso não atribui ao grande filósofo a visualização da necessidade de independência entre os exercentes destas funções, e tampouco sua vinculação necessária à democracia<sup>82</sup>.

<sup>80</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 144.

<sup>81</sup> GIACIOA JÚNIOR, Oswaldo. **Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. Em: *Gramática dos Direitos Fundamentais - a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois*. Coletânea organizada por Thereza Christina Nahas, Norma Sueli Padilha e Edinilson Donizete Machado, Campus, 2009.

<sup>82</sup> Sobre a tese ELIVAL DA SILVA RAMOS (op. cit. p. 113) esclarece: “[...] porquanto se na *Política* de Aristóteles já se fez um inventário das funções estatais, nada autoriza a concluir que o Estagirita observasse empiricamente ou desejasse teoricamente a atribuição dessas três funções a diferentes órgãos”.

A teoria tripartida dos poderes foi sistematizada por MONTESQUIEU: antes dele, a confusão dos poderes imperava por toda parte, e sempre.

Depois dele os Estados, uns após os outros, adotaram esta doutrina de sorte que hoje todo país, salvo exceções, tem os três Poderes e estes conceituados conforme a doutrina de MONTESQUIEU.

Em uma *vista geral*<sup>83</sup> o Autor ensina:

Em cada estado há três espécies de poderes: O Legislativo; O Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz lei para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab roga as que estão feitas.

Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões.

Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as demandas dos particulares.

Tal é a concepção em que atualmente baseiam-se as considerações sobre uma necessária Separação de Poderes; acolhendo-a na *Teoria Pura*, HANS KELSEN<sup>84</sup>, estabelece a juridicidade da tripartição dos Poderes:

As funções atribuídas ao Estado dividem-se, segundo a tradicional teoria do Estado, em três categorias: legiferação, administração (incluindo a governação) e jurisdição. Todas são – como se demonstrou – funções jurídicas, quer sejam funções jurídicas no sentido estrito de criação e aplicação do Direito, que sejam jurídicas em um sentido mais amplo que também inclui a função de observância do direito.

Contudo, uma análise dogmática da chamada entidade estatal de Poderes divididos, deve procurar o seu ponto de partida na questão sobre se de fato deve existir uma divisão do poder soberano do Estado, visto que “todo” poder emana do povo [...] <sup>85</sup>.

Para esta assertiva, encontrar-se-á comumente a réplica de que não se divide o poder, somente suas funções, unicamente para que não se inviabilize a execução das tarefas inerentes à república.

O fato é que não deve haver sequer divisão de funções sem que os Poderes que as exercem gozem, em primeiro lugar, de *medida considerável de autonomia, isto é, independência entre si, devendo ser capazes de estabelecer mutuamente uma espécie de controle, mas com a preservação de sua individualidade.*

<sup>83</sup> É com esta denominação que MONTESQUIEU abre o Capítulo VI de “*O Espírito das Leis*”.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235.

<sup>85</sup> DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 118. KARL DOEHRING faz alusão original à Constituição Alemã, mais por tratar-se de uma constatação de Teoria Constitucional aplica-se ela sem reservas ao Direito Brasileiro.

KARL DOEHRING assevera que o objetivo da idéia de divisão dos Poderes é – somente em primeiro plano – de *caráter negatório*; trata-se de impedir a concentração de poder em somente um órgão estatal, e que esse poder possa ser objeto de abuso, caso não sofra qualquer controle, e acrescenta:

Quando todos os direitos e competências das funções do Estado derivam de um ordenamento superior e comum (Constituição, ou *common law*), a distribuição das funções não é mais atribuição exclusiva de um governador uno (monarca, ditador, sistema de partido único), mas as funções do Estado ganham autonomia – jurídica. A isto justamente corresponde a particularidade da divisão de poderes como configuração especial da distribuição de competências, dentro da entidade estatal dividida pelos poderes.<sup>86</sup>

A transcrição justifica-se na medida de que não é aceitável, em princípio, a usurpação de funções estatais por quaisquer dos Poderes, sob pena de desvirtuar-se a concepção de autonomia.

É de se esclarecer, ainda, que a afetação de funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional, ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado.<sup>87</sup>

Assim, pode-se considerar em visão *superficial* relativa à Separação dos Poderes e à especialização de funções, que a *independência consubstancia-se em prerrogativas institucionais e garantias funcionais que delimitam as competências ativas de cada função, com primariedade*.

Segundo J. J. GOMES CANOTILHO<sup>88</sup>, a Separação dos Poderes “foi concebida como enquadramento teórico para uma organização constitucional concreta das liberdades”.

Quanto ao aspecto organizacional, trata-se tão somente da questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania. Ainda no escólio do eminente jurista português, como princípio *funcionalmente orientado* a Separação dos Poderes traduz o aspecto *material* dos atos praticados pelos Poderes, levando-se em conta seu conteúdo em contraposição a sua feição *formal*, indicadora de quais órgãos os editam.

Elencos de especificação funcional material ou de atos que preferencialmente um Poder exercerá, em comparação aos outros, raramente são objetos das Constituições que

<sup>86</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>87</sup> RAMOS, op. cit. p. 113.

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 537.

consagram os postulados do Estado de Direitos (apesar da característica analítica de parte delas), ficando estas tarefas a cargo dos estudiosos e operadores do sistema.

Especificamente sobre a independência do Judiciário no Estado de Direitos, surge então a indagação: *se é consenso a necessidade do Judiciário independente como instância mediadora e imparcial para a consolidação da democracia, como esta independência deve ser exercida para que efetivamente se atenda às exigências das consciências sociais e jurídicas, na atual conjuntura?*

PAULO BONAVIDES<sup>89</sup>, explica a existência de dois planos para o funcionamento do Poder Judiciário: o primeiro é aquele em que avultam considerações acerca do declínio formal da lei e cujo lugar premente, em termos jurídico-formais entra a ser ocupado pela Constituição rígida, de modo mais estático.

O segundo é de natureza pragmática e manifesta-se em termos *axiológicos e dinâmicos*; é onde se localiza o espaço para o livre convencimento do juiz e para a interpretação de normas.

Como já apontamos, uma resposta meramente superficial, externa e que diz respeito à independência institucional dos juízes, trata-a como pudesse ser considerada *atitude* por parte deles.

Baseia-se comumente em afirmações de caráter genérico como as de que, “é dever dos juízes preservar sua independência” ou “a independência do judiciário está longe de ser um benefício à pessoa do juiz, sendo garantia dirigida ao cidadão”<sup>90</sup>.

Tal abordagem, mesmo dadas as prerrogativas e garantias constitucionais vinculadas à função de julgar, não resolve o problema em um nível profundo, pois não atende às inquietações relativas ao manuseio de mecanismos eminentemente jurídicos postos à disposição do magistrado para o exercício substancial de sua independência.

RICHARD POSNER denomina tal solução superficial “aspecto óbvio” de independência de juízes:

Muitas formulações da regra de direito especificam também a separação da função jurisdicional das funções legislativa e executiva. O aspecto óbvio é institucional e procedimental, sintetizado no termo “judiciário independente”. Juízes devem ser capazes de produzir suas decisões como juízes fazem, em vez de decidirem como

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18. p. 14. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso)>, acesso em: 16/11/2010.

<sup>90</sup>DALLARI, op. cit. p. 47. Estas expressões generalistas são utilizadas por vários autores. A obra citada de DALMO DE ABREU DALLARI, não obstante as contenha, é de grande valia como introdução aos aspectos gerais da crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.



legisladores, isto é, produzir decisões em casos específicos e com o devido respeito às virtudes da regra de direito. (*t.n.*)<sup>91</sup>

Embora uma tese sobre a independência dos juízes tratada como questão de natureza exclusivamente técnica (jurídica) facilite a negativa ou o adiamento da superação das falhas fundamentais delas decorrentes, é imprescindível ter em mente a marca distintiva do sistema democrático, qual seja, a regra de governo pela decisão e representatividade da maioria.

## 2.2 A Independência dos Juízes no Centro do Debate entre Substancialismo e Procedimentalismo: Questões Latentes e Justificações Metodológicas

O ponto de partida necessário para uma resposta satisfatória às indagações propostas é, então, conceber a independência jurisdicional no âmbito de *teorias sobre a decisão judicial calcadas nas funções da Constituição, ou seja, na análise previa do que se espera dos juízes em termos de interpretação/operação constitucional/legal*, já que muitas vezes o material positivado apresenta (de caso pensado, ou não) forma porosa e etérea, parecendo *exigir* do aplicador recursos argumentativos retirados de fontes “*extra legem*”.

Tais teorias de função constitucional têm como vertentes principais o *substancialismo*, advogado por autores como RONALD DWORKIN e L. H. TRIBE e o *procedimentalismo*, defendido por JÜRGEN HABERMAS e JOHN HART ELY.

Mesmo em vista de agudas diferenças do ponto de vista científico, ambas as teses compartilham a possibilidade de incertezas ou lacunas relativas ao sentido exato da lei e também a insuficiência dos critérios normativos de superação destes *espaços ociosos*.

O problema reside justamente nos chamados casos difíceis, tendo em vista as lacunas antes citadas.

Às vezes o desvio em relação ao caso-padrão não é mera questão de grau, mais surge quando aquele constitui, de fato, um complexo de elementos normalmente concomitantes mais distintos, um ou mais dos quais podem faltar nos casos questionáveis. [...] Estes são casos controvertidos, em que não há argumento conclusivo contra ou a favor de sua inclusão no âmbito do direito.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism & Democracy**. Cambridge, Massachusetts / London, England: Harvard University Press, 2003, p. 61. No original: “*Most formulations of the rule of law specify as well the separation of the judicial from the legislative and executive functions. [...] The obvious aspect is institutional and procedural, and is summarized in the term “independent judiciary.” Judges must be able to make their decisions without interference by or retribution from other officials, and they must make their decisions in the style of judges rather than legislators, that is, as a byproduct of deciding specific cases and with due regard for the rule-of-law virtues*”.

<sup>92</sup> HART. op. cit. p. 06

A *tese substancialista* identifica-se com o *não-interpretacionismo*; postulado concebido nos debates acerca da jurisdição constitucional, segundo o qual cabe aos juízes a tarefa de definir valores que, devido sua relevância, devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, deferindo-lhes, por conseguinte, a faculdade de elegerem princípios de moralidade política (e em uma versão mais extremada de substancialismo, *princípios de moralidade pessoal*) que podem não estar inseridos de forma expressa em texto legislado:

O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*.<sup>93</sup>

O substancialismo apóia-se em tendências de *justicialização da política* já que o que se espera do judiciário, hoje, não é uma posição subalterna perante os outros poderes, sobretudo àqueles que cabem a produção normativa.

INGO WOLFGANG SARLET, em seus estudos sobre a dignidade humana, desposa a tese substancialista e esclarece que, a seu ver, o exercício efetivo e independente da missão do judiciário encontra-se seriamente ameaçado, cita como exemplo o projeto de lei dispendo sobre a responsabilidade pessoal dos magistrados (especialmente no que concerne à condenação da fazenda pública) e o até hoje obscuro efeito vinculante no âmbito do controle de constitucionalidade, acrescentando:

Com efeito, diante do compromisso assumido formalmente pelo Constituinte, pelo menos – nas hipóteses de violação dos deveres e direitos decorrentes da dignidade da pessoa – restará uma perspectiva concreta, ainda que mínima, de efetivação por meio dos órgãos jurisdicionais, enquanto e na medida em que se lhes assegurar as condições básicas para o cumprimento de seu desiderato.<sup>94</sup>

Não obstante seus coerentes postulados, existem grandes dificuldades em conciliar esta tese (que propõe postura criadora/ativista por parte dos juízes) com a aparente lesão aos princípios democráticos de representatividade popular e governo da maioria.

Segundo os críticos, o adepto do não-interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a missão de preencher vazios deixados pela aberta linguagem de algumas normações; nesta esteira antitética emerge o *procedimentalismo*.

<sup>93</sup> STRECK. op. cit. p. 40.

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Cosntituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26.

Os procedimentalistas aceitam que, como regra geral, os juízes devem assegurar que as minorias tenham acesso ao efetivo à participação no jogo democrático, não cabendo ao judiciário versar além; a efetivação de direitos está subordinada à dialética interlocutória intra-processo.<sup>95</sup>

A doutrina tem se referido a *minorias* em vista do perigo, (reconhecido pelos adeptos da própria corrente procedimentalista) em oprimir-se a parcela de indivíduos derrotada no processo eleitoral, e que não estaria, em princípio, de total acordo com as diretrizes governamentais a que são submetidos.

A resposta procedimentalista mais comum a esta crítica é de que, justamente por isso, a Constituição ostenta cláusulas imutáveis, conferidoras de direitos fundamentais.

A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer em contradição flagrante com o princípio do governo majoritário [...] Uma maioria totalmente livre para agir é de fato, coisa perigosíssima, mas é preciso fazer um grande salto lógico para passar dessa idéia à conclusão de que a imposição de uma “constituição não escrita” por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática.<sup>96</sup>

Pode-se identificar o pensamento procedimentalista com o *interpretacionismo constitucional*, segundo o qual a ação dos juízes na tomada de decisões, deve ser calcada em mecanismos que estejam localizados na própria Constituição de forma explícita, ou que estejam nela claramente implícitos.

A questão de como devem agir os juízes não trata da *pretensa necessidade substancial de direitos, apenas do respeito ao diálogo democrático que foi objeto do pacto constitucional*.

RONALD DWORKIN embora jamais tenha ratificado o procedimentalismo, abre sua obra “*A Justiça de Toga*”, relatando um diálogo entre dois juristas; a conversa demonstra em contornos precisos a natureza da discussão que se quer propor:

Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando saía para o trabalho. Ao chegar ao seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: “Faça justiça, juiz!” Holmes pediu ao condutor que parasse e voltasse para a surpresa de Hand. “Não é esse o meu trabalho!”, disse Holmes, debruçando na janela. A

---

<sup>95</sup> APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: RT, 2008, p.100.

<sup>96</sup> Apud ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 13.

carruagem então fez meia volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que supostamente, não consistia em fazer justiça.<sup>97</sup>

A justiça que não compreende seu trabalho, nos dizeres do *Juiz Holmes*, é a justiça substancial. Ele se vê, como juiz, inserido em um contexto maior que mesmo conferindo-lhe independência, condiciona-a regras que escapam a seu poder.

HUGO BLACK<sup>98</sup> relativamente à interpretação da *ao Devido Processo*, oferece amostra do pensamento procedimentalista em seu voto divergente no caso *In Re Winship* de 1970:

Sei que é bem mais fácil substituir a justiça prescrita na Constituição pela idéia que os juízes têm sobre a justiça, mais em nenhum momento renunciarei à crença de que o documento em si – e nosso conceito do que é justo, decente ou correto – deva ser nosso guia ... Como afirmei diversas vezes, prefiro, depositar minha fé nas palavras da Constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia.

JÜRGEN HABERMAS também adota a tese procedimentalista como vértice de sua teoria discursiva sobre direito e democracia. Tendo em vista a necessidade de neutralidade do procedimento democrático, escreve:

Para uma solução sociologicamente orientada a esse respeito, é importante operacionalizar o núcleo procedimental da democracia em nível exato. No procedimento democrático, os conteúdos ideais da razão prática exigem forma pragmática, a realização do sistema de direitos é medida pela formas de institucionalização destes conteúdos. (t.n.)<sup>99</sup>

O autor alemão deixa claro que a incorporação de direitos no sistema democrático tem como base sua *institucionalização*; “a lógica da divisão de Poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra a recusa do parlamento e do governo”.<sup>100</sup>

Dado o grande volume de doutrina sobre os temas propostos, e tendo-se já (em linhas generalíssimas, evidentemente) apresentado os pressupostos das teses substancialistas e procedimentalistas que sustentam as considerações acerca da independência dos juízes, nos coube eleger autores referenciais e certas idéias nucleares que, de forma específica, justificam certa *importação teórica* de temas comumente tratados em sede de jurisdição constitucional.

<sup>97</sup> DWORKIN. op. cit. p. 03.

<sup>98</sup> Apud ELY, op. cit. p. 28

<sup>99</sup> HABERMAS. op. cit. p. 303. Na tradução do alemão para o inglês: “For a sociologically informed resolution to this question, it is important to operationalize the procedural core of democracy at the right level. In democratic procedure, the ideal content of practical reason takes a pragmatic shape, the realization of the system of rights is measured by the forms in which this content is institutionalized”.

<sup>100</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40.

A perplexidade gerada pela conduta independente por parte da magistratura, em termos de criação do direito, no Brasil costuma a ser atribuída à estrita separação das funções do estado (Princípio da Separação dos Poderes) em nosso sistema.

Diferentemente dos países que adotam o *Common Law*, no sistema *Civil Law* a atuação dos juízes esta absolutamente divorciada da atuação dos legisladores.

No sistema anglo-saxônico, que prioriza precedentes de contornos criativos, ocorre a constante manipulação destes pelos tribunais superiores, tendo em vista a tendência de *overruling* consubstanciada na revisão do que foi decidido em casos anteriores e a possibilidade de que o conteúdo de tal revisão constitua parâmetro normativo a ser observado.

Os tribunais revêem sua própria criação (precedentes), ficando a aplicabilidade do material legislado muitas vezes subordinada à sua integração em casos julgados.<sup>101</sup>

Já que é relativamente nova esta discussão em terras brasileiras, nada mais coerente que buscar seus fundamentos no ambiente do *Common Law*, onde foi originada e até hoje é desenvolvida.

Seja pela cientificidade de suas considerações ou pela consciência no enfrentamento dos rebates às teses que desposam, RONALD DWORKIN<sup>102</sup> e JOHN HART ELY<sup>103</sup> são nesta fase do trabalho eleitos referenciais de substancialismo e procedimentalismo, respectivamente. Outra justificativa para a escolha dos dois autores é a proximidade com que cuidam dos temas de independência de juízes e suas atividades de subsunção, interpretação e fundamentação.

Passamos assim às matérias que, nas teorias de cada autor, melhor contribuem para a elucidação da independência judicial.

### **2.2.1 Especificações do Conceito de Direito em Dworkin: Estratégias para uma Leitura Substancialista da Independência dos Magistrados**

Significativo contributo para a teoria do direito e para a atividade geral dos juízes é dado por RONALD DWORKIN, em sua *teoria jurídica de integridade*; uma doutrina jurídico-científica que se apóia na hipótese de que *o Estado deve tentar, na medida do possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendem a todos os cidadãos*.

---

<sup>101</sup> RAMOS. op. cit. p. 109-110.

<sup>102</sup> RONALD DWORKIN ocupa a cátedra Sommer de Direito e Filosofia da Universidade de Nova York e a cátedra Jeremy Bentham de Teoria do Direito da University College de Londres.

<sup>103</sup> JOHN HART ELY é considerado um dos mais influentes estudiosos de Direito constitucional de sua Geração, lecionou nas universidades de Yale, Harvard, Stanford, e Miami.

Dworkin enfaticamente nega que haja algo errado em juízes incorporarem visões políticas e morais em seus julgamentos. Pensa ele ser inevitável, e entende ser isto parte integrante do que uma boa judicatura requer. Insiste que tais julgamentos sejam razoáveis, repudia a alegação de ilegitimidade democrática [da inserção moral por juízes] e a preocupação de Bentham com a imprevisibilidade.<sup>104</sup> (t.n.)

A teoria jurídica de integridade (ou teoria do direito *como* integridade) é estruturada a partir de *um conceito de direito*, denominado “*conceito doutrinário*”, orientado à obtenção de *um efeito determinado* no contexto jurídico de determinado lugar ou entidade. LENIO LUIZ STRECK<sup>105</sup> destaca as características construtivas e deontológicas (natureza do direito como *ser*) do modelo dworkiniano.

Esta providência metodológica (eleição de um conceito determinado) é tomada pelo autor visando excluir de sua teoria alguns diferentes tipos de conceito (de direito) existentes no universo jurídico-científico<sup>106</sup>, a não ser em um sentido estrito que, segundo ele, tem natureza muito diversa da do conceito doutrinário.

No que deu origem a severas críticas, por parte de autores renomados ao redor do mundo (entre eles CASS SUNSTEIN, RICHARD POSNER e JOHN HART ELY) ao pretoso gigantismo do judiciário, o aplicador do direito em DWORKIN deveria agir como *Hércules*, debruçando-se calmamente sobre cada um dos casos que lhe viesse às mãos.

Cada juiz independente teria de ser capaz de elaborar sua própria teoria de argumentação jurídica, por meios de *estágios*<sup>107</sup>, que poderiam fornecer fundamentos para

---

<sup>104</sup> WALDRON, Jeremy. **The irrelevance of Moral Objectivity**. In: GEORGE, Robert P. (org.). *Natural Law Theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 163. No original: “Dworkin emphatically denies that there is anything wrong with judges incorporating moral and political views into their judgments. He thinks it is unavoidable, and he thinks it an integral part of what a good adjudication requires. He insists that such judgments be reasoned, and he repudiates both the democratic charge of illegitimacy, and the Benthamite worry about unpredictability”. Sobre JEREMY BENTHAM, ler a obra de sua autoria ao final referenciada.

<sup>105</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermetica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 139.

<sup>106</sup> DWORKIN, (op. cit. p. 06-08) esclarece o *status* dos **conceitos sociológico e taxonômico do direito**; em sua ótica, tais conceitos são imprecisos. Com relação ao **conceito sociológico**, esclarece que usamos “direito” para designar um tipo específico de estrutura sócio institucional: “Usando esse conceito sociológico poderíamos perguntar, por exemplo, quando foi que o direito apareceu pela primeira vez nas sociedades tribais primitivas, ou se a atividade comercial é possível se o direito não existir.” Já um **conceito taxonômico**, usa-se para designar qualquer comunidade política onde exista, além do direito num sentido sociológico, um conjunto distinto de regras e outros tipos de padrões que são jurídicos por oposição a outros tipos de padrões morais, costumeiros ou de outra natureza, segundo ele: “os filósofos usam este conceito taxonômico quando perguntam se certos princípios morais são também princípios jurídicos.”

<sup>107</sup> São os estágios de estruturação desta teoria: **estágio semântico**, que delimita a questão acerca dos pressupostos e práticas que os juristas devem compartilhar para adotarem em comum o conceito doutrinário como conceito interpretativo; **estágio teórico**, sendo o conceito doutrinário um conceito interpretativo apresenta-se neste estágio a descrição geral acerca dos valores que melhor justificam uma prática jurídica; **estágio doutrinário**, para a descrição das condições de veracidade das proposições de direito à luz de valores identificados no estágio teórico; e **estágio de decisão judicial**: sobre o que as autoridades do direito devem fazer em casos específicos.

uma inclusão de valores morais substantivos na prática judiciária. A limitação do poder dos juízes, nesse caso, dá-se pela obrigatoriedade de detalhada fundamentação, pois é isso que conferiria legitimidade à decisão.

O conceito doutrinário é, também, *interpretativo* porque estimula os juristas a pensarem sobre aquilo que é exigido por sua prática de sorte que a própria busca pelo conceito doutrinário de direito seja, em si, uma interpretação. Aos praticantes do direito é necessário admitir consensualmente o conceito doutrinário como interpretativo porque as próprias práticas jurídicas exigem que se decida acerca da melhor maneira de dar-lhes continuidade.

A opção teórica de DWORKIN pela especificação do conceito doutrinário como conceito interpretativo, decorre de uma delimitação epistemológica; trata-se de uma tentativa de sanar contratempos semânticos enfrentados pela Teoria do Direito, que tem, segundo ele, oscilado modernamente entre conceitos de direito *baseados* em critérios ou espécies naturais<sup>108</sup>, ambos de dinâmica diversa da de um conceito interpretativo por ele preferido.

A tomada consensual da natureza interpretativa do conceito doutrinário, não implica a necessidade de que haja concordância relativamente à aplicação deste conceito interpretativo, pode-se admiti-lo interpretativo, mais discordar-se drasticamente quanto às conseqüências da interpretação, preleciona o referencial:

Alguns de nossos conceitos funcionam de outro modo: como conceitos interpretativos, que nos estimulam a refletir sobre aquilo que é exigido por alguma prática que elaboramos, bem como a de contestar tal construto. [...] As pessoas compartilham o conceito de justiça apesar de agudas divergências, tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas.<sup>109</sup>

DWORKIN trabalha, especificamente em relação aos juízes, com a tese de que estes, em comunidades jurídicas complexas, tenham de basear-se em proposições verdadeiras de direito para julgarem validamente, e procura demonstrar como *critérios morais* poderiam encontrar-se entre tais proposições.

---

<sup>108</sup>Assim, conceitos *baseados* em critérios apenas criariam consenso quando tais critérios fossem compartilhados pelas pessoas envolvidas em certa prática, eles baseiam-se em definições aproximadas ou precisas das realidades. Desaparecendo este consenso com relação aos critérios, desaparecerá o próprio conceito. Já os conceitos de espécies naturais são ditados pela estrutura mineral ou biológica das coisas, tal como ocorre com o *Tyger* de WILLIAM BLAKE (*Songs of Experience*, 1794): um cientista dirá que reconhece um tigre por considerar-se sabedor da estrutura organizacional de seu DNA; um aborígene reconhecerá a mesma fera por ser ela listrada, perigosa, de cor e formas características: o animal será o mesmo, não obstante diferente o tipo do conceito natural empregado.

<sup>109</sup>DWORKIN. op. cit. 17-18.

A teoria da integridade considera direito e lei coisas absolutamente diferentes, enfatizando justamente inclusão de *princípios de moralidade política que oferecem a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras, na prática jurídica contemporânea.*

Interpretando o substancialista, EDUARDO APPIO esclarece que os juízes têm o “dever constitucional de interpretar o direito como um todo, a partir de uma ‘coerência principiológica’, ou seja, devem saber identificar os princípios de justiça e equidade (*fairness*) que melhor reflitam o direito de sua comunidade como um todo”.<sup>110</sup>

Pode-se cogitar de *uma especificação cumulada do conceito doutrinário*, tendo em vista ser ele *interpretativo* e, na medida em que encerra estes ideais de moralidade política; *aspiracional*:

Finalmente, compartilhamos aquilo que poderíamos chamar de conceito aspiracional de direito, ao qual freqüentemente nos referimos como o ideal de legalidade ou o Estado de Direito. Para nós este conceito aspiracional é um conceito controverso: concordamos com o fato de que o Estado de Direito é desejável, mas divergimos sobre qual é, pelo menos precisamente a melhor formulação deste ideal.<sup>111</sup>

A adoção da característica aspiracional para o conceito doutrinário de direito não constitui ainda ponto de divergência relativamente aos valores eleitos para justificar a veracidade das proposições jurídicas. Não se discute a exclusão de valores de moralidade ao falar-se de um *conceito interpretativo e aspiracional de direito*: o que ocorre é que este preceito moral pode ser introduzido em estágios diferentes da análise jurídica formulada pelos juízes.

Iniciando-se por um filtro semântico (estágio semântico), chega-se ao conceito interpretativo e seguindo-se por um segundo filtro teórico (estágio teórico), decide-se que tal conceito deve integrar em si valores de moralidade.

*A divergência reside para além de inclusão da moral* (que já se deu no estágio teórico) e alcança um terceiro estágio (doutrinário), quando o praticante escolhe quais valores devem nortear o Estado de Direitos: se a legalidade é perfeita quando as autoridades agem dentro de critérios procedimentais estabelecidos que de fato são cumpridos, ou se é mais bem atendida (a legalidade) se estes critérios, embora aceitos pelas mesmas autoridades, se curvarem a certos direitos básicos deferidos ao cidadão.

---

<sup>110</sup> APPIO. op. cit. p. 331.

<sup>111</sup> DWORKIN, op. cit. p. 21.



Quando se identifica a possibilidade da admissão da natureza especificamente aspiracional do conceito de direito, identificam-se, paralelamente *ideais de alcance da independência dos juízes em um Estado de Direitos e de Legalidade*.

Antes mesmo de tomar partido substancialista, RONALD DWORKIN apresenta o que seriam as posturas procedimentalista e substancialista, oferece um panorama da polêmica em foco e mostra-se absolutamente consciente das dificuldades a ela associadas.

Podem-se eleger, em uma primeira hipótese, valores de moralidade político-democrática geral, consubstanciados densamente na idéia de governo representativo majoritário; nesse caso não haverá espaço amplo para considerações de moralidade quando da decisão judicial, pois o poder dos juízes foi limitado pela vontade prévia da lei. Coerentemente, com os valores de representatividade, deve-se defender o ideal de que é mais correto ou mais adequado reservar o papel de legislar a um Poder Estatal previamente estatuído para esta finalidade, não cabendo aos juízes criarem preceitos inovadores em termos de direito geral.

De outra banda, poderíamos também, sem contradição teórica alguma, admitir que uma prática de juízes deve pautar-se por critérios que prestigiem mais os avanços da justiça substantiva, com espaço para considerações morais em sede de produção da decisão judicial. Estes juízes embora devam normalmente aplicar a lei, *devem também ter o poder de não aplicá-la, de agir independentemente dela*, a menos que a considerem sem nenhuma influência externa, justa ou sábia ou eficiente.

*A tese da independência dos juízes em RONALD DWORKIN baseia, assim, em como deve o poder do Estado ser exercido em determinadas ocasiões em que a eleição de valores procedimentalistas inevitavelmente negligenciar o atendimento e a efetivação de direitos fundamentais, tendo em vista também a falha sistemática em se garantir a todos os agentes sociais, condições de participação na discussão democrática.*

Uma leitura substancialista acerca da independência dos juízes trará que o magistrado independente deve, *em certos casos específicos*, ser capaz de ignorar a lei quando esta for muito injusta ou, talvez, quando for muito insensata, e de usar seu poder político para impedir uma injustiça ou uma grande ineficiência.

### **2.2.2 A Interpretação do Devido Processo em Ely: Manobras Procedimentalistas para a Legitimação da Independência de Juízes**

Quando se fala em procedimentalismo, tem-se a idéia de que a independência do magistrado está limitada ao poder a ele outorgado, porém, é por demais simplista afirmar que o juiz procedimentalista padece de independência, simplesmente por estar vinculado às cláusulas constitucionais, ou por colocar-se na posição de garantidor da dialética processual.

O exame da *Teoria de Democracia e Desconfiança* de JOHN HART ELY extirpa a possibilidade de existência de um juiz que se sobressai por sua virtude em identificar princípios e seu acesso privilegiado à verdade, extrapolando os limites do constituinte; mais nem por isso cogita-se de que o judiciário deva curvar-se a qualquer coisa, que não o próprio Princípio democrático. Trata-se de uma tese de limitação do poder, jamais de retirada de independência. A advertência de LENIO LUIZ STRECK<sup>112</sup> parece-nos adequada: “controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, o que não implica em ‘proibição de interpretar’.”

A tese procedimentalista de ELY parte, então, de dois pressupostos: o primeiro é de que os juízes, em sua atuação funcional geral, devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita; o segundo é de que, em sede de controle constitucional, os atos dos poderes políticos só devem ser declarados nulos a partir de uma inferência cujo o ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição:

Se um juiz declarasse, em tal situação, não estar satisfeito com essas referências [dispositivos constitucionais] e pretendesse também impor, em nome da lei em questão, os valores fundamentais que acreditasse terem sido sempre defendidos por seu país, concluiríamos que ele não estaria fazendo seu trabalho e poderíamos até considerar a hipótese de convocar uma comissão para averiguar se ele perdeu o juízo.<sup>113</sup>

ELY defende ser esta abordagem (procedimentalista/interpretacionista) particularmente agradável ao jurista oficiante nas democracias modernas, por melhor amoldar-se às concepções de como o direito é e de como ele funciona, ressaltando também as dificuldades que enfrenta a corrente contrária (substancialista) em conciliar seus postulados aos cursos de ação política carreados pela importância da função consignada ao processo eleitoral.

Na opinião do autor, as correntes substancialistas tratam o tema de interpretação constitucional de forma hesitante e apologética, já que nenhum dos doutrinadores que as

---

<sup>112</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87

<sup>113</sup> ELY. op. cit. p. 06

defendem chega a aceitar, sem reservas e mutuamente, os argumentos uns dos outros. Os substancialistas correriam o risco de entregar aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir valores que devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, isto poderia resultar em fomento à chamada *discrecionabilidade judicial*, que com certeza choca-se com as bases da teoria democrática.

Ao contextualizar suas indagações acerca dos limites em que deve ocorrer a decisão judicial, LENIO LUIZ STRECK<sup>114</sup> informa:

Por sua vez, no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álbis persuasivos”, fortalecendo-se, uma vez mais o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de “constitucionalismo de efetividade”, pelo qual o mesmo “princípio” é utilizado para a sustentação de teses antitéticas.

Assim, se por um lado a gestão democrática “acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios<sup>115</sup>, que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade”<sup>116</sup>, de outro paira insistente dúvida a respeito da uniformidade de método para a escolha de tais princípios. Uma das críticas mais veementes por parte do procedimentalismo (de ELY, inclusive) é a de que não é legítimo permitir que cada juiz possa eleger como bem entender mecanismos de adoção ou descarte de princípios.

Indaga-se, entretanto, se há amostra capaz de revelar, no universo dos temas por ele tratados, os porquês da aversão de ELY ao substancialismo e se é fundado tal sentimento. Neste particular, e por apresentar também estreita relação com a temática de como devem agir os juízes, a abordagem crítica que faz o autor ao chamado *devido processo substancial*, referindo-se à *Cláusula do Devido Processo da Constituição dos Estados Unidos*, é particularmente interessante.

A questão sobre a natureza do *Due Process* ainda hoje gera controvérsias; substancialistas postulam ser tal natureza a de princípio hermenêutico orientado ao resguardo de direitos fundamentais substantivos, apontando a presença no texto da emenda, de

<sup>114</sup> STRECK. op. cit. p. 47.

<sup>115</sup> ROBERT ALEXY em seu **Conceito e Validade do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 87, informe que a tese segundo a qual todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios, denomina-se **tese da incorporação**. Quando um juiz apóia-se princípios para decidir um caso que apresente abertura no sistema jurídico (não podendo, portanto, ser solucionado com recursos ao material dotado de autoridade) realiza uma ponderação. A ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas, que tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

expressões que convidam ao não-interpretacionismo<sup>117</sup> tais como, “vida”, “liberdade”, ou “bens”. A corrente procedimentalista, por sua vez, argumenta que a história legislativa e das intenções dos chamados *Forefathers*, não dão indício de que se quisesse conferir à disposição mais do que garantias de acesso procedimental, a exemplo dos direitos de audiência, defesa, e produção de provas. Insistem também em noticiar alguns julgados, como *Wynehamer vs. People* (1856), que proibiram resultados substantivos quando da interpretação da Cláusula.

Inicialmente concebido no bojo da Quinta Emenda (e dela derivada), o Devido Processo, que hoje figura da Décima Quarta Emenda à Constituição Americana, foi ratificada ao final da *Civil War* com o intuito de assegurar aos antigos escravos, recém libertados, os direitos de homens livres.

Surge, assim, acompanhada de duas outras Cláusulas vinculadas a esse propósito geral<sup>118</sup>, quais sejam: a Cláusula de Privilégios ou Imunidades e a Cláusula de Igual Proteção. A transposição do texto de uma Emenda para outra se justificou também pela necessidade de estender a obrigatoriedade de observância do Devido Processo aos Estados membros, já que até 23 de julho de 1868, somente as autoridades federais eram forçadas à proteção desse direito, considerado fundamental já naqueles tempos.

Segue a tradução, oferecida pelo Senado Federal do Brasil (1987)<sup>119</sup>, das disposições em exame:

Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados- Unidos; ***nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal***, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição, a igual proteção da lei. (*grifos nossos*)

O fato é que JOHN HART ELY não só defende a postura procedimentalista de interpretação do *Due Process*, como considera inaceitáveis as investidas esporádicas da

<sup>117</sup> A posição não-interpretacionista referida é trazida por JOHN HART ELY (op. cit. p. 07) em paralelo ao substancialismo. Neste caso em específico, as expressões indicadas levam perigo de confusão: a cláusula do devido processo, não fala em efetivação destes direitos, e sim na obrigatoriedade, por parte das autoridades estaduais e federais, em oferecerem procedimentos equânimes para a apuração das alegações de violação destes direitos.

<sup>118</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law. Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 105. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES aponta o caráter abolicionista da Décima Quarta Emenda. Com o tempo os propósitos abolicionistas nos EUA ampliaram-se, pois deixaram de cuidar exclusivamente dos direitos negros para ocuparem-se das liberdades civis de todos. Desta forma, a chamada Cláusula de Privilégios ou Imunidades (“Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados- Unidos”) é nos dias de hoje tomada como referencial geral de proteção contra a discriminação.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 48.

Suprema Corte no campo do controle substantivo da ação legislativa, tomando como fundamento a disposição em análise.

A contradição consiste nas exigências que o Tribunal opunha à garantia do devido processo, estabelecendo que, antes mesmo que se oferecesse a um *claimer* acesso às garantias processuais, este deveria demonstrar que foi efetivamente privado de um “interesse de liberdade” ou de um “interesse de propriedade”. Por este motivo, segundo o referencial, a Corte teria conseguido tornar-se “motivo de chacota”.

Resolver qual processo é “devido” é questão que naturalmente variará caso a caso; o que não se poderia é obrigar um jurisdicionado a provar que tem direito a algo, para só depois autorizá-lo a manifestar-se perante a Corte:

Veja só: para saber se um indivíduo tem um “interesse de propriedade”, sobre algo, é preciso saber se ele tem direito a esse algo; isso significa dizer que a Corte tem que decidir se o indivíduo tem esse direito ou não, para só depois decidir se ele terá uma audiência para procurar provar este direito! Essa linhagem de decisões já foi amplamente condenada pelos estudiosos do assunto, o que sugere que em algum momento, nos próximos trinta anos, talvez nos livremos dela.<sup>120</sup>

Esta desconstrução descansa sobre o argumento de que os comentários feitos à época da formatação de Décima Quarta Emenda, não fazem referência nenhuma que possa dar à disposição mais que conotação procedimental. Busca-se abolir o “devido processo substancial”, por considerá-lo uma excrescência de direito natural e por trazer séria disfunção ao regime do *Due Process*, que deveria ser plasmado no oferecimento de procedimentos justos.

O aparecimento de juridicidades pretensamente substantivas deveria ser tomado com sentido aberto e funcional, como unidade, o que significa dizer que o Estado não poderia provocar dano a qualquer cidadão sem o devido processo.

Mas quando o devido processo passa a ter um conteúdo substantivo importante, a situação fica um tanto assustadora e os juízes naturalmente passam a procurar maneiras de limitar sua própria autoridade. Essa relação poderia ter indicado que o erro estava na ressurreição do devido processo substancial; mas em vez disto teve o efeito de limitar o devido processo propriamente dito.<sup>121</sup>

Quando a independência dos juízes é informada por possibilidades de substancialização de direitos que extrapolam o debate democrático, fica enfraquecida a visualização clara da

---

<sup>120</sup> ELY. op. cit. p. 26.

<sup>121</sup> Idem. p. 27.

linguagem eleita pelos Patriarcas para o estatuir da Emenda. O posicionamento por parte de ELY pressupõe que o Devido Processo, “só pode tratar de questões de participação e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas”.<sup>122</sup>

Não se pode esquecer que o termo que se segue a “devido” é “processo”, e mesmo que se diga que tal legislação se deu pelo trabalho de pessoas que estão mortas a um ou dois séculos<sup>123</sup>, não há indícios de que processo, naquele tempo, significasse algo diferente do que significa hoje. O devido processo substancial é tido, portanto como uma contradição em termos, obrigando à especificação que soa redundante e assustadoramente necessária: a tomada do devido processo legal como *devido processo procedimental*.

Não se deve supor que o povo buscou significado obscuro para as disposições que ratificou por meio de seus representantes, a linguagem deveria ser direta e simples para o benefício do próprio povo, já que, como informam as porções do *Federalist 57*: “os eleitores devem ser o grande corpo do povo dos Estados Unidos da América”, e não os “soberbos herdeiros de famílias de renome” em detrimento dos “filhos da obscuridade e da má fortuna.”<sup>124</sup>

Especificamente com relação à independência em um paradigma procedimentalista, um juiz ou tribunal só pode conservar-se independente se superar tendências de *justicialização política*, jamais assumindo o risco de ter de buscar justificativas para a limitação de seu próprio poder. Isto é sutil: um juiz procedimentalista funda sua independência na própria Constituição, que a ela sustenta como estruturadora máxima (a Constituição) da democracia. Postura contrária tornaria o Judiciário *dependente* de critérios políticos ou de moralidade pessoal; restaria comprometida a uniformidade de métodos para a

<sup>122</sup> Ibidem. p. 234.

<sup>123</sup> A respeito do problema de legitimação de assembléias formadas por antepassados, esclarece OSCAR VILHENA VIEIRA: “No momento em que se nega a possibilidade de um direito natural, a justificação da supremacia da Constituição em face das gerações futuras a sua capacidade de limitar a vontade de maiorias, deve procurar outro fundamento. No plano da teoria constitucional moderna dois foram os argumentos elaborados. Para um primeiro grupo as Constituições formuladas em determinado momento histórico jamais se sobrepõem às gerações futuras e sim aos seus delegados e representantes que compõem o governo. [...] Um segundo argumento, associado ao primeiro, seria o de que as decisões constitucionais do passado se encontram em uma posição de supremacia em face das decisões legislativas e governamentais do presente e do futuro não apenas por sua origem popular, mais em consequência do processo de deliberação constitucional, que sendo diferente da prática política cotidiana – em que imperam os interesses particulares do grupo majoritário –, é capaz de produzir instituições republicanas e nesse sentido, mais próximas dos paradigmas de justiça aceitos consensualmente.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 47-48.

<sup>124</sup> HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **The Federalist: a collection of essays written in favor of the New Constitution**. New York: A. & J. McLean, 1787, p. 166. No original: “Who are to be the electors of the federal representatives? Not the rich, more than the poor; not the learned, more than the ignorant; not the haughty heirs of distinguished names, more than the humble sons of obscurity and unpropitious fortune.”

eleição de tais critérios e em consequência se colocaria em xeque a legitimidade suas decisões e mesmo de seu papel no Estado de Direitos.

### **CAPÍTULO 3 - ATIVISMO E LEGITIMIDADE: PROVÍNCIA DEMOCRÁTICA PARA A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO**

O fenômeno denominado *ativismo judicial* consiste na participação ativa de juízes e tribunais no processo de formação do direito, com o transbordar dos limites impostos pela letra da lei e o uso de mecanismos jurídico-argumentativos que estendem, da jurisdição, o poder de adaptação dos casos fáticos ao ordenamento.

Em países nos quais o material legislado é o instrumento primordial de trabalho dos juristas (*Civil Law*), empresta-se ao ativismo feição espectral: aparente vilipêndio ao Princípio da Separação dos Poderes.

O resultado é a alegação de que Judiciário usurpa a função genética de normas tradicionalmente atribuída ao Poder Legislativo, desencadeada a ameaça de entregar o controle da nação a autoridades não eleitas, no que denominamos de “espectro de ilegitimidade”.

Esta fase da dissertação articula o relacionamento entre a prática jurídica ensejadora do ativismo e os elementos principais de teoria democrática que o proíbem, em análise superficial.

Traça-se, assim, a província democrática para a produção judicial do direito, com amostras científicas da *conciliabilidade* entre representatividade/controlado popular e as exigências de adaptabilidade do direito legislado às constantes renovações das relações sociais.

Para tal propósito, propõe-se a releitura da Separação dos Poderes, visualizando-o como princípio que impõe o *dever* criação do direito, por parte do Judiciário, em contextos de administração do instrumental legal. Postula-se, em suma, a superação do citado espectro, demonstrando razões que impedem a passividade do Judiciário.

O método para o específico relacionamento entre democracia e ativismo contará com a doutrina de LOUIS LEVENTHAL JAFFE, que em sua obra *English and American Judges as Lawmakers* (1969), demonstrou o caráter democrático da ação judicante.

A justificativa metodológica da escolha vem da necessidade teórica de criar base sólida para as idéias que propomos, pelo que a tese da legitimidade ativista, apoiada em realidades extra-normativas, deve encontrar suporte em uma teoria de natureza substancialista, tal como a do eleito autor.



Não bastasse isso, JAFFE tece considerações de grande profundidade a respeito dos temas jurídicos dos quais trata; inobstante, não foi ainda devidamente “descoberto” pela doutrina nacional, nestes tempos em que novos ares científicos são tão bem-vindos.

As demais razões da estratégia argumentativa apresentam-se pontualmente em cada tópico, devendo-se destacar intenso recurso ao direito comparado entre Brasil e Estados Unidos da América, seguindo-se a tendência da doutrina autorizada em tratar do ativismo sobre o prisma comparatístico, mormente em vista o choque aparente de fontes no direito (*lei e jurisprudência*).

Esta dinâmica comparada é devida, na medida em que o ideário republicano/democrático da Constituição dos patriarcas norte-americanos foi importado por RUI BARBOSA à Constituição Brasileira de 1891.<sup>125</sup> O pacote de influências trouxe também a doutrina do *judicial review*, oriunda do caso *Marbury vs. Madison* de 1803, que lançou as bases do controle judicial de constitucionalidade por via difusa.

Em razão de tudo isso, o Brasil foi envolvido em um movimento de valorização da posição do Tribunal Constitucional sobre o sentido da Carta Maior, traduzido em nossos dias pelos fenômenos de irradiação constitucional do direito (constitucionalização) e interseccionamento sistêmico entre *Civil e Common Law*, consoante se demonstrará.

### 3.1 “Espectro de Ilegitimidade Ativista”: Necessidade de Superação

O arranjo institucional levado a efeito pelo Princípio da Separação dos Poderes impede, em estrita teoria, que juízes criem preceitos vinculativos em caráter geral e abstrato; se assim agissem, destorceriam a realidade de que somente o “ato de legislar é um exercício de poderes jurídicos operantes, ou eficazes, para a criação de direitos e deveres.”<sup>126</sup>

JOHN HART ELY identifica a dificuldade dos que defendem a possibilidade de criação judicial do direito: “a democracia majoritária é, sabem eles, o cerne de todo o nosso sistema; e, quando seus antagonistas os acusam de esposar uma filosofia fundamentalmente incompatível com isso, eles não sabem se podem negar esta acusação.”<sup>127</sup>

LOUIS L. JAFFE, por sua vez, aponta que a soberania popular somente se aperfeiçoa quando os representantes eleitos obedecem a um *circuito comunicativo-democrático*

<sup>125</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 98.

<sup>126</sup> HART. Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 41.

<sup>127</sup> ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

*primário*; uma cadeia interativa na qual o Povo sinaliza aos gestores públicos as necessidades a serem satisfeitas, com maximizada aceitação e consenso.<sup>128</sup>

Os eloqüentes argumentos lembram a inabalável importância do processo eleitoral nas democracias representativas, e por reflexo, retratam a realidade de países de tradição romanística, como o Brasil, nos quais *direito legislativo* é o referencial elementar do trabalho dos juristas. Por esta razão, a prática ativista é tratada, em tais sistemas, como disfunção, consagrando um *espectro de ilegitimidade*.<sup>129</sup>

O fato é que nenhuma autoridade ostenta arbítrio ilimitado em ambiente constitucional e, aceite a comunidade jurídica ou não, juízes e tribunais vêm-se cada vez mais obrigados a tratarem de casos não solucionáveis em plano meramente subsuntivo.

O argumento democrático, assim, por mais potente que seja, não pode autorizar versão de si próprio que negue a importância vital da função judicial nas frentes de defesa do cidadão, proteção das minorias, e na posição de liderança na solução de problemas sociais, com o instrumental jurídico.

Para a superação do quadro de ilegitimidade, devemos estar cientes, em primeiro lugar, de que certa *resistência* ao ativismo é *natural*, ante a experiência jurídica das civilizações ocidentais.

Tal experiência, com sabido, deu origem às duas bem conhecidas famílias ou sistemas do direito contemporâneo<sup>130</sup>: o *Common Law*, de tradição anglo-saxônica e origem inglesa; e o *Civil Law*, oriundo da tradição romano-germânica vivenciada por toda a Europa continental.

Se habitamos ambientes de *Civil Law*, a pecha do déficit democrático atribuído ao ativismo judicial é relevante já que somente na tradição saxônica a decisão judicial, consubstanciada em precedentes, ocupa o *ranking* de fonte jurídica primária.

Os juízes romanísticos concebem o direito em plano mais abstrato e sistematizado, valorizando acentuadamente a estrutura lógica de um ordenamento administrável e previsível. É a tese de ARTHUR T. VON MEHREN:

<sup>128</sup> JAFFE, Louis L. **English and American Judges as Law Makers**. Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 31.

<sup>129</sup> Em sua obra **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, já citada, p. 110, ELIVAL DA SILVA RAMOS reporta-se ao ativismo judicial como *disfunção*, articulando o argumento de diferença gradativa no tratamento do fenômeno em ambientes de *Civil* e *Common Law*: “Se a ativismo judicial, em noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento notadamente da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *Common Law* é muito mais difícil de que nos sistemas da família romano germânica a caracterização do que seria uma conduta ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição à uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido.”

<sup>130</sup> Denominação dada por RENÉ DAVID, em seu **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Teoricamente, as cortes na tradição de *Civil Law*, não consideram as decisões judiciais como fontes do direito propriamente; conseqüentemente, embora vigorem considerações acerca de igualdade, previsibilidade e eficiência, prepondera um princípio de que às cortes não é dado apartarem-se de previsões já estabelecidas, a não ser por razões muito fortes. Ao menos em nível doutrinário, a tradição de *Civil Law* não aceita a doutrina do *stare decisis*.<sup>131</sup> (t.n.)

Magistrados saxônicos, em contraposição, tendem ao trabalho mais detido a fatos, galgados em situações concretas e em valores consuetudinariamente consagrados, situação que subordina a própria aplicabilidade da lei à incorporação jurisprudencial.

Não sem razão, em *Common Law*, “o ativismo é elogiado por propiciar adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas [...]”<sup>132</sup>

Considerando as fontes jurídicas primárias das duas tradições, lei (*Civil Law*) e jurisprudência (*Common Law*), jamais ocupariam o mesmo espaço primordial, não fosse a grosseria da unicidade metodológica, ante a vivência humana.

LENIO LUIZ STRECK<sup>133</sup> falará num redimensionamento do papel dos operadores do direito, onde “a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal abstencionista. *O Estado Democrático de direito apresenta um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social*”.

Na dinâmica deste *plus normativo*, são identificáveis certos elementos de Teoria Democrática que consolidam a *província democrática* da judicatura ativista.

A especificação deste espaço democrático, demanda a análise das razões de resistência à criação judicial do direito, em releitura do próprio Princípio da Separação dos Poderes.

<sup>131</sup> MEHREN, Arthur T. Von. **The US Legal System: Between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions**. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparado e Straniero, 2000, p. 08. No original: “*In theory, courts in Civil Law traditions do not consider judicial decisions a source of law; accordingly, although considerations of equal treatment, predictability, and economy of effort, support the principle that courts should not depart from positions previously taken, except for very good reasons, at least doctrinally, the Civil Law tradition does not accept the principle of stare decisis*”. Note-se que a expressão “*economy of effort*”, traduzida literalmente “*economia de esforço*”, é por nós lançada no corpo do texto como “*eficiência*”, no sentido do atingimento de mais resultados, com o mínimo de dispêndio econômico e de pessoal. Com relação ao chamado precedente (*stare decisis*), utilizado no sistema de *Common Law*, trata-se do caso julgado de forma inaugural sobre certa matéria (*laeding case*), autêntica fonte vinculativa para o julgamento de casos futuros.

<sup>132</sup> RAMOS, op. cit. p. 110.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 18. O professor JORGE MIRANDA, em sua obra **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 41-42, relativamente à superação do Estado Social, ensina que, “observam-se no Estado social de direito, fundos sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência, derivada quer de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais), quer de causas financeiras (os custos de serviços cada vez mais extensos para populações ativas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (o quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).”

É necessário enfrentar, também, o problema do *paradoxo metodológico* de fontes de direito, no bojo das tradições ocidentais com a defesa da tese de que lei e jurisprudência completam-se, em tributo ao imperativo de harmonia entre Poderes, consagrado constitucionalmente.

### 3.1.1 Uma Releitura Acerca do Princípio da Separação dos Poderes

Quando a idéia de legalidade é interpretada como um princípio do constitucionalismo, assume a forma de divisão de funções governamentais, os chamados *Poderes*.

Tal divisão inibe o exercício arbitrário de força pelo Estado, com fundamental cisão entre as atribuições do Poder Legislativo, criador da *lei*, e as dos outros dois Poderes, que administram o produto representativo em seus respectivos âmbitos; o Executivo aplica a lei por ofício e o Judiciário, o faz mediante provocação.

HERBERT L. A. HART<sup>134</sup> dissertou que “[...] os membros da sociedade devem descobrir por si mesmos as normas e adaptar seu comportamento a elas; nesse sentido, eles próprios ‘aplicam’ as normas a si mesmos”. Tal imperativo é nominado *escopo de controle social do ordenamento* e, somente quando falha esta função primária entre em cena o Poder Judiciário em sua função de especificação e solução de conflitos.

Esta configuração leva-nos à conclusão de que o Estado Constitucional repousa sobre certa primazia de legalidade, cujos marcos são generalidade e abstração. Em verdade, os fatos que ocorrem nas vidas dos cidadãos comuns são regrados de forma uniforme, em alinhamento aos pilares de igualdade e liberdade.

Atualmente, entre nós, a separação dos poderes se sustenta na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político. Isto significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver, entre eles qualquer subordinação, ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.<sup>135</sup>

Tal leitura tradicional do Princípio da Separação dos Poderes, mesmo tendo em conta o sistema de *checks and balances*, tem autorizado a doutrina a fixá-lo no rol de argumentos

---

<sup>134</sup> HART, op. cit. p. 52.

<sup>135</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 864.

contrários ao ativismo judicial. Ora, se as funções estatais estão separadas, o Judiciário não pode criar o direito.

Tal absolutização contribui para a consolidação do espectro de ilegitimidade, podendo, no entanto, ser superada (ainda em plano dogmático) se considerarmos que tal Princípio atua em *dimensão bipolarizada*.

TREVOR R. S. ALLAN articula:

É essencial que haja um Poder Judiciário independente, que assegure a aplicação justa e estrita da legislação; tendo que, embora a função legislativa, em seus procedimentos essenciais, destinga-se claramente de outras asserções estatais de poder, é permitido às duas personalidades [Judiciário e Legislativo] exercerem poderes de formação e execução jurídicas.<sup>136</sup> (*t. n.*)

No capítulo anterior, referimo-nos à separação de funções estatais como técnica indispensável à ambientação para a independência da Magistratura e, se desejamos comprovar que o juiz efetivamente cria o direito em medida legítima, é necessário ater-nos a este posicionamento.

Devemos defender que, se por um lado a Separação dos Poderes figura efetivamente como argumento limitador do criacionismo judicial, (e isto será adequando em sede de rigidez constitucional e nos atrativos de certeza e previsibilidade da lei)<sup>137</sup>; de outro pólo somos levados a considerar que, em um contexto de administração judiciária, tal Princípio é *incentivador* de uma atuação não coagida por parte do Judiciário, em prestígio à harmonia entre Poderes.

No que toca ao Poder Judiciário, sua peculiaridade é que não busca conflitos à porta do cidadão.

A Constituição exige que a jurisdição conserve-se imparcial, jamais tomando partido nos cursos de ação político-ideológica do Legislativo (que denotam grande densidade discricionária). Neste sentido, que quer que o juiz decida, o faz no bojo do Princípio de Inafastabilidade da Jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV), desde que quebrada a inércia pelo interessado.

---

<sup>136</sup> ALLAN, T. R. S. **Constitutional Justice: a liberal theory of the rule of law**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 32. No original: “*It is essential that there should be an independent judiciary to ensure that the law is fairly applied and strictly enforced; but provided that the legislative function and its special procedures are clearly distinguished from other assertions of governmental power, it is permissible for the same persons to exercise both legislative and executive powers.*”

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 71.

Uma possível releitura do Princípio da Separação dos Poderes sugere que o *dever* funcional dos juízes consiste justamente na criação de uma norma de concretização que resolva um conflito em especial, com recurso a instrumentos interpretativos.

Desde que respeitados certos mecanismos democrático-procedimentais, como acesso à justiça de primeiro grau e aos tribunais, a ordem constitucional *exige do juiz* contributo para a formação do direito, por que se impõem a defesa de bens jurídicos já assegurados pelo ordenamento e se proíbe abstenção de julgar.<sup>138</sup>

Ocorre que a implementação de direitos, por si só, não é suficiente para introduzir efetivamente mudanças nas vidas dos jurisdicionados.

O redimensionamento da Separação dos Poderes propõe-se a combater um sintoma de inefetividade normativa e até mesmo constitucional, já que ainda estamos em processo de concretização das conquistas formalmente alcançadas em 1988.<sup>139</sup>

CELSE CAMPILONGO<sup>140</sup> defenderá a posição ativa dos juízes, na qual a aplicação do direito tende a configurar-se em apenas um resíduo da atividade judiciária, “[...] o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mais como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção do equilíbrio entre interesses supra-individuais”.

Resta defensável, assim, que antes de vilipendiar a Separação dos Poderes, o Judiciário presta a ela tributo criando o direito além da lei, nos casos de insuficiência desta, pois nada mais faz que cumprir um papel exigido e constitucionalmente garantido.

### 3.1.2 Teoria Democrática Tradicional e Razões de Resistência

Os atributos que justificam a existência de uma Teoria Democrática no ocidente são traduzidos em frentes de maximização dos interesses individuais e de potencialização das capacidades/habilidades humanas.

Considerando superadas as pretensões de individualismo, no que toca aos ideais de direito, resta às sociedades democráticas sustentarem-se na capacidade humana de desenvolver-se no uso de faculdades únicas, que podem ser “largamente assinaladas e incluem

<sup>138</sup> O juiz não se exime de sentenciar. Quando a lei for omissa, decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)**. [Brasília, DF]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) >. Acesso em: 23 ago. 2011.

<sup>139</sup> STRECK, op. Cit. p. 15.

<sup>140</sup> *Os desafios do judiciário; um enquadramento teórico*. Em: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

a compreensão racional, a ação e julgamentos baseados no senso moral, as capacidades de criar, de observar, etc. [...]”.<sup>141</sup> (t. n.)

A crença na perícia humana de pensar e organizar contribuiu para a derrota das monarquias e teocracias do passado e para o conseqüente estabelecimento de governos que reconhecem a soberania do povo.

A estrutura democrática, assim, é construída sobre pedra de toque denominada *representatividade*, delineada por JAMES MADISON em seu *Federalist 39*, da seguinte forma:

Se recorrermos aos critérios e aos diferentes princípios sobre os quais diferentes governos são estabelecidos, podemos definir uma república, ou pelo menos usar este nome, para governo que entrega todo o poder direta ou indiretamente à grande massa popular, e é administrado por pessoas detentoras de mandato, com período limitado, enquanto hajam com dignidade/boa conduta. É ESSENCIAL para tal governo que ele provenha do grande corpo da sociedade, não de uma pequena parcela dela nem de uma classe favorecida; se assim fosse, um punhado de nobres tiranos, exercendo opressões por delegação de seus próprios poderes, aspirariam ao título de republicanos, honrando seus arbítrios com a denominação de república. SUFICIENTE para tal governo é que os administradores sejam apontados, direta ou indiretamente pelo povo; e que tenham somente poderes estritamente especificados; de outra feita, todo o governo dos Estados Unidos, assim como todo o governo popular que já foi organizado e administrado, seria despido do caráter republicano.<sup>142</sup> (t.n.)

O distintivo do sistema de representatividade é a possibilidade de debate aberto entre as diferentes ideologias sociais, de forma que as propostas de ação veiculadas pelas facções políticas procurem “convencer” a população sobre qual é o melhor curso para a gestão de suas vidas.

<sup>141</sup> McPHERSON, C.B. **Democratic Theory**. New York: Oxford University Press. 1990. p. 04. No original: “These attributes may be variously listed and addressed: they may be taken to include the capacity for rational understanding, for moral judgment and action, for aesthetic creation or contemplation [...]”

<sup>142</sup> HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **The Federalist: a collection of essays written in favor of the New Constitution**. New York: A. & J. McLean, 1787, p. 109. No original: “If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of government are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior. It is ESSENTIAL to such a government that it be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion, or a favored class of it; otherwise a handful of tyrannical nobles, exercising their oppressions by a delegation of their powers, might aspire to the rank of republicans, and claim for their government the honorable title of republic. It is SUFFICIENT for such a government that the persons administering it be appointed, either directly or indirectly, by the people; and that they hold their appointments by either of the tenures just specified; otherwise every government in the United States, as well as every other popular government that has been or can be well organized or well executed, would be degraded from the republican character.” A lógica de representatividade popular, estrito ponto de tensão provocador do espectro de ilegitimidade ativista, contou em terras norte-americanas com a notável contribuição das noções políticas e constitucionais veiculadas pelos *Federalist Papers*, de JOHN JAY, ALEXANDER HAMILTON e JAMES MADISON. Tais documentos tinham o objetivo de informar a população sobre as condições de ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1789.

Tal processo culmina na transfiguração da individualidade “cidadão” em *uma* unidade de opinião (“um homem, um voto”), levada em consideração de forma pontual no evento convencionalmente denominado *eleição*, em um confronto de grupos em oposição política.

Para LÍLIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE<sup>143</sup> o exercício de oposição política é direito fundamental, autorizado pela liberdade de consciência ideológica, que traz consigo as *possibilidades de discordar do governo corrente, de fiscalizá-lo e de promover-lhe a alternância*.

Em adição, para prevenir a tiranização das minorias derrotadas no embate eleitoral, as constituições modernas, prevêem direitos pétreos, impassíveis de supressão. Esta última estratégia faz parte da implementação de uma cláusula de *não retrocesso social*: um projeto que impõe ao Estado uma *obrigação negativa* de mover-se contra as conquistas que representam o fortalecimento dos direitos individuais e sociais.

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste, deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>144</sup>

A operação de delegação do poder democrático, se destilada das imperfeições de que padece todo sistema humano, impõe que o povo participe ativamente da gestão da coisa pública, elegendo, criticando, e controlando os órgãos que exercem a função geral de legislar.

Considerando a polêmica do ativismo judicial, o dilema revela-se pela posição institucional dos juízes: autoridades inalcançadas pelo debate eleitoral e, excluídos da cadeia de sujeição política à oposição.

Desenvolve-se no imaginário do jurista experiente e do noviço, a noção de que os juízes encontram-se em campo de atuação jurisdicional mais claro e escorreito, qual seja, o de aplicação da lei. Neste diapasão, é dificilmente contestada a inteligência de Mr. Justice FELIX

<sup>143</sup>EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Direito Fundamental Como Oposição Política: discordar, fiscalizar e promover alternância política**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 217. “A democracia é instrumentalizada na conjugação dinâmica entre maioria e minoria, e é neste contexto que a oposição ocupa um espaço primordial na própria composição dos mecanismos de governo. Não se resume o governo ao exercício do poder pelos grupos vencedores, mais na atividade tanto da oposição como da situação na condução da vida política de um Estado.”

<sup>144</sup>Decisão de TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL (Ac. 34/84 - TC), citada por LENIO LUIZ STRECK em **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 22.



FRANKFURTER, em seu voto no caso *A.F. of L. v. American Sash & Door Co.*<sup>145</sup>, pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

A corte não está a salvo de tornar-se oligárquica porque professa agir a serviço das causas humanas. Como prova o viés histórico, o judiciário tende e desprestigiar o bem público, confundindo noções privatistas com exigências constitucionais e tal desprestígio não está sujeito ao legítimo controle popular, exceto remotamente. Juízes vitalícios... não podem ser removidos do ofício ou ter a judicatura suplantada por homens de melhor visão. Não escapam também estes juízes das pressões democráticas, tendo em vista o segredo [subjetividade criteriológica] de suas deliberações, que permanecem inalcançadas aos meios de comunicação ou por mecanismos modernos de que assegurem justificações ao eleitorado, como por exemplo uma “entrevista coletiva à imprensa”. Mais a democracia não precisa confiar nas cortes para ver-se salva de sua própria ignorância, [...] é no controle e vigilância *sobre os representantes* que a democracia se sustenta. (t.n.)

Complementando, em sua teoria de controle judicial de constitucionalidade, JOHN HART ELY revela que, nas democracias, “a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes *eleitos* (ou por pessoas que respondem perante eles)”, com o agravante de que os juízes, [...] – “apesar de obviamente não desconsiderarem por completo a opinião popular, não são eleitos nem reeleitos.”<sup>146</sup>

Como se verifica, razões de representatividade e lógica democráticas deixam claro que ninguém elege juízes para criar o direito; tal função é esperada de políticos que figuram de câmaras legislativas, sendo pretensamente ilegítima a conduta judicial ativista.

É hora de superar tal espectro.

Democracias deixadas por si, porque vertidas em poder canalizado nas mãos de grupos de interesse, podem vir a despir as pessoas de sua dignidade e arrancar dos agentes sociais sua VOZ.

---

<sup>145</sup> “The Court is not saved from being oligarchic, because it professes to act because it professes to act in the service of humane ends. As history amply proves the judiciary is prone to misconceive the public good for confounding private notions with constitutional requirements, and such misconceptions are not subject to legitimate displacement by the will of the people except as a too slow pace. Judges appointed for life ... cannot be voted out of office and supplanted by men of views more consonant with it. They are even farther more removed from democratic pressures by the fact that their deliberations are in secret and remain beyond disclosure either by periodic reports or by such a modern device for securing responsibility, to the electorate as the ‘press conference’. But a democracy needed not to rely on the courts to save it from its own unwisdom, [...] it is such vigilance and control over its representatives that democracy proves itself.” Decisão do caso 335 U.S. 538, 555-6 (1948). Disponível em “US Supreme Court Center” <<http://supreme.justia.com/us/335/538/case.html>>; acesso em 15/08/2011.

<sup>146</sup> Op. cit. p. 07.

Os eventos do Século XX confirmaram a veracidade das observações de BLACKSTONE, de que “não há poder que possa controlar políticos inclinados à ação irracional, em democracias nas quais o governo da maioria é regra absoluta e incondicional.”<sup>147</sup>

O mais notável é que, muitas comunidades, em momentos de liberação de regimes despóticos e arbitrários recorreram aos juízes e tribunais para auxílio:

No curso dos últimos cinquenta anos, a mais e mais juízes foi dado o poder de rever o modo pelo qual os dois ramos elegíveis do governo [Legislativo e Executivo] exercem a autoridade coercitiva do Estado. Se políticos e seus oficiais cometeram abusos ou não, tem sido tem sido papel do Judiciário decidir.<sup>148</sup> (t.n.)

Decorrência imediata, é que do Judiciário são exigidas respostas a respeito dos mais controvertidos assuntos, versando contrastes políticos e morais, que trazem ao povo sérias dúvidas sobre como agir.

Tais exigências não podem ser cumpridas se o papel ativista não for devidamente exercido e tal papel é, sem dúvida, uma das características definidoras do próprio Estado Democrático, já que nunca foi tão evidente (e necessário) que os tribunais *testem* a legitimidade das leis passadas em nome do Povo, tendo em conta princípios e regras constitucionais que norteiam a existência das instituições.

### **3.1.3 Necessários Esclarecimentos acerca do Interseccionamento Sistêmico entre Civil e Common Law – dos Estados Unidos ao Brasil**

A tese que enquadra o Brasil à família jurídica do *Civil Law* tem sido contestada em dias atuais, por mentes pioneiras. Certas imprecisões assolam, contudo, a tese devendo ser esclarecidas.

Apesar da batida afirmação de aproximação entre as duas tradições do direito, é correto afirmar que nos enquadrados na tradição *romano-germânica*, não obstante o prestígio que tem atingido o precedente judicial em nosso ordenamento.

---

<sup>147</sup> BLACKSTONE, W. **Commentaries on the laws of England**. Chicago: University of Chicago Press, 1979, p. 91. No original: “There is no power that can control politicians bento on acting contrary to reason in democracies in which the sovereignty of the majority’s rule is absolute and unconditional.”

<sup>148</sup> BEATTY, Davis M. **The Ultimate Rule of Law**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 02. No original: “Over the course of the last fifty years, more and more judges have been given the power to review the way in which the two elected branches of government exercise the coercive authority of the state. If politicians and their officials have crossed the line has been left for the judiciary to say.”

Acontece que avançamos no sentido uma *estrutura civilista especificada*, tendo em vista a necessidade de flexibilização da rigidez legal, para a adaptabilidade do ordenamento a valores constitucionais indispensáveis à longevidade democrática.

Este *interseccionamento sistêmico*, chamado por JUAN PABLO COUTO DE CARVALHO, “*commonlawlização do direito brasileiro*”<sup>149</sup>, é defensável em termos dogmáticos desde que consideremos as diferenças fundamentais entre as duas tradições<sup>150</sup>, mas não só.

Em primeiro lugar cabe destacar que o neologismo “*commonlawlização*”, com a devida vênia, é expressão *generalista*, na medida em que não considera as especificidades do sistema judicialista nos diferentes países em que é adotado.

Com efeito, a corriqueira declaração de que “o sistema legal da *Common Law* é praticado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra”<sup>151</sup>, *não pode ser entendida com se o direito fosse praticado nos dois países da mesma forma*.

As descontinuidades começam na seara do direito público, com a derrocada da monarquia inglesa e de suas instituições associadas, episódio que levou os Estados Unidos ao “Segundo Congresso Continental para a Declaração da Independência Americana”, em 04 de julho de 1776 e à ruptura capital com o direito colonial inglês, em termos de soberania. A *Declaration of Independence*, assinada por JOHN HANCOCK, estabeleceu a transformação das colônias em Estados-membros, além do federalismo, do presidencialismo e do papel das cortes como guardiãs da Constituição.<sup>152</sup>

Enquanto, em terras britânicas, a Casa dos Lordes (*House of Lords*) se restringia com base em regras contrárias à revogação de precedentes, a jurisprudência americana passou a alterar-se com muita frequência, em razão das bruscas e novas movimentações econômicas,

<sup>149</sup> O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro. Em *Revista Juris Síntese* nº 68. Novembro/2007.

<sup>150</sup> ARTHUR T. VON MEHREN, na obra já citada, destaca as três principais diferenças entre *Civil* e *Common Law*: 1. A maneira como os imperativos primários de raciocínio legal são auferidos: no Civil Law o são pela legislação compactada em códigos, no Common Law tais imperativos constam das decisões judiciais; 2. Diferença de grau de influência pelo direito romano, profunda e vasta em Civil Law, mais escassa em Common Law; 3. Modo de pensamento dos juízes: abstrato e sistemático em Civil Law, fático e consuetudinário em Common Law.

<sup>151</sup> VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 107.

<sup>152</sup> VILE, John R. **A companion to the United States Constitution and its amendments**. Connecticut: Praeger, 2006, p. 294. Na dicção da conclamada *Declaration*: “*That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States; that they are absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved*”. “*Que Essas Colônias Unidas sejam, por direito, Estados livres e independentes, absolvidos de toda aliança à Coroa Britânica, e que toda conexão política entre Elas e o Estado da Grã-Bretanha seja totalmente dissolvida*.” (tradução nossa).

políticas e sociais.<sup>153</sup> Isto permanece até hoje, na medida em que o precedente inglês oscila com frequência muito menor.

No que toca aos Estados Unidos da América, então, surgirá situação particular em termos de enquadramento a um sistema de direito, pois em tal país coexistem, como fontes primárias de direito, a lei (*statutory law*) e a jurisprudência (*case law*).

Não obstante seja o *Common Law* a tradição predominante no direito americano, (influência britânica de colonização, povoamento e língua), a presença de espanhóis, franceses e holandeses, na Flórida, em Louisiana e em Nova Iorque, respectivamente, conservou nas legislações destes Estados elementos diretamente derivados do direito romano. A instalação deste bem sucedido *plano de misto de Common Law* nos EUA, deve-se ao fato de que “o povo americano, tendo progredido lentamente por meio de desastre e provação, fez grades descobertas que iniciaram a formação constitucional.”<sup>154</sup> (*t. n.*)

Podemos afirmar que a evolução do Brasil nos colocou no mesmo caminho; o da miscigenação de sistemas, processo tendente a desenvolver particular tradição jurídica.

Estamos orientados, porém, a desenvolver um *plano misto de Civil Law*, consubstanciado em uma estrutura qualificada pela valorização do trabalho do Poder Judiciário, em especial do trabalho interpretativo do Tribunal Constitucional.

O evento jurídico que melhor espelha este fenômeno de miscigenação sistêmica é a adoção pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004 das chamadas *súmulas vinculantes*.

Sem considerações densas sobre a legitimidade do instituto, (o que demandaria produção científica específica), pode-se afirmar, com a doutrina de ANDRÉ RAMOS TAVARES, que “reconhece-se na súmula vinculante a possibilidade de construção de enunciados que sintetizam o entendimento (interpretação) já consolidado do Tribunal Constitucional, iluminando operações jurídicas posteriores.”<sup>155</sup>

Nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, as súmulas são editadas após reiteradas decisões em um mesmo sentido, relativas à normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração, em casos de grave

---

<sup>153</sup> JAFFE. Op. cit. p. 34.

<sup>154</sup> É o que relata MERRYL JENSEN, em seu **The Articles of the Confederation: an interpretation of the social constitutional history of the american revolution**. Madison: The University of Wisconsin Press, 1940, p. 05. No original: “*The American people, having progressed slowly through disaster and trial, have made great discoveries, which led the way to the Constitution.*”

<sup>155</sup> “*O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*”. Em **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 333.

insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, de multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria).<sup>156</sup>

O modelo brasileiro de súmula vinculante, embora se aproxime do precedente pelo fato de ser *produção judicial do direito*, não pode ser confundido com ele. Difere, assim, a dinâmica da súmula, da fisiologia do *stare decisis* em virtude da cisão absoluta entre caso fático e norma de concretização: estão posicionadas em dimensões diversas as realidades “fato” e “direito aplicado ao fato”.

Com mais densidade no *Common Law* inglês, e menos densidade no *Common Law* estadunidense, o caso concreto é *parte/elemento* do *dirieto/norma*.

Por tal razão existe a técnica do *distinguishing*, consistente no enquadramento do caso atual ao fato anteriormente considerado em precedentes. Em meio à infinidade de casos julgados, para a descoberta do *case law* aplicável, os juristas contam com bases de dados informáticos chamados *citators*, que tornam as informações sobre os julgamentos inter-relacionáveis e acessíveis.<sup>157</sup>

Com relação à súmula brasileira, o que existe é a vinculação à *matéria interpretável* não estando dispensado o juiz de identificar as especificidades do evento ensejador da provocação judicial (caso fático).

Ao contrário do sistema de *Common Law* inglês, no qual o precedente é cristalizado, a edição jurisprudencial no âmbito dos sistemas de *Civil Law* não vincula ao Poder Legislativo, nem tampouco ao Tribunal Constitucional, que pode alterar seu posicionamento, desde que o faça de forma fundamentada. Nesse sentido, a Constituição Federal do Brasil, segundo a qual o efeito das súmulas somente vincula aos “*demais* órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Resta ainda a primazia do legislativo em termos de “renovar a discussão encerrada pela súmulas vinculantes”, aprovando lei de conteúdo contrário às elas. Significa dizer que a revogação do precedente pode ser levada a efeito por edição do direito legislado.<sup>158</sup>

Nosso posicionamento, ante todo o demonstrado, é que as duas tradições do direito ocidental permanecem em campos de interação jurídica distinta: o Brasil *não* está se transformando em um país de *Common Law* (como sugere o vocábulo “commonlawlização”);

---

<sup>156</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Brasília, DF]: [s.n.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

<sup>157</sup> CLARK, S. David. “*Civil Procedure*”. Em **Introduction to the law of the United States**. New York: Kluwer Law International, 2002, p. 127.

<sup>158</sup> MENDES, Gilmar, PFLUG, Samantha. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva 2005 p. 371.

está, isso sim, participando de um processo *interseccionamento sistêmico*, abrindo seu modelo civilista a um destaque do papel delegado ao Judiciário na moldura constitucional.

A prática jurídica já consolidada em terras americanas e em vias de consolidação no Brasil parece estar no caminho de superar o *paradoxo metodológico da inconciliabilidade de fontes primordiais do direito* (direito legislado e direito decidido).

Não se trata mais de discutir a viabilidade ou não da convivência de estatuto e jurisprudência como fontes do direito, tal convivência já ocorre e, atrevemo-nos a dizer que sem ela, a Democracia definha.

## **3.2 O Modelo Substancialista de Louis L. Jaffe: Caráter Democrático da Produção Judicial do Direito**

### **3.2.1 Singelo Delineamento e Justificações Metodológicas**

A fabricação de um esquema teórico que justifique a legítima criação judicial do direito deve partir do relacionamento entre os principais signos democráticos (representatividade e controle popular), e as dificuldades que enfrentam os juízes na gestão dos conflitos sociais.

Tal relacionamento foi provido, com raro sucesso, pelo catedrático de Harvard LOUIS LEVENTHAL JAFFE, apesar da doutrinariamente reconhecida temeridade do assunto.<sup>159</sup>

JAFFE trabalha com um arrojado sistema substancialista de acolhimento axiológico, em termos teórico-constitucionais de função, não olvidando de que, embora o Direito possa ser definido autonomamente sem recurso à moral, valores de feição abstrata integraram o raciocínio prático dos juristas.

O substancialismo defende que certos valores, devido à sua importância devem ser colocados fora do alcance da batalha político-ideológica que qualifica a democracia representativa.

RONALD DWORKIN também figura desta escola (substancialista), e esclarece que “não se trata de uma questão sobre o modo como a moral figura na identificação do direito, mais sim de uma questão sobre quando, se é que alguma vez, a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, o mesmo e contrariem.”<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 98.

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 28.

A teoria em palco não se atém a considerações de ordem superficial, chegando a declarar a demonizada verdade de que é *correto*, por parte do juiz, consultar sua *consciência* quando da decisão. Aliás, para o autor, o agente jurisdicional tem direito de adotar uma postura representativa (em termos democráticos), sendo essa uma decorrência de seu mandado.

Não há hipótese de verificar objetivamente o caráter majoritário ou não da aceitação de um princípio eleito em sede de decisão judicial; por isso mesmo o Poder Judiciário tem a função de *formular* a própria opinião popular tendo em vista as aberturas interpretativas nas disposições constitucionais e legais. Tais aberturas são deixadas pelo constituinte de caso pensado, para que as forças de liderança ajam a favor da adaptabilidade do direito às condições de vida.

O Corpo Popular, ainda que seja titular constitucional de todo poder, ostenta, a respeito de grande parte dos assuntos, opiniões superficiais e de senso comum, a não ser que tenham tratado daquele particular assunto em suas vidas pessoais ou profissionais.

Na opinião de L. L. JAFFE é mais provável que a estabilização das difusas visões populares se dê por parte dos juizes, em anos de treinamento e prática e em instâncias especializadas (relações civis, criminais, de trabalho, de fiscalidade, etc.), do que por políticos que representem as opiniões de “maiorias putativas”.<sup>161</sup>

O processo de formação do direito nas sociedades democráticas, não é uma operação computadorizada; é um massivo processo de adaptação constante, em favor da resolução de conflitos sociais. Em muitas ocasiões, por vasto que seja o instrumental jurídico, não é dado ao juiz resolver os problemas da cidadania sem uso de mecanismos extra-normativos (o que não significa dizer extra/antijurídicos).

Na realidade esta é a manobra metodológica que define JAFFE como substancialista, pois segundo ele, o juiz trabalha com considerações valorativas, recorre a princípios de moralidade para formular justificações de julgamento, inclusive fazendo uso de institutos de outras áreas do saber (economia, sociologia, ciências políticas), na chamada *dinâmica de interdisciplinaridade*.<sup>162</sup> Há um chamamento jurídico destes outros campos científicos para que emprestem função ao direito, em um mecanismo de acoplamento.

O caráter eminentemente científico deste trabalho, não nos isenta de apontar específica fragilidade em uma das posturas do autor. Neste sentido, certa especulação sobre a

---

<sup>161</sup> JAFFE, op. cit. p. 46.

<sup>162</sup> A orientação multidisciplinar contou, no Brasil, com a contribuição notável de LÍDIA REIS DE ALMEIDA PRADO em: **O juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. Campinas: Millennium Editora, 2010.

conduta pessoal do magistrado pode ser verificada; chegando JAFFE a considerar, com seriedade, que a consciência do juiz *está* sujeita a um controle objetivo.

É claro que esta tese não resistiria nem ao mais tosco ataque procedimentalista: a humanidade ainda carece de um petrecho que limite a individualidade e a riqueza do próprio pensamento. Além disso, submeter a consciência humana a um controle de eficiência universal, pressuporia a consagração de uma “ordem objetiva de valores”; como se sabe, tal tese já foi desintegrada abaixo da salto doutrinário contemporâneo.<sup>163</sup>

Assim, para que possamos conciliar as contribuições desta significativa teoria democrática, considerá-la-emos partindo da tese de vinculação ao texto base da norma, para o caráter legítimo do ativismo, sem descurar dos relacionamentos estabelecidos por JAFFE, entre democracia e atividade jurisdicional.

### 3.2.2 Compartilhamento de Liderança Democrática

As condições de vida na sociedade moderna estão sempre se modificando; as expectativas da coletividade alteram-se conforme a vida humana se redefine e em consequência, novas demandas surgem.

O poder também oscila. Minorias exploradas reúnem geralmente o voto de um vasto número de eleitores, em potencial alternativa ao governo. A impulsão do discurso dialético-ideológico torna o derrotado de ontem, o governante de amanhã, ávido por mais; “muitos filósofos e psicólogos reconhecem que os homens são apaixonadamente inclinados a realizar seus quereres à despesa daqueles sem poder de resistir [...]”. (t.n.)<sup>164</sup>

O método de LOUIS JAFFE para a demonstração do caráter democrático do direito judicialmente criado envolve o traço de um cenário no qual a Democracia não se esgota no conceito de *governo pela maioria*.

O autor propõe-se, então, a enfrentar as obscuridades da noção de que o “governo pelo povo” consiste na satisfação irreservada da vontade da maioria vitoriosa no embate eleitoral. O *mito* de representatividade popular, em plano cimeiro, esbarra no problema de que *maiorias são freqüentemente criadas por minorias de elite*:

<sup>163</sup> Neste sentido, DWORKIN em **A Justiça de Toga**, cit. p. 86: “Portanto, se o argumento de que não existe verdade objetiva acerca das questões morais é bem fundado, sua consequência não é a de que existe, não obstante, uma verdade para a nossa comunidade, mais sim que há uma verdade distinta para cada um de nós, e não podemos sustentar a abordagem teórica de decisão judicial com base nisso.”

<sup>164</sup> JAFFE, Op. Cit. p. 32. No original: “Most philosophers and psychologists recognize that men are passionately driven to realize their desires at the expense of those who are without power to resist [...]”.



Maiorias passam a existir a partir de indivíduos, uns com interesses muito específicos, outros com idéias brilhantes. [...] Cada um destes indivíduos, por sua riqueza e focos bem definidos, tem condição de formar opiniões, oferecendo aos legisladores assessoramento, informação e o suporte de que necessitam. Em suma este é o paradoxo básico segundo o qual maiorias são formadas por minorias elitizadas.<sup>165</sup> (t.n.)

JAFFE defende ser o homem do povo mais ou menos indiferente aos problemas que não lhe afetam diretamente o bem estar, alguns destes problemas são de gênese tão sofisticada que falta à grande parte das pessoas conhecimento ou imaginação para visualizá-los.

O legislador, por seu turno, não escapa das pressões exercidas por grupos privados. Isto é particularmente verdadeiro no Brasil, onde caríssimas campanhas políticas são financiadas por corporações privatísticas.<sup>166</sup> Tudo isso se alia às pautas congressuais carregadas de questões orçamentárias, que não raro buscam satisfazer vontades não assim tão populares.

Este trabalho desconstitutivo acompanha a afirmação, muito real, de que *o legislativo sozinho não tem condições de canalizar os interesses da coletividade de forma a satisfazê-los na integralidade*, em uma deformação do circuito comunicativo-democrático primário, assinalado no início deste capítulo.

Tal ciclo pressupõe a *liderança* do Poder Legislativo na tarefa de efetivar o bem estar social, por meio da criação de leis. A franqueza de JAFFE, porém, nos força a admitir que, não obstante a antiguidade e a força do argumento de interação eleitor-eleito, o povo não tem acesso *real* a seus representantes de câmara.

A expressão *liderança*, não muito comum na Teoria Democrática dos países de *Civil Law*, significa a delegação de função fundamental ostentada por um agente estatal, carreadora de providências sem as quais os cidadãos padecem.

Neste ponto cabe a idéia, retirada da teoria de JAFFE de um *compartilhamento de liderança democrática entre legislativo e judiciário*, para o atingimento do equilíbrio social.

---

<sup>165</sup> Ibidem. p. 33-34. No original: “Majorities are brought into existence by individuals, some with special interests and some with especial insights. Each of them, because of its wealth and its clearly defined purpose, has the power to make opinion and to offer the legislator the guidance, the information, and the support which he needs. In short there is the basic paradox that majorities are for the most part created by minority elites.”

<sup>166</sup> A este respeito ver: CRUZ, Elaine Patricia, MOREIRA, Marli, 2010. “Cartilha orienta empresas sobre como financiar campanhas políticas”. Jornal Agrosoft, 26 de julho. Disponível em: <<http://www.agrosoft.org.br/agropag/215041.htm>>. Acesso em 19 de julho de 2011.

Devemos insistir que o juiz de direito não age, senão quando provocado<sup>167</sup>; significa dizer que ele é um canal aberto a qualquer membro da população que veja sua esfera jurídica inadvertidamente invadida:

E acima de tudo, o direito administrado pelo Poder Judiciário tem sido o mais pronto meio de proteção dos indivíduos e das minorias. Seja como cidadão ou membro de uma minoria [que necessita de especiais tipos de norma para ver suas necessidades supridas], toda pessoa é potencial buscador de justiça, os tribunais são assim, tão essenciais à democracia como o legislativo ou o executivo.<sup>168</sup> (t.n.)

O Poder Judiciário passa, assim, a figurar do circuito democrático primário como interface de comunicação Estado/Cidadão, tomando, ao lado do Legislativo, a posição de líder na resolução de conflitos, com o instrumental jurídico já provido constitucional e legalmente, e com poder normativo circunstancialmente limitado, capaz de inovar no cumprimento do dever jurisdicional.

O juiz ativista sabe que o judiciário não pode proteger os interesses do homem do povo, a menos que possa redefinir as proteções a ele dirigidas pela Constituição e pela prática forense, já que a democracia pretende abordagem coerente e dinâmica, antes inerte e unidirecionada.

Outro aspecto da crítica de JAFFE à função de formatação legislativa, é que, pelo fato de ser informada por conveniência e oportunidade políticas, não está dispensada de enganos jurídico-materiais que venham a vilipendiar direitos fundamentais. Por esta razão a sociedade

---

<sup>167</sup> JAFFE praticou o direito nos Estados Unidos da América, em ambientes de *Common Law*. Em breve contextualização; paralelamente à inafastabilidade de jurisdição, na tradição saxônica utiliza-se a expressão “*controversies pursuant to law*” – como o poder de resolver controvérsias postas por uma parte contra a outra, nos termos da lei. A limitação judicial é aperfeiçoada pelo *Party Presentation Principle*. Na lição de DAVID S. CLARK (op. cit. p. 378), o *Party Presentation* assume que os litigantes são os senhores de seus próprios direitos, tendo o dever de subsidiar seus pedidos e defesas, com os fatos pertinentes, as provas e articulações discursivas necessárias à solução do *case*. O interesse público de consolidação do ordenamento jurídico presume-se preservado na medida em que cabe a cada qual a gestão de seus próprios (interesses). A verdade mais provavelmente emerge do sincero envolvimento das partes com as atividades de argumentação e investigação, do que de uma persecução judicial motivada meramente por dever funcional. De acordo com o **Novo Dicionário Português/Inglês, Vol. 1**. Amadora: Sistema J LTDA., 1997, p. 112; o vocábulo “*presentation*” enquadra-se na tradução de “*apresentação/demonstração*”, a expressão “*Party Presentation Principle*”, pode também ser traduzida como “*o princípio segundo o qual cabe à parte apresentar/demonstrar em juízo o que lhe seja de interesse*”.

<sup>168</sup> JAFFE, Op. Cit. p. 33. No original: “*But above all, judicially administrated law has been the most ready protection of individuals and of minorities. And since qua individual and qua member of a minority, every person is a potential seeker of justice, the courts are as integral to democracy - as we understand it - as the legislature an the executive.*”

democrática buscou fórmulas de contenção do arbítrio majoritário, manifestando fatores de *desaceleração do poder*.<sup>169</sup>

É como se a oportunidade política fosse filtrada por imperativos balizadores.

O Judiciário assume também, neste quadro de regulação do poder, o papel de instância desaceleradora, notadamente quando a produção legislativa ameaça atentar contra direitos indispensáveis à emancipação e dignidade do homem.

Vê-se que as limitações operacionais da máquina legislativa determinam a necessidade de assunção das dificuldades de relacionamento/comunicação entre câmara representativa e população, formando-se o palco para a ação democrática do Judiciário.

Tais considerações, não obstante sua profundidade, vacilam em resolver certos problemas de prática jurídico-decisional; passemos a estes problemas, preparando-nos para as devidas conclusões.

### 3.2.3 Questões Práticas da Decisão Judicial: o Problema da Limitação pelo Direito, na Produção do Direito

Em conferência internacional proferida na Universidade do Porto – Portugal, o cientista político VIACHESLAV MOROZOV destacou que “democracia não é apenas questão de teoria; é também um problema prático, que demanda soluções práticas para problemas reais e regionalizados.”<sup>170</sup>

É indispensável, assim, uma abordagem prática acerca da dinâmica da decisão judicial.

O expediente da prática jurídica é consagrado, nos regimes democráticos, pelo direito fundamental ao Devido Processo Legal (*Due Process of Law*) e a seus consectários imediatos (contraditório, ampla defesa, princípio da inércia, etc.).

Mais principalmente se seguirmos a orientação de JOHN HART ELY<sup>171</sup>, atribuindo a estes direitos natureza meramente procedimental, parece incoerente a criação do direito pelos

---

<sup>169</sup>Embora não se limitem a ele, estes fatores de desaceleração são facilmente identificáveis em referência ao processo legislativo (CF/88 Art. 59 a 69), nas limitações materiais (CF/88 Art. 60, §4º) e procedimentais (legitimidade e quóruns numéricos para elaboração/proposta de alteração legislativa) impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado. BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva 2010. p. 433.

<sup>170</sup> **World Crisis: Revolution or Evolution in the International Community**. Paper: “*Russia’s Take on Democracy: a counter hegemonic practice in a postcolonial situation*”. Apresentado em: 18/08/2011.

<sup>171</sup>Ao longo de **Democracia e Desconfiança**, obra citada. HART ELY figura no constitucionalismo americano como ferrenho procedimentalista. Na seara do processo, significa dizer que defende a noção de que os direitos constitucionalmente garantidos visam unicamente garantir às partes participação efetiva no debate judicial, sem a incidência de direitos substantivos.

juízes; ora, o ordenamento jurídico, definido por NORBERTO BOBBIO<sup>172</sup>, veicula um conjunto de normas e princípios *controladores* da atividade jurisdicional.

Devemos então, em favor de um *substancialismo temperado* e livre de ingenuidades, assumir que, na atividade judicante o magistrado está vinculado (*bounded*) ao ordenamento jurídico, expresso fundamentalmente em princípios e regras constitucionalmente consagrados e em textos infraconstitucionais reguladores de matérias gerais.

Qualquer conceituação que busque legitimar a prática jurídico-ativista, no âmbito interno da estrutura do Estado Democrático de Direito – institucionalização máxima do princípio da legalidade – deve, necessariamente, buscar delimitar parâmetros de mensuração do grau de aderência do Poder Judiciário à ordem estabelecida. Não se pode por outro lado, olvidar que um sistema de subsunção mecânica de normas não resiste à análise incisiva engendrada pela moderna Teoria da Interpretação.<sup>173</sup>

Com efeito, a grande conquista da interação jurídica atual é a identificação de uma unidade extra-normativa formadora do direito, sendo que a interpretação resultante e aplicação da lei constituem uma mesma e única atividade.

Em países de *Common Law*, com mais evidência, deverá o juiz ter em conta também os precedentes vinculativos dos Tribunais Superiores, em tributo à doutrina do *stare decisis*, que orienta a aplicação dos mesmos princípios para o julgamento de casos semelhantes.

Este conjunto de referências limita julgador ao corpo *oficial* de regras aplicáveis, e o chama a fazer, nesta dinâmica de limitação, um trabalho de escolha.

Em solo pátrio, ELIVAL DA SILVA RAMOS chamou tal imperativo de “tese de vinculação ao texto base”:

A formulação doutrinária de parâmetros calcados no direito positivo para a aferição do caráter ativista ou respeitoso à Separação dos Poderes da jurisprudência constitucional encontra um vasto campo de possibilidades, com o que se deve, metodologicamente, escolher aqueles pontos que se mostram mais relevantes ao tratamento da questão. O primeiro e principal destes parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma.<sup>174</sup>

A tese de vinculação acima espelhada constitui, com certeza parâmetro legítimo de limitação (*restratint*) judicial, mais não faz cessar as necessidades de justificação democrática.

<sup>172</sup> **Teoria do Ordenamento Jurídico**, cit. p. 22.

<sup>173</sup> BAILO, L. S.; CHARUR, A. I. *A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial*. Em *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 00-00, jan./jun. 2011.

<sup>174</sup> **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**, cit. p. 168.

Seja como for, sem desprezo de tais imperativos de obediência, em certo número limitado de casos (*hard cases*) o ordenamento não permitirá uma decisão clara.

Verificamos, a esta altura, partindo de LOUIS JAFFE, uma proposição que apresenta o elemento *relativizador* da vinculação ao texto base, com a idéia de que coerência textual não satisfaz legitimidade.

Com relação ao paradoxo de produzir do direito, nos termos do direito (implicação direta do poder de julgar), certo *poder de inovar* é inerente ao juiz, já que o próprio ato de aplicar a Constituição ou o estatuto, produz uma nova norma de concretização, no bojo do caso em exame.

O problema é colocado da seguinte forma:

[...] se nosso propósito é justificar a criação judicial do direito, não estamos envolvidos em contradição? É correto defender que aquele que produz o direito está, pelo mesmo direito, limitado? A esta última questão penso que possamos, sem muita sofisticação, responder “sim”.<sup>175</sup> (*tradução nossa*)

Para além dos textos normativos, os juízes podem adotar como parte da estrutura argumentativa de sua decisão, princípios operacionais e atitudes que estendem seu poder de criar o direito em obediência ao mesmo.

Neste compasso, bruscas mudanças criteriológicas não encontram suporte na teoria analisada, de sorte que “o juiz deve crer na validade das razões dadas para a decisão, ao menos em nível de estar preparado para aplicá-las a um caso semelhante o qual ele não pode, honestamente, distinguir”.<sup>176</sup>

Se as razões oferecidas para a sentença são mera fachada, ou se são criadas em regime de exceção, para faticidade isolada, sem qualquer fundamentação ou suporte em Direito, não pode ser classificadas legítimas.<sup>177</sup>

Desta sorte, jungido ao ordenamento como unidade constituição-lei-princípios, e como manifestação *textual de comunicação* (norma escrita), o juiz pode proceder de duas maneiras:

<sup>175</sup> **English and American Judges as Lawmakers**, cit. p. 36. No Original: “[...] if our purpose is to justify judicial lawmaking, are we not involved in contradiction? Is it logical to contend that one who makes the law is even in the very act of lawmaking bound to the law? To this last question I think that we can without too much sophistication answer ‘yes’.”

<sup>176</sup> JAFFE, op. cit. p. 38. No original: “The judge must believe in the validity, of the reasons given for a decision at the least in the same sense that he is prepared to apply them to a latter case which he cannot honestly distinguish.”

<sup>177</sup> Nesta seara vigoram os princípios de publicidade e obrigatoriedade de fundamentação das decisões (CF, artigo 92, inciso IX), o que em plano *formal* supre a necessidade de apresentar à comunidade as razões do convencimento judicial.

- a. Pode ater-se ao sentido literal da lei aplicável fazendo transparecer tal literalidade em sua decisão, hipótese em que deve assumir que *o sentido das palavras permanecerá*, mesmo se inconsistente com algum valor maior (*equity*) do ordenamento/estatuto, ou;
- b. Pode ampliar as fórmulas verbais da lei, agindo em abordagem dinâmica. Neste caso deverá assumir que a providência de *irradiação* melhor atende a um escopo do ordenamento.

Em enquadramento preciso a esta teorização de LOUIS JAFFE, a prática jurídica brasileira oferece exemplo formidável.

Recentemente, prestigioso órgão da imprensa nacional veiculou notícia sobre a aplicação do artigo 22, III, “a” da Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, a um caso de agressões envolvendo dois *homens* conviventes em união homo afetiva.<sup>178</sup>

Na hipótese, um dos companheiros sofria constantes agressões por parte do outro, o que ensejou processo penal para apuração de crime de violência doméstica, nos termos do artigo 129, §9º do Código Penal Brasileiro. O pleito ministerial de condenação vinha cumulado ao de aplicação de medida protetiva de urgência, com lastro na Lei nº 11.340.

O magistrado responsável pelo caso recebeu a ação penal e *deferiu a medida*, ordenando ao agressor que se mantivesse afastado da vítima, fixada distância mínima.

Adequando o sentido da lei às especificidades do caso, o juiz entendeu que a especial proteção destinada à mulher, poderia ser estendida ao homem naqueles casos em que também é vítima de violência doméstica e familiar. Tudo isto em respeito ao Princípio Constitucional da Isonomia, invocado expressamente na fundamentação da decisão.

Independente que é, o julgador poderia entender inaplicável a legislação em evidência ao fato que originou o pedido, pois a literalidade legal *delimita* o atendimento pessoas do sexo feminino.

Se uma decisão desta monta (hipótese “a”) tivesse sido exarada, apesar de sua orientação *contemplativa/passiva*, seria ela irrepreensível em termos subsuntivos; mais não seria legítima à vista do escopo do ordenamento. O detalhe é que se tivesse persistido a decisão da hipótese “a” teria toda condição formal de figurar do direito; na medida em que interessa à ordem pública a coercibilidade do mandamento judicial.

---

<sup>178</sup> SPILLARI, Carolina, 2011. “Lei Maria da Penha é aplicada a casal gay no Rio de Janeiro”. O Estadão, 14 de abril. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,lei-maria-da-penha-e-aplicada-a-casal-gay-no-rio-de-janeiro,708486,0.htm>>. Acesso em 19 de julho de 2011.

Juízes que privilegiam a passividade subsuntiva em nada ousam, podendo pensar, por outro lado, que nada perdem.

Acidamente JAFFE refere-se a esta posição: “*nada, exceto a oportunidade de serem úteis*”.<sup>179</sup> (t.n.)

Assim, na essência de seu modelo, o autor revela que os juízes podem e devem proceder na atitude de que a Constituição, a jurisprudência, e até mesmo as leis infraconstitucionais ostentam proposições suficientemente gerais para ampliar o alcance do direito, conforme surjam as controvérsias (hipótese “b”).

Trata-se do uso das fórmulas do caso *Heydon*<sup>180</sup>, indagando-se “*qual o malefício falhou a legislação em erradicar e como agiria o legislador ao buscar remediar o problema que aflige o bem-estar social?*”

A amostra relativa ao “casal homossexual” revela o desabrido caráter dinâmico do direito, e as constantes novas necessidades sociais, profundamente sentidas no cotidiano da população, mais parvamente providas pela letra da lei.

Nesta hipótese, em especial, o julgador não possuía meios de ater-se ao texto legal, procedendo à engrenagem de *irradiação constitucional* projetada pelo substancialismo que ora examinamos.

Sem embargo, a derivação decisional, ocorra ela por competição lógica de princípios (ponderação), ou por inovação circunstanciada, levará o juiz sempre a uma *escolha*; significa dizer que a democracia convive com um elemento *personalíssimo de convencimento do juiz*, e isto pressupõe a natureza humana do julgador.

Aqui situa-se a peculiar ousadia da filosofia de JAFFE; a fusão de elementos teórico-democráticos com a necessidade de outros (elementos), extra-normativos, principalmente a constatação de que não se pode desejar arrancar do juiz o *direito* ao pensamento ativista.

O povo não pode viver sem que o Direito evolua; uma das expressões mais efetivas e consagradas desta evolução é o papel de destaque que o Poder Judiciário assumiu na Democracia moderna, tal papel demanda que o juiz deixe de contemplar a lei de modo apático e busque meios de satisfazer a comunidade, assumindo as conseqüências da imperfeição do instrumental jurídico.

---

<sup>179</sup>Op. cit, p. 37. No Original: “*But these judges at least have ventured nothing and so, they may fell, have lost nothing – nothing that is, except the opportunity to be useful.*”

<sup>180</sup> ENGLAND AND WALES. *High Court (Exchequer Court) Decisions: Decisão do Caso Heydon de 1954. (1584) 76 ER 637*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>>, acesso em 18/08/2011. “*What was the mischief and defect for which the common law did not provide. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth*”.

Tudo isso, é claro, sem presumir onipotência do judiciário, apresentando-se, em plano de limitações um meio termo conciliatório entre o suporte no jurídico oficial, referencial primeiro de conduta do juiz, e um elemento personalíssimo de convencimento, que emerge em casos de conflito normativo ou ausência de normação.



## CAPÍTULO 4 - O PODER DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO À LUZ DAS ATIVIDADES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em vista dos elementos científicos até então reunidos é possível afirmar que nem toda decisão judicial que ultrapassa a textualidade de determinada norma, em função ampliativa, é tecnicamente inaceitável.

A incursão do Poder Judiciário no campo da interpretação de normas é imperativo de um *compartilhamento de liderança democrática* entre legislativo e judiciário, levando-se em consideração que toda decisão judicial ocorre *post eventum e mediante provocação*.

Qualquer que seja a natureza do conteúdo veiculado pela norma de concretização, e desde que este conteúdo tenha condições de realização no mundo fático, dirá respeito a feitos do passado, trazidos aos cuidados do judiciário pelos mecanismos de acesso a justiça, desde que superadas as dificuldades estruturais.

Com efeito, pode ser evidenciada a denúncia de um *mito da representatividade popular*, na perspectiva que demonstra as falhas e falácias do fundamento de interação eleitor/eleito, com a impossibilidade de que políticos de câmara antevejam e provejam a todas as necessidades de povo, tendo em vista, inclusive episódios de corrupção na política e distorção do interesse público.

Tendo sido provocada a crítica a respeito das questões políticas no direito (*o mito*), é imprescindível a análise do papel dos juízes na criação do direito em matéria de Jurisdição Constitucional, seara na qual a criação judicial mais diretamente se relaciona com as questões de liberdade e fundamentos do Estado Democrático, já que se cuida das “especificidades das atividades de interpretação e aplicação da Lei Maior, que dentre outras compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento. [...]”<sup>181</sup>

A questão de fundo diz respeito ao relacionamento entre política e direito, verificando-se, até que ponto pode a discricionariedade política escapar ao controle do ordenamento, já que, segundo HANS KELSEN<sup>182</sup>:

<sup>181</sup> RAMOS, op. cit. p. 139.

<sup>182</sup> **“Quién debe ser el defensor de la Constitución?”** Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 04. Na tradução do alemão para o espanhol: “*El reclamo político jurídico de garantías de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho.*”

O reclamo político jurídico de garantias da Constituição, é dizer, das instituições por meio das quais se controla a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos do Estado, imediatamente subordinados a ela, com o Parlamento [legislativo] e o Governo [executivo], *responde ao princípio específico da máxima juridicidade da função estatal, própria do Estado de Direito. (tradução e grifos nossos)*

É impossível a colocação de poder desmedido nas mãos dos dirigentes de Estado, demonstrando que deve ser criada instância judicial que controle a regularidade constitucional dos atos por eles praticados, já que a função política real da Constituição seria justamente colocar *limites jurídicos ao exercício do poder*.

A chamada garantia constitucional (manifestada pela Jurisdição Constitucional) consistirá justamente a gerar segurança quanto a não ultrapassagem destes limites.

Como é sabido, o controle judicial de constitucionalidade, tarefa do Tribunal/Jurisdição Constitucional, consiste na adequação do direito legislado e dos atos materiais, procedimentais e normativos do poder público à Constituição, de maneira que não seja esta violentada, nem direta, com agressão a instituições de fisiologia constitucional, tais como fundamentos do Estado e direitos fundamentais; nem de maneira indireta, no caso de vazamento e produção de efeitos de lei verticalmente incompatível.

As conseqüências de um ato de defesa constitucional podem corrigir disfunções de interpretação da Lei Maior, anular ato de autoridade ou até mesmo extirpar norma do ordenamento, ocasião em que o Tribunal Constitucional trabalhará como *legislador negativo*.

O episódio último de nosso estudo dirá respeito à criação do direito relacionada a este órgão que tem o papel independente de proteger a Constituição; *tendo em vista ser a jurisdição o laboratório onde se encontram em unidade “lei”, “princípios” “direito” e “justiça/valores”*.

De praxe, no modelo de debates teóricos que se quer apresentar, seguem os fundamentos metodológicos para a redação do capítulo, bem como a devida ambientação para as idéias que virão.

#### **4.1 Pluralismo e Constituição na visão de Zagrebelsky: justificações metodológicas e preparação para os debates**

Como vislumbrou a acadêmico OSWALDO GIACÓIA JUNIOR, é coerente a tese de que “o debate teórico entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT determina, sob múltiplos e decisivos

aspectos, os trilhos e rumos do pensamento jusfilosófico e filosófico-político do século XX, com profunda repercussão em nossa atualidade”.<sup>183</sup>

Completa o catedrático da UNICAMP que, a afirmação da importância do debate entre eles pode encontrar prova eloqüente na discussão que ambos desenvolveram a respeito do *controle constitucional*, em suas justificativas, fundamentos, os mais adequados dispositivos institucionais para garantir-lhe a eficácia, com a criação de Cortes constitucionais, os limites e extensão de sua competência, por exemplo.

De fato, os esquemas teóricos, tanto do austríaco como do alemão, encontram enquadramento em muitos casos de estruturas estatais modernas, pela riqueza e adaptabilidade das reflexões, particularmente no que diz respeito à questão de distribuição e exercício do Poder. Tomamos como referencial, então o debate entre HANS Kelsen e CARL SCHMITT para apresentar as possibilidades de criação do direito por parte de um Tribunal.

Trabalhando no sentido de descrever a polêmica entre o mestre positivista vienense, e o teórico naturalista de Berlin, sobre quem deve ser o Guardião da Constituição, GUILLERMO GASÍO<sup>184</sup> pondera:

A divisão/separação dos poderes/funções estatais, mais que a um resultado funcional e prático, deveria responder a uma questão eminentemente política: a da viabilidade da fragmentação do poder, em vista do lançamento formal de uma maior grade de liberdades e direitos individuais.

O debate é marcado principalmente pelo antagonismo quanto ao modelo de delegação que deve preponderar no Estado, se este deve estar entregue, centralizadamente, nas mãos de um soberano, ou se deve, ao contrário, estar sujeito a forças múltiplas de ideologias diferentes, numa característica *crítico-relativista*.

Enquanto SCHMITT pugna pela primeira opção, defendendo que o poder de defesa da Constituição é papel um único regente (Presidente do *Reich*), Kelsen dirá, em antítese, que por detrás do próprio Princípio da Separação dos Poderes, “ninguém pode ser juiz de sua própria causa”.

Nossa justificativa metodológica principal para centrarmos neste debate, consiste no fato de que, no bojo dele emergem elementos sobre a legitimidade da jurisdição no arranjo constitucional, com impacto no papel criativo dos juizes. Em paralelo, propõe-se o

---

<sup>183</sup> GIACIOA JÚNIOR, Osvaldo. *Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica*. In: **Gramática dos Direitos Fundamentais** - a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois. Coletânea organizada por Thereza Christina Nahas, Norma Sueli Padilha e Edinilson Donizete Machado, Campus, 2009, p. 155.

<sup>184</sup> Em estudo preliminar para **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**, cit. p. XX.

antagonismo entre *pluralismo político*, materializado em democracia, e *unicidade ideológica*, própria de regimes de âmagos autoritários.

Em sua obra “*El derecho dúctil*”<sup>185</sup>, GUSTAVO ZAGREBELSKY defende ser impossível reduzir o Estado moderno a um único ideal político, idéia que irá de encontro às noções veiculadas por HANS KELSEN na ocasião de sua resposta à CARL SCHMITT.

A noção de *soberania*, tida como uma força material empenhada em constituir e garantir supremacia e unicidade da esfera político-estatal está sendo modificada pelas atuais tendências pluralistas assumidas pelas modernas sociedades.

O *Estado Personificado* perde espaço para agentes com força opositora à sujeição, de sorte a ser impossível, em nossos dias, uma unicidade ideológica; tal relativismo, consagrado em constituições democráticas pluralistas, confere às entidades políticas, econômicas, culturais e religiosas condições de coexistência, em um *compromisso de possibilidades*. É este compromisso que viabiliza a convivência pacífica entre conflitantes pontos de vista ideológicos, no chamado *pluralismo político*, já apresentado no capítulo anterior.

O traço mais notório do direito público atual não é a substituição radical das categorias fundamentais, senão a perda de sua posição central. Isto constitui uma novidade de absoluta importância, porque comporta uma consequência capital: na falta de um ponto unificador tomado como axioma a ciência do direito público pode formular, propor e aperfeiçoar suas próprias categorias, mais estas não podem encerrar e refletir em si um significado concreto definível a priori, como sucedia quando a orientação partia da soberania do Estado. *Hoje em dia os significados devem ser construídos. (Tradução e grifos nossos)*<sup>186</sup>

A construção de significados jurídicos, por sua vez, impede que a Constituição seja um texto pronto de resultados concretos, pois o direito opera em função de uma política constitucional, levada a efeito pela jurisdição em todos os níveis, principalmente em nível de controle constitucional.

Uma Constituição formada (e que orienta o direito) por valores e princípios – *dúctil portanto* - deve também aceitar que nenhuma dessas categorias jurídicas deve ser absolutizada, falando-se em *soberania pluralista*.

<sup>185</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. São Paulo: Lael Editora, 2005.

<sup>186</sup>Ibidem, p. 12-13. Na tradução do italiano para o espanhol: “*El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central. Y ello constituye realmente una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer e perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible a priori, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido.*”

A posição ativa de juízes em relação ao direito deve servir a posturas construtivas de sentido, em favor de desenvolvimento de um conjunto de possibilidades, decorrentes da política constitucional antes visitada.

ZAGREBELSKY falará em uma *dogmática jurídica fluida*, que possa conter os elementos de direito positivo de nossa época, ao lado de uma heterogeneidade decorrente do pluralismo baseado em valores e princípios.

Trata-se da preservação da estabilidade nas relações jurídicas, aliada a uma instabilidade de relações entre conceitos jurídicos: a dogmática constitucional, assim, deve ser o líquido de onde vertem as substâncias; os conceitos coexistem sem choques destrutivos ainda que em certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem jamais ter um componente que possa eliminar os demais.

#### **4.2 Oposição entre politicidade e jurisdicionalidade em Carl Schmitt: estancamento das possibilidades de produção judicial do Direito**

No intuito de dar sustentação teórica a sua idéia de esquema constitucional, CARL SCHMITT deve analisar a idéia de jurisdição constitucional, compreendida na defesa da Constituição por um único órgão independente; um Tribunal com o poder de dizer, a partir de casos concretos, sobre a constitucionalidade de atos legislativos (leis) e executivos (decretos), quando estes forem questionados, procedendo-se assim à anulação de preceitos incompatíveis com a Constituição.

Se considerarmos a pretensão última do autor no referencial *Der Hüter der Verfassung* (O Defensor/A Defesa da Constituição), qual seja, a centralização do poder nas mãos de um único soberano, não será difícil visualizar que, em sua teoria, o jogo político entre facções estatais de ideologias diferentes possui caráter fragilizador da unidade estatal, já que pluralismo, policracia e federalismo seriam forças centrípetas a favor da unidade do povo.<sup>187</sup>

A Constituição de um Estado não poderia funcionar como um mero manual de regras políticas; se assim fosse, estaria o governo apoiado em toscos “tratados de paz”, envolvendo partidos que originalmente permaneceriam em luta.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: editorial. Tecnos. Segunda edición. 1998.

<sup>188</sup> GASÍÓ, op. cit. p. XXIV.

Considerando tais dados, não será demais traçar paralelo entre um conceito estrito de *totalitarismo* e a idéia, por parte de CARL SCHMITT, de que o poder de defesa constitucional deve descansar em mãos de um único regente.

De fato, adverte GUILLERMO GASÍÓ acerca de uma particularidade schmittiana ligada ao conceito de democracia: *esta deveria necessariamente envolver unidade e identidade do povo, defendendo-se a homogeneidade da nação, e aniquilando as diferenças que a ameçam.*

ANTÔNIO CARLOS WOLKMER apresenta, nesta toada, quais devem ser os elementos estruturantes de uma ditadura totalitária:

a) a existência de uma ideologia oficial, formada por um conjunto doutrinário que abrange todos os aspectos vitais da existência humana; b) um partido único de massa dirigido por um ditador. Toda máquina burocrática governamental está subordinada hierarquicamente ao partido; c) existência de um controle policial terrorista, cuja polícia secreta utiliza avançadas técnicas de repressão e psicologia aplicada; d) monopólio quase total por parte do Estado dos meios de comunicação de massas tais como a imprensa, o rádio e o cinema (notável foi o trabalho de JOSEPH GOEBBELS, na Alemanha, ensejando a consolidação dos objetivos do partido nazista e do poder do “Führer”); e) concentração das armas e dos meios militares nas mãos do partido e de seus funcionários; f) uma economia de planejamento centralizado sob a direção de uma coordenação burocrática.<sup>189</sup>

Se o debate entra as forças políticas está proibido, e se o objetivo é unificar a vontade popular sob a justificativa de que se fortaleça o Estado em função de uma ou outra característica, é lícito apontar (*sem esquizofrenias*) compatibilidade ideológica entre SCHMITT e ADOLF HITLER, na medida em que este último revela em letras destacadas de sua autobiografia<sup>190</sup> que:

Cada concepção do mundo, por mais justa e de mais alta utilidade que seja para a humanidade ficará sem significação para o aperfeiçoamento prático da vida de uma

<sup>189</sup> **Ideologia, Estado e Direito.** São Paulo: Editora RT, 2000, p. 144. Importante, segundo o próprio WOLKMER, frisar que não se confunde *totalitarismo* com *autoritarismo*. Os regimes autoritários são caracterizados como sistemas políticos com pluralismo político limitado e não responsável; sem nenhuma ideologia política elaborada; sem movimentação política intensiva. O autoritarismo é vertente atenuada do totalitarismo, o primeiro, busca manter os cidadãos em estado de obediência passiva, enquanto o segundo busca conquistá-los em prol de unidade nacional, geralmente sob o bastão de um líder carismático.

<sup>190</sup> HITLER, Adolf. **Mein Kampf (Minha Luta).** São Paulo: Centauro Editora, 4. ed, 2005, p. 290. Cai por terra aqui a tese *da vinculação necessária entre o nazismo alemão e a ideologia positivista*. Como já exibido por DIMITRI DIMOULIS, em **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político** (São Paulo, Método, 2006, p. 46), a retórica que consagra tal tese é “tautológica e recorre a argumentos emocionais. Isso significa que impressiona quem desconhece o tema e só satisfaz quem é partidário da posição do orador.” Importante perceber ainda que a biografia do *ex-Führer* alemão traz em seu bojo princípios de orientação nitidamente *jusnaturalista*. A título de exemplo, em suas considerações a respeito do tema “povo e raça”, argumenta que “a natureza se encarrega” de sujeitar o mais fraco a condições de vida difíceis. *Desnecessário dizer o quão divorciado é do positivismo este viés.*

população enquanto não se torne os seus princípios o estandarte de um movimento de luta, que por sua vez, se converte em um partido; enquanto não tiver transformado as suas idéias em vitórias e o seus dogmas partidários não forem as novas leis fundamentais do Estado.

A estratégia de CARL SCHMITT, com os méritos argumentativos de seu estudo, será preparar terreno para desqualificar os poderes Legislativo e Judiciário como defensores constitucionais, com o fim último de legitimar o posicionamento de feição totalitária que dissemina, qual seja: o Presidente do *Reich* tem legitimidade plebiscitária (já que goza da confiança de todo o povo eleitor), sobrepondo-se ao Chanceler, indicado por um parlamento sustentado em coalizões instáveis.

Teria o presidente eleito, assim, “um poder neutro”, com autoridade de mediar às vontades legislativas e executivas.

Interessa-nos, no entanto a desqualificação schmittiana que alija a jurisdição de atividade criadora, com as possibilidades de que uma Teoria do Estado que retire os poderes judiciais de *lawmaking* descansa em bases autoritárias.

Na vertente de oposição entre política e jurisdição, CARL SCHMITT busca demonstrar que a determinação do conteúdo de um preceito constitucional duvidoso, *não é um problema da justiça e sim da legislação*. Neste particular, embora se reconheça certa liberdade de interpretação ao juiz, não é possível colocar nas mãos do mesmo, questões de natureza política sem desvirtuamento da estrutura institucional.

A argumentação passará por dois pontos fulcrais: em primeiro lugar, os limites objetivos do órgão jurisdicional; relativos à inércia da jurisdição e seu caractere fático-ulterior, e sem segundo lugar a defesa da tese de que *uma norma não pode ser defendida por outra norma*.

Neste ponto existirá, especificamente, a distinção entre criação do direito, própria da atividade legislativa, e aplicação do direito, própria da jurisdição, no sentido de que toda sentença judicial implica uma subsunção concreta de um caso particular a uma norma legal.

Num arranjo constitucional por SCHMITT chamado “Estado Cívico de Direitos”, a atividade judicial deve ocorrer *somente* com base em uma lei previamente posta, pois é nisso que se baseia a prática jurídica nos países de *Civil Law*<sup>191</sup>: uma lei é algo de natureza diversa se confrontada com uma norma de concretização veiculada em sentença judicial.

---

<sup>191</sup> Note-se que aqui, SCHMITT faz referência à noção de legislação como fonte formal de direito. O expediente de subsunção sobre base de lei, na tradição civilista, tem importância paralela ao *Due Process* na tradição de *Common Law*, não obstante as diferenças práticas.

Com respeito ao Estado de Direitos deve seguir tendo validade o princípio de que não existe Constituição onde não exista divisão acerca das funções de legislação, administração e jurisdição, *implicando também em dizer que o exercício do poder político deve cessar com o término do processo legislativo.*

Em verdade, a segregação conceitual entre os elementos “lei” e “decisão judicial”, não causa estranheza ao raciocínio dogmático consolidado na medida em que é um reflexo da diferenciação dos órgãos que as formatam: o que impressiona em SCHMITT (e esta manobra é classificada pelo próprio Kelsen de “audaciosa”) é afirmar, indiretamente, *que um juiz nada decide no âmbito do Estado; a tarefa subsuntiva própria do mandado judicial não é estritamente decisão, pois é tida como mero desdobramento dedutivo*<sup>192</sup> *da uma vontade política já cristalizada em sede parlamentar.*

Trata-se mesmo de uma *mediatização* da sentença judicial como decisão, colocando-a em zona abaixo do status legal.

Na dicção do próprio professor da *Handelshochschule*:

A posição especial do juiz no Estado de Direitos, sua objetividade, sua situação com relação às partes, sua independência e inamovibilidade, tudo isto descansa sobre o fato de que este juiz age em base de lei, e sua decisão se deriva, quanto ao conteúdo, de outra decisão definida e mensurável, que já se acha contida em lei. *(tradução nossa)*<sup>193</sup>

<sup>192</sup> O tratamento da decisão judicial como *dedução* revela o compromisso de CARL SCHMITT com o postulado exegético de que a sentença judicial é um *silogismo*. No sentido dado pelo **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa**. Vol. II Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 3413, silogismo é “*um raciocínio constituído por três proposições, das quais a terceira, a conclusão, se deduz das duas primeiras, as premissas. O silogismo é verdadeiro se as premissas também o forem.*” LUIS RESCASÉNS SICHES, por sua vez, na obra **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México D. F.: Editorial Porrúa, 1973, p. 26, em nítida oposição ao que pretente a alemão, declara que *a sentença, não pode ser tida como mera modalidade de raciocínio mecânico*, na medida em que se daria por intuição: “*Realmente o juiz decide por meio de uma espécie de intuição, e não por uma inferência ou silogismo, dos que se estudam em lógica; decide por uma convicção que se forma de modo direto e não por meio de simples raciocínio. O raciocínio é articulado pelos juizes apenas depois para justificar os ‘considerando-se’ de sua sentença. O impulso vital que o motiva é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito do particular caso que tem diante de si.*” *(tradução nossa)* No original: “*Realmente el juez decide por medio de una especie de intuición, y no por una inferencia o silogismo de los que se estudian en la lógica; decide por la convicción que se forma de modo directo y no por virtud de un raciocinio. El raciocinio es articulado por el juez, solo después, para redactar los ‘considerandos’ de su sentencia. El impulso vital que motiva su fallo es un sentido intuitivo de lo justo y de lo injusto respecto del caso particular que tiene ente sí.*”

<sup>193</sup> SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**, cidade, Editorial Tecnos, ano, p. 79. Na tradução do alemão para o espanhol: “*La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por cima de las partes, su independencia e inamovilidadm todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida e commensurable, que halla ya contenida en la ley.*”



Esta teorização retira dos juízes a possibilidade de criação do direito porque é decorrente da crítica que faz CARL SCHMITT à viabilidade de um Tribunal Constitucional, que funcionasse, como anteriormente assinalado, *aplicando normas à normas*.

Melhor explicando, quando um colegiado, neste caso um Tribunal, tem o papel de “decidir” sobre qual é o melhor conteúdo para um dispositivo legal (que contraria a constituição), nada criará, pois o cotejo normativo torna esta lei constitucional de maior hierarquia, parâmetro absoluto. Em tal caso a decisão não é da justiça constitucional e sim da própria norma e não é necessário dizer sobre a confusão que isto gera se aceitarmos que o Tribunal Constitucional deve existir: *juiz e norma constitucional se confundiriam*.

Proximamente, cuida-se da depuração do que se entende por *aplicação normativa*.

No pensar de SCHMITT, a aplicação de uma norma a outra norma é algo qualitativamente distinto da aplicação de uma norma a um conteúdo real (fático). Se há confronto de conteúdo entre leis, devendo-se dizer qual delas será válida, isto jamais se daria por *subsunção* (aplicação) e sim por *comparação*.

Assim, o que faz o Tribunal Constitucional, genericamente, é esta comparação entre norma constitucional e norma infraconstitucional, sendo impossível, (com certa precisão do termo “norma”), chamar tal operação de *aplicação*, já que esta seria melhor qualificada pelo molde fático, em suma; *normas se aplicam a fatos (regulação) e não à outras normas*.

A profunda desconstituição teórica ataca diretamente o mecanismo de funcionamento do Tribunal Constitucional, segundo SCHMITT é um equívoco de lógica pensar que uma norma de hierarquia inferior pudesse ameaçar ou mesmo garantir a vigência de um preceito constitucional supremo.

O problema seria querer proteger uma lei dificilmente modificável (constitucional), contra a possibilidade de ser mudada por outra, que a rigor nem mesmo possui tal capacidade:

Pois bem, enquanto se procede por meio de normas, só se pode alcançar proteção e garantia mediante norma mais robusta e não será possível existir norma mais robusta que a norma constitucional, que por sua natureza deve ser a mais excelsa. Na questão referente ao protetor da Constituição trata-se da defesa de uma norma mais forte contra uma outra mais débil. Para uma lógica normativista e formalista isto não representa um problema, pois a norma forte não pode ser ameaçada ou posta em perigo pela mais débil; por isto o direito constitucional formalista fracassa de novo, e daí começa o problema concreto. *(tradução nossa)* <sup>194</sup>

<sup>194</sup> Ibidem, p. 83. Na tradução do alemão para o espanhol: “*Ahora bien, mientras se procede por medio de normas sólo puede alcanzarse una protección e una garantía mediante otra norma más robusta, y esto ya no es posible respecto de una ley constitucional que, por su propia naturaleza, debe ser la norma excelsa y robusta. En la cuestión referente al protector de la Constitución tratase de la defensa de una norma más fuerte contra otra más débil. Para una lógica normativista e formalista ello no representa un problema, pues la norma fuerte*”

Assim, toda instancia que se proponha a resolver conflitos normativos, complementando o sentido legal, agiria como legislador. Infere-se, então que o esforço de SCHMITT é no sentido de desqualificar a atividade do Tribunal Constitucional como “justiça”, pois a *jurisdicionalidade*, tal como o autor alemão concebe é fruto, em essência, de trabalho ligado a normas que permitem subsunção concreta e que não são duvidosas quanto a seu conteúdo.

Em conclusão, para CARL SCHMITT, existe contradição entre a atividade política inerente à esfera legislativa e a atividade subsuntiva de um Tribunal: *se justiça constitucional não é justiça, um Tribunal Constitucional não deve existir*.

### **4.3 Jurisdição Constitucional Política: a resposta de Hans Kelsen e a prova capital da viabilidade do judicial lawmaking em ambiente democrático moderno**

No bojo da crise político-institucional que abalava a Europa em 1931, e a favor de uma teoria de que pugnassem pela viabilidade do Tribunal Constitucional, (em antítese as concepções de SCHMITT), sai HANS KELSEN no livro “Quem deve ser o defensor/protetor da constituição?” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*).

A estratégia do austríaco em referida obra, a exemplo de outros debates modernos em teoria do direito será proceder a uma desconstituição tanto terminológica, quanto científica das idéias do adversário.

Especificamente, KELSEN buscará provar a inutilidade do método SCHMITT, no sentido de desqualificar o Tribunal Constitucional no papel de defesa constitucional, atribuindo ao colegiado poder circunstancial meramente, bem como buscará contestar a oposição necessária entre jurisdição e política.

Vê-se na resposta kelseniana, a constante crítica aos transportes teóricos tentados por SCHMITT<sup>195</sup>, ao lado do *displacement* consistente em tratar de temas de *teoria jurídica*, em sede de *teoria política*.

---

*no puede ser amenazada o puesta en peligro por otra más débil; pero eso el Derecho constitucional formalista fracasa de nuevo, allí donde comienza el problema concreto.*”

<sup>195</sup> Logo no início de „*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*“, KELSEN aponta a tentativa, por parte de Schmitt, de aplicar sem reservas ao presidente do Reich, a teoria do “*pourvir neutre*” monárquico de BENJAMIN CONSTANT. Este último afirma que o monarca possui um poder neutro, passivo, que não se encontra acima dos titulares de direitos, ou como um terceiro com posição de superioridade, revestido de poder excelso (soberano do Estado). Para KELSEN (**Quién debe ser el defensor de la Constitución?**, cit. p. 11) o contra-senso é evidente, na medida em que nada há de passivo na atuação de uma autoridade que tenha o poder de representação externa

*O resultado será a afirmação de que é possível a criação judicial do direito, legitimamente, não só pela corte constitucional, mais por todo agente estatal investido de jurisdição.*

Sendo o tal problema (o da jurisdição constitucional) uma questão que terá reflexos práticos, KELSEN não nega que se possa discutir sobre a viabilidade de um órgão colegiado cujos membros – convocados de alguma maneira – tenham garantida plena independência frente às outras vertentes de poder.

Para o autor, porém, a discussão acerca da *denominação* que se dê a tal órgão (se este é um “tribunal”, ou não), ou que se dê à sua atividade (se este faz “justiça”, ou não), não contribui em medida alguma com argumentos favoráveis ou desfavoráveis à consolidação de uma instância para a custódia constitucional:

Do conceito de jurisdição, seja como for concebido, não se pode deduzir que a instância aqui caracterizada como um “Tribunal Constitucional”, seja impossível ou irrealizável; isto seria, de certo um típico caso daquela “jurisprudência conceitual” que hoje pode considerar-se superada.<sup>196</sup>

A fundamentação parte do pressuposto de que é impossível negar que um órgão (denominado “Tribunal”), que rechaça uma lei considerada inconstitucional, com a consequencial anulação desta lei para o caso em concreto, opera como protetor do Diploma Supremo. Para KELSEN, aliás, o núcleo normativo a Constituição consiste justamente nestas *garantias constitucionais*, um poder de controlar a adequação do comportamento de agentes por ela criados e a ela subordinados; já que como norma a constituição só pode ser violada por aqueles que devem cumpri-la.<sup>197</sup>

SCHMITT, por sua vez, afirmou que não é possível/ilógico admitir que uma norma de escalão inferior possa ferir outra, para a qual deve curvar-se e, embora isto esteja correto do ponto de vista discursivo, não passa de retórica inútil (e novamente de adequação terminológica vazia), na medida em que *não se resolve o problema prático de que no mundo real existem vilipêndios à Constituição*, cometidos por tanto pelo legislador com poder político, como por trabalhadores da esfera executiva/administrativa que lidam diretamente com e execução da lei por ofício.

---

do Estado, a firma de tratados, a sanção de leis, o comando supremo do exército e da armada, a nomeação de funcionários e juizes, e outras tarefas mais.

<sup>196</sup>KELSEN, Hans. Op. cit., p. 15. Na tradução do alemão para o espanhol: “*Del concepto de ‘jurisdicción’, sea como fuere concebido, no puede deducirse que la institución caracterizada aquí como ‘Tribunal constitucional’, sea imposible o irrealizable, sería un típico caso de aquella ‘jurisprudencia conceptual’, que hoy puede considerarse superada.*”

<sup>197</sup> Ibidem, p. 03.

Na medida em que SCHMITT concentra-se no imperativo de que a “justiça”, entendida como aplicação do direito, somente ocorre quando temos um caso concreto/procedimento contencioso (*factos*) e não um confronto entre sentidos de norma (para ele *política*), falha em considerar a possibilidade de controle jurídico-constitucional dos atos de vilipêndio acima descritos.

Na *Teoria Pura*, estritamente no corte relativo à jurisprudência, KELSEN relaciona a gama de ocorrências que também devem ser tidas como aplicação do direito:

No entanto – como resulta do anteriormente exposto – a aplicação do direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda – como veremos – nos atos jurídico-negociais; e os Tribunais aplicam normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.<sup>198</sup>

KELSEN não acredita em uma contradição fundamental entre a função jurisdicional e as funções políticas, em especial, se oporá à tese de que a que a decisão acerca da constitucionalidade de uma lei, ou a anulação de leis inconstitucionais constitui ato eminentemente político, e de maneira nenhuma aplicação do direito.

Daí a solução proposta, a de um Tribunal que monopolize e monopolize a “defesa da Constituição”, trazendo aparelhada em sua atividade não só uma *judicialização da política*, mais uma *politização da justiça*, sendo consequência de uma teoria que empregue ficções e formas, sem se preocupar com conteúdos:

Acerca da refutação de Kelsen aos postulados de Schmitt, sobre “a justiça como protetora da Constituição”, podem distinguir-se diferentes argumentos. Por um lado o jurista de Viena reafirma sua proposta, teórica e prática, e, favor do controle judicial da constituição, partindo do princípio de que “ninguém pode ser juiz de sua própria causa”, para ele, o essencial do controle constitucional é que seja efetuado por um Tribunal independente das outras funções do Estado, sobretudo do Governo e do Parlamento, sendo impróprio – como faz Schmitt – conceber o parlamento como o único órgão político criador do direito: a diferença entre o caráter normativo de uma lei parlamentar e uma sentença judicial é somente quantitativa.<sup>199</sup> (*tradução nossa*)

<sup>198</sup> **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 263.

<sup>199</sup> GASIÓ, op. cit. p. XXII. No original: “*Acerca de la refutación de Kelsen a los postulados de Schmitt sobre ‘la justicia como protectora de la Constitución, pueden distinguirse diferentes argumentos. Por un lado el jurista vienés reafirma su propuesta, teórica y práctica, a favor del control jurisdiccional de la Constitución, partiendo del principio de que ‘nadie puede ser juez de su propia causa’; por ello, lo esencial del control constitucional es que sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo, del Gobierno y del Parlamento, siendo impropio – como hace Schmitt – concebir al Parlamento como el único órgano político creador del derecho: la diferencia entre una ley parlamentaria y una sentencia judicial es sólo cuantitativa.*”

Deste modo, não existiria a fórmula de cisão absoluta “*exercício da política x exercício do direito*”, ambos são manifestações do poder estatal, presente este tanto em sede de direito legislado, como em sede de direito decidido, atuando o Tribunal Constitucional como verdadeiro *legislador negativo*, nas ocasiões em que fosse necessário anular uma lei por força de incompatibilidade vertical.

Cai assim, a afirmação de que o juiz está meramente sujeito ao poder estatal, não fazendo parte do mesmo e meramente cumprindo o papel de aplicar *a fatos* o ordenamento criado pelo legislador.

Quando o legislador autoriza ao juiz, dentro de determinados limites, a sopesar os interesses que se opõem e a resolver um conflito a favor de um ou de outro, outorga-lhe uma capacidade *criadora de direito*, e com ela, um poder de função judicial com o caráter político da legislação, ainda que o poder criativo dos juízes seja menor.

O processo de exercício do poder, assim, não se adstringe à lei, porque esta encontra sua necessária complementação e por vezes sua efetiva iniciação prática na jurisdição; interpretando-se a política como *decisão*, está presente em toda sentença judicial, em maior ou menor medida, um *elemento de tal decisão*, e por conseqüente um elemento político derivado da lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como novel integrante do corpo do Estatal, o papel inicial do julgador era o de mero aplicador da lei, sem poder algum de criação jurídica, em atenção ao movimento liberalista e sua pretensão de não intervenção estatal.

Na imagem profissional projetada pelo liberalismo econômico, o juiz não mais é um serventário social em moldes consuetudinários (como nas estruturas medievais), mais um representante da função de jurisdição, decorrente da adoção do Princípio da Separação dos Poderes pelas emergentes democracias.

Ocorre aqui o aparecimento doutrinário, com HOBBS, das bases do positivismo jurídico, propondo a monopolização da produção normativa pelo Estado, e a estabilidade da lei. Todo este contexto histórico levou MONTESQUIEU a sua famosíssima assertiva de que os “juízes da nação nada mais são do que bocas da lei”.

De qualquer forma, não podem ser negligenciados nas abordagens científicas, autonomia do direito positivo e preponderância de sua ideologia geral de limitação do poder, com a ressalva de que o domínio da lei em espécie não é propriamente um postulado positivista.

Deve-se considerar, para a assunção da possibilidade de criação judicial do direito, que balizas do poder estatal são ditadas por constituições democráticas que consagram *valores* e que, tais valores operam como orientadores das práticas do Estado.

Revela-se assim a dualidade do juiz como criatura do direito, expressão de um dos poderes criados pela constituição, e como criador do mesmo, em atividade de julgamento que remete os casos da vida ao sentido da Constituição, partindo-se da lei.

O papel dos juízes, neste plano fundamental, consiste na especificação de conteúdos de função social normativa, em uma atividade subsidiária ao escopo de controle social do ordenamento.

Tal escopo de controle consiste na função do direito em apresentar soluções e limites para o exercício da liberdade individual, esperando-se dos *civitas* que respeitem espontaneamente tais limites. Significa dizer que a tese segundo a qual o *elemento central* de autoridade da norma jurídica é a sanção/coação – o e juiz *o agente que concretiza a ameaça prometida em dinâmica retributiva* – é indefensável; a jurisdição entra em ação somente quando falha o controle social.

Temos, além disso, a diversidade conteudística das leis, que faz com que certos tipos de norma passem longe do elemento sanção, impedindo a redução postulada pela equação direito= sanção/coação.

O papel de criação do direito por parte dos juízes presta-se também a resolver os problemas de conflito entre normas jurídicas e solucionar os episódios de *anormatividade*, tendo em vista as características de coerência e completude do ordenamento.

Ao juiz, neste sentido, deve ser garantida *independência funcional*, definida como garantia que preserve à magistratura direito a um convencimento não coagido quando dos trabalhos subsuntivos e interpretativos que caracterizam a jurisdição.

A independência do Poder Judiciário pressupõe um ambiente de democracia responsável; com incisão de limitações tanto à liberdade individual como à do Estado-administração, juntamente a uma leitura bipolarizada do Princípio da Separação dos Poderes; segundo a qual o juiz tem papel especificado com relação às demais funções, mesmo em vista da contestada primazia do Legislativo nos países de tradição romanística.

Um novo viés da Separação dos Poderes proporá que o Poder Judiciário *deve* criar o direito, nas hipóteses de exercício do direito de ação pelo jurisdicionado, especialmente quando o caso fático trazido não encontra amparo legal definido.

O debate acerca da Independência do Judiciário pode encontrar expressão profunda no cotejo entre as teses procedimentalistas e substancialistas de função constitucional.

Trata-se da necessidade de examinar as dificuldades geradas pela comprovada não uniformidade de critérios para a eleição de princípios interpretativos que sustentam as decisões judiciais.

A tese procedimentalista apresenta incontestáveis méritos devido à sua coerência, cientificidade e lembrança constante de que devemos obediência às convenções populares plasmadas na Constituição, a *forma* é bem vinda e não pode ser confundida com *formalismo*.

Reunimos também elementos de natureza teórico-democrática que autorizam a criação judicial do direito, providência chamada de “ativismo judicial”.

As exigências deste criacionismo circunstanciado levaram o Brasil por uma dinâmica de interseccionamento sistêmico entre *Civil Law* e *Common Law*, em semelhança com o que ocorreu nos Estados Unidos da América. Não se pode, contudo, afirmar que estamos nos transformando em um país de *Common Law*, pois nossa legislação, embora conviva com a jurisprudência, possui primazia teórico-técnica centrada na Constituição.

Seja como for, mesmo em vista não uniformidade de critérios para a eleição de princípios nos julgamentos, a neutralidade do juiz é falácia liberal há muito vencida.

A conclusão não pode ser outra, senão a que determina que o julgador tem *direito* de convencer-se e de adotar uma posição representativa.

Como muito provavelmente este elemento de escolha, refletirá uma *preferência* por ele assumida em algum ponto de sua vida; o juiz ativista sempre enfrentará a descarnada realidade humana das paixões, inclinações, preconceitos e aversões e; estará sujeito a críticas de usurpação, pois inevitavelmente recorrerá à sua consciência.

Os tempos de “boca da lei” se foram, e não se pode ainda exigir dos juízes que funcionem naquele molde.

Alternativas podem ser buscadas em esquemas substancialistas temperados, como o de LOUIS LEVENTHAL JAFFE, que buscam combinar a incorporação de valores à prática jurídica, procurando conciliá-los com limites trazidos pelo ordenamento.

É certo que o juiz não pode destruir as barreiras ordenamentais quando dentro delas, a resposta jurídica para o caso for clara; haverá, não obstante, casos de conflito e insuficiência que demandarão do julgador inovação, que deverá curvar-se à coerência constitucional, em trabalho de irradiação.

Neste particular, deve-se concordar que o Poder Legislativo não tem condições de prever todas as hipóteses fáticas da vida humana, compartilhando sua função de liderança democrática com o Poder Judiciário, que opera como interface Estado/Cidadão: um canal aberto de comunicação, desde que superadas as dificuldades materiais de acesso à justiça.

Propõe-se que um espectro de ilegitimidade atrelado ao ativismo seja posto de lado, sendo tal superação justificável em plano estritamente científico, articulados os adequados institutos jurídicos e de teoria democrática.

É impossível as membros do Poder Judiciário abandonarem sua condição humana quando dos julgamentos; se o ceticismo deseja a previsibilidade absoluta dos resultados judiciais, dever-se encher os gabinetes forenses com super-máquinas que o tornem até um grande juiz obsoleto, representando *isso* o fim da prática jurídica, tal como a conhecemos.

Os esquemas e debates apresentados neste trabalho tiveram por pano de fundo o tema da Jurisdição Constitucional, formando-se um conjunto de importações teóricas de temas normalmente tratados em estudos das atividades do próprio Tribunal Constitucional.

Quanto ao debate entre HANS KELSEN e CARL SCHMITT, a respeito da viabilidade de referido Tribunal, e da prova capital de um poder dos juízes na criação do direito, temos que tende a ser autoritária uma teoria que entregue à uma única instância o poder político do Estado.



A deflagração defensiva e constitutiva de direitos, que possui natureza legislativa, encontra (como comprovado em KELSEN) continuação em sede de jurisdição, já que é bem possível que os poderes eleitos desobedeçam as balizas impostas pela *utilidade* constitucional dos valores e princípios. Trata-se de um princípio específico de *máxima juridicidade/judicialidade do Estado Democrático*, orientado a impedir a que se arranque dos cidadãos as possibilidades de exercício de uma parcela incontroversa de direitos fundamentais.

Assim, a jurisdição é política, não sendo possível (como quer SCHMITT), a adstrição do fenômeno jurídico à subsunção fato/norma, na medida em que o dia-a-dia forense é em grande parte representado pelas funções de consolidação relativas à completude e à coerência do ordenamento, o que se dá em conflitos normativos e na solução de *hard cases*.

Ante todo o colhido, ponderado e comprovado, tem-se o poder dos juízes na criação do direito como indispensável à democracia, em complemento das atividades de Executivo e Legislativo, em prol da emancipação dos viventes em sociedade.

## REFERÊNCIAS

**A Bíblia Sagrada**, Livro do Gênesis, Cap. 3, versículos 9 a 23.

ALAN, Trevor. **Constitutional Justice: a liberal theory of the rule of law**. New York: Oxford University Press, 2001.

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. São Paulo: Atena Editora, 1955.

ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. New York: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ANTUNES, José. **A Tradição Européia e as relações entre os dois Poderes Medievais**. Em: *Revista de História das Idéias*. O Estado. Coimbra: Imprensa de Coimbra, 2005.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined in Lectures of Jurisprudence or the Philosophy of the Positive Law**. London: John Murray/Albemarle Street, 1913.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAIO, Lucas Seixas.; CHARUR, Alan. Ibn. A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial. Em *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 00-00, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva 2010.

BEATTY, Davis M. **The Ultimate Rule of Law**. New York: Oxford University Press, 2004.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

**Black's Law Dictionary**. Seventh Edition. St, Paul. MIN: West Group, 1999.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

BLACKMORE, Susan. *A imitação faz de nós humanos*. Em: **O que nos torna humanos?** Lisboa: Texto&grafia Edições, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. 2. Ed. São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

\_\_\_\_\_, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 4. ed. Brasília: Edund, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso)>, acesso em: 16/11/2010.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. [Brasília, DF]: [s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. [Brasília, DF]: [s.n.], 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Brasília, DF]: [s.n.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução ao Código Civil** (*Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010*). [Brasília, DF]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2011.

BUJÁN, Antonio Fernández de. **História del derecho romano**. Madrid: Thomson Reuters, 2010.

CAMPILONGO, Celso. “Os desafios do judiciário; um enquadramento teórico”. Em: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, José de Vasconcellos Guedes de. **Leis de Manú: Primeiro legislador da Índia**. Nova-Goa: Imprensa Nacional, 1859.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. O processo civil no estado constitucional e o fenômeno da commonlawlização do direito brasileiro. Em *Revista Juris Síntese* nº 68. Novembro/2007.

CLARK, David Stuart. “Civil Procedure”. Em **Introduction to the law of the United States**. New York: Kluwer Law International, 2002.

COSTA, Luis Cesar Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: 5. Ed. Scipione, 1995.

CRISTÓBAL, Rosário Serra. **La libertad ideológica del Juez**. Valencia: Tirant lo Balnc, 2004.

CRUZ, Elaine Patrícia, MOREIRA, Marli, 2010. “Cartilha orienta empresas sobre como financiar campanhas políticas”. *Jornal Agrosoft*, 26 de julho. Disponível em: <<http://www.agrosoft.org.br/agropag/215041.htm> >.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Trad. Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

**Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa**. Lisboa: Editorial Verbo, 2001.

**Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa**. Vol. II Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

**Dicionário Jurídico: Direito Penal e Direito Processual Penal**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, *Ronald*. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Direito Fundamental Como Oposição Política: discordar, fiscalizar e promover alternância política.** Curitiba: Juruá Editora, 2006

**Encyclopedia of the Enlightenment.** Vol. III. New York. Oxford University Press – Chief Editor: Alan Charles Kors, 2003.

ENGLAND AND WALES. *High Court (Exchequer Court) Decisions: Decisão do Caso Heydon de 1954. (1584) 76 ER 637.* Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html>>, acesso em 18/08/2011.

GIACIOA JÚNIOR, Osvaldo. *Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica.* In: **Gramática dos Direitos Fundamentais - a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois.** Coletânea organizada por Thereza Christina Nahas, Norma Sueli Padilha e Edinilson Donizete Machado, Campus, 2009.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** 3. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: contributions to a discursive theory of law and democracy.** Cambridge: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Between Naturalism and religion.** Cambridge: Polity Press, 2008

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James. **The Federalist: a collection of essays written in favor of the New Constitution.** New York: A. & J. McLean, 1787.

HART. Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HITLER, Adolf. **Mein Kempf (Minha Luta).** São Paulo: Centauro Editora, 4. ed, 2005.

HOBBS, Thomas. **A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law.** Paris: Dalloz, 1966

\_\_\_\_\_. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 1995, p. 143.

HOMEM, Antônio Pedro Barbas. **O Perfil do juiz na tradição ocidental: Portugal.** Em: *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental.* Coimbra: Almedina, 2009.

JAFFE, Louis L. **English and American Judges as Law Makers.** Oxford: Clarendon Press, 1969, p. 31.

JENSEN, Merryl. **The Articles of the Confederation: an interpretation of the social constitutional history of the American Revolution.** Madison: The University of Wisconsin Press, 1940.

JUNG, Carl Gustav. **O eu e o inconsciente.** Petrópolis: Vozes, 1990.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amado, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LYON, Bryce. **A Constitutional and Legal History of Medieval England.** New York: Harper & Brothers. 1960.

MARINONI, Luís Guilherme. **Curso de Processo Civil, Vol. 1. – Teoria Geral do Processo,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MCPHERSON, Crawford Brough, **Democratic Theory.** New York: Oxford University Press. 1990.

MENDES, Gilmar, PFLUG, Samantha M. **Reforma do Judiciário.** São Paulo: Saraiva 2005.

MEHREN, Arthur Taylor Von. **The US Legal System: Between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions.** Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparado e Straniero, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **L'esprit des Lois.** Paris: Librairie Garnier Frères. 1927.

\_\_\_\_\_. **O Espírito das Leis: as formas de governo, e federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo / Montesquieu; introdução tradução e notas de Pedro Vieira Mota.** 5 ed. São Paulo: Saraiva 1998.

MOROZOV, Viacheslav. **World Crisis: Revolution or Evolution in the International Community.** Paper: *“Russia’s Take on Democracy: a counter hegemonic practice in a postcolonial situation”*. Third Global International Studies Conference; 17-20 ago. 2011. FEUP. Porto, Portugal.

**Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 1 ed./14ª impressão: Editora Nova Fronteira.

**Novo Dicionário Português/Inglês. Vol. 1.** Amadora: Sistema J LTDA., 1997.

Organização das Nações Unidas (ONU – Conselho de Direitos Humanos), Resolução 1994/41 de 04 de março de 2002. Disponível em <<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/8fdc9ab08a436b60802567360038950c?Opendocument>> Acesso em 14/06/2011.

POSNER, Richard. **Brennan Center Jord Symposium.** Lecture: “*The rise and fall of judicial self-restraint*”. Apresentado em: 14/04/2011.

\_\_\_\_\_. **How Judges Think.** Cambridge / Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **Law, Pragmatism & Democracy.** Cambridge, Massachusetts / London, England: Harvard University Press, 2003.

POZZOLI, Lafayette. *Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência - fraternidade. Em Gramática dos Direitos Fundamentais.* Thereza Christina Nahas, Norma Sueli Padilha e Edinilson Donizete Machado, (organizadores); Rio de Janeiro, Campus, 2009.

PRADO, Lídia Reis de Almeida em: **O juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.** Campinas: Millennium Editora, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça, fontes e modelos do direito.** Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Cosntituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENADO FEDERAL. **Constituição do Brasil e constituições estrangeiras. Vol I.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución.** Madrid: editorial. Tecnos. Segunda edición. 1998.

SERRA, Antônio Truyol y. **Historia de la filosofia del Derecho y del Estado.** Madrid: Alianza Editorial, 1978.

SHACKLE, Geoge Lennox Sharman. **Decision, order end time in human affairs**. Oxford: Cambridge University Press, 1969.

SICHES. Luis Rescaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México D. F.: Editorial Porrúa, 1973.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law. Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SPILLARI, Carolina, 2011. “Lei Maria da Penha é aplicada a casal gay no Rio de Janeiro”. O Estadão, 14 de abril. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,lei-maria-da-penha-e-aplicada-a-casal-gay-no-rio-de-janeiro,708486,0.htm>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Hermenutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermeutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. “O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro”. *Em Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 333.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1995.

TROPA DE ELITE II: O INIMIGO AGORA É OUTRO. 2010. DJCTQ (Brasil), Diretor José Padilha: Zazen Produções Audiovisuais Ltda. Duração 116 minutos. Mídia caseira DVD/Bluray.

UNITED STATES OF AMERICA. Caso *A.F. of L. v. American Sash & Door Co.* “US Supreme Court Center”. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/335/538/case.html>>.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas 2008.



VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILE, John R. **A companion to the United States Constitution and its amendments**. Connecticut: Praeger, 2006.

ZAGRELBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. São Paulo: Lael Editora, 2005.

WALDRON, Jeremy. *The irrelevance of Moral Objectivity*. In: GEORGE, Robert P. (org.). **Natural Law Theory: contemporary essays**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora RT, 2000.